



UNIVERSIDAD ESAN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DERECHO CORPORATIVO

Implicancias de las adendas de bancabilidad en las renegociaciones de los
contratos de Asociaciones Público Privadas

Tesis para optar por el Título Profesional de Abogada que presenta:

Muriel Alejandra Perales Heredia – DNI 48055836

Asesor: Ítalo Bizerra Osorio – DNI 08243537

Lima, agosto 2020

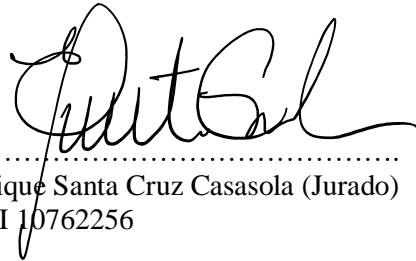
Esta tesis denominada:

Implicancias de las adendas de bancabilidad en las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas

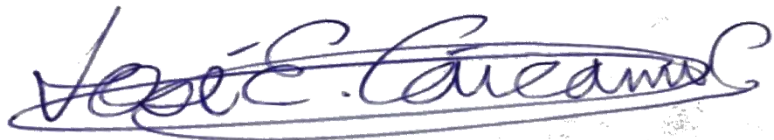
ha sido aprobada.



.....
Javier Fernando Del Carpio Gallegos (Jurado Presidente)
DNI 07613142



.....
Enrique Santa Cruz Casasola (Jurado)
DNI 10762256



.....
José Enrique Cárcamo Cárcamo (Jurado)
DNI 09311384

Universidad ESAN

2020

Índice

Título.....	1
Resumen.....	1
Introducción.....	2
1. CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
1.1. Descripción de la situación problemática.....	5
1.2. Formulación del problema.....	10
1.2.1. Pregunta de investigación.....	10
1.2.2. Preguntas específicas.....	10
1.3. Determinación de objetivos.....	11
1.3.1. Objetivos de investigación.....	11
1.3.2. Objetivos específicos.....	11
1.4. Justificación de la investigación.....	11
1.5. Delimitación de la investigación.....	15
1.6. Formulación de la hipótesis.....	15
2. CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	16
2.1. Antecedentes Históricos.....	16
2.2. Aspectos Generales.....	19
2.2.1. El interés público en el derecho administrativo.....	19
2.2.1.1. La noción del interés público.....	19
2.2.1.2. El interés público como concepto indeterminado.....	21
2.2.1.3. El interés público en el marco normativo peruano.....	24
2.2.1.4. La naturaleza jurídica del contrato administrativo.....	29
2.2.2. La concesión de obras públicas de infraestructura.....	33
2.2.2.1. La evolución de concesión de obras públicas de infraestructura.....	33
2.2.2.2. El desarrollo de la concesión de infraestructura vial en el Perú.....	38
2.2.3. El régimen de las Asociaciones Público Privadas.....	45
2.2.3.1. La evolución y concepto de las Asociaciones Público Privadas.....	45
2.2.3.2. Principales ventajas y desventajas de las Asociaciones Público Privadas.....	49
2.2.3.2.1. Ventajas de las Asociaciones Público Privadas.....	50
2.2.3.2.2. Desventajas de las Asociaciones Público Privadas.....	53
2.2.3.3. Marco legal de las Asociaciones Público Privadas en el Perú.....	56
2.2.3.3.1. Evolución normativa y principales aspectos del marco legal de Asociaciones Público Privadas.....	56

2.2.3.3.2	Las Fases para el desarrollo de proyectos de Asociaciones Público Privadas.....	63
2.2.3.3.2.1	Planeamiento y Programación.....	63
2.2.3.3.2.2	Formulación.....	65
2.2.3.3.2.3	Estructuración.....	66
2.2.3.3.2.4	Transacción.....	69
2.2.3.3.2.5	Ejecución contractual.....	72
2.2.4	Los principales aspectos financieros de las Asociaciones Publico Privadas.....	73
2.2.4.1	La estructuración financiera en un proyecto de Asociación Público Privada.....	73
2.2.4.2	Los tipos de financiamiento.....	78
2.2.4.3	Las fuentes del financiamiento.....	81
2.2.4.3.1	Pagos de los usuarios.....	82
2.2.4.3.2	Cofinanciamiento del Estado.....	86
2.2.4.3.2.1	Compromisos firmes.....	89
2.2.4.3.2.2	Compromisos contingentes.....	92
2.2.4.4	Los principales riesgos de un proyecto de Asociaciones Público Privadas.....	95
2.2.4.4.1	Riesgo Financiero.....	95
2.2.4.4.2	Riesgo de Construcción.....	99
2.2.4.4.3	Riesgo de Disponibilidad.....	101
2.2.4.4.4	Riesgo Político.....	103
2.2.4.5	Project Finance como mecanismo de financiamiento de Asociaciones Público Privadas.....	105
2.2.4.5.1	Concepto y características esenciales.....	105
2.2.4.5.2	Stakeholders.....	113
2.2.4.5.2.1	Sponsors.....	113
2.2.4.5.2.2	Estado.....	114
2.2.4.5.2.3	Financistas.....	116
2.2.4.5.2.4	Constructores.....	119
2.2.4.5.2.5	Asesores.....	120
2.2.5	Teoría y práctica de las renegociaciones contractuales en las Asociaciones Público Privadas.....	122
2.2.5.1	Los contratos de concesión como contratos incompletos.....	125
2.2.5.2	El Principio de Mutabilidad en los contratos administrativos.....	130
2.2.5.3	Marco normativo actual sobre las modificaciones contractuales en APPs.....	135
2.2.5.4	Las excepciones al límite temporal de tres años para la suscripción de adendas en los contratos de APPs.....	138
3.	CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....	145

3.1	Diseño de Investigación.....	145
3.1.1	Tipo.....	146
3.1.2	Enfoque.....	147
3.2	Muestra.....	149
3.3	Instrumentos de medida.....	149
3.4	Validación del Instrumento.....	150
4.	CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN DEL ESTUDIO CUALITATIVO.....	150
4.1	Análisis de Datos.....	152
4.1.1	Identificación de los contratos de concesión de carreteras.....	153
4.1.2	Análisis de los contratos de concesión de carreteras y sus adendas.....	154
4.1.3	Otros ejemplos de renegociaciones contractuales en Asociaciones Público Privadas.....	176
4.1.4	Resumen de Resultados.....	182
4.1.5	Discusión de Resultados.....	186
4.2	Análisis e Interpretación de Entrevistas.....	189
4.2.1	Pregunta 1.....	194
4.2.2	Pregunta 2.....	199
4.2.3	Pregunta 3.....	206
4.2.4	Pregunta 4.....	213
4.2.5	Pregunta 5.....	220
4.2.6	Pregunta 6.....	225
5.	CAPÍTULO V: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES.....	238
5.1	Discusión.....	239
5.2	Limitaciones.....	253
5.3	Conclusiones.....	254
6.	Bibliografía.....	260
7.	Anexos.....	267
7.1.	Anexo 1: Guía de Entrevista.....	267
7.2.	Anexo 2: Entrevistas de los expertos.....	268
7.2.1.	José Luis Guasch.....	268
7.2.2.	Alex Albújar.....	272
7.2.3.	Eldda Bravo.....	285
7.2.4.	Sergio Bravo.....	290
7.2.5.	Hernán Castañeda.....	293
7.2.6.	Camilo Carrillo.....	294
7.2.7.	Lenin Mayorga.....	303
7.2.8.	Dante Cieza.....	305

7.2.9. Enrique Cárcamo.....	315
7.2.10. Antonio Rodríguez.....	318
7.2.11. Gian Carlos Silva.....	323
7.2.12. Samuel Rivero.....	325
7.2.13. Raquel Moreno.....	334
7.2.14. Leonie Roca.....	338
7.2.15. Eduardo Escobal.....	348
7.2.16. Magali Lazo.....	357
7.2.17. Gonzalo Soriano.....	360
7.2.18. Carlos López.....	366

ACRÓNIMOS

APP(s): Asociaciones Público Privadas

BID: Banco Interamericano de Desarrollo

CAF: Corporación Andina de Fomento

CAO: Certificado de Avance de Obra

COPRI: Comisión de Promoción de la Inversión Privada

CPP: Colaboración Público Privada

CRPAO: Certificado de Reconocimiento de Pago Anual por Obras

IEI: Informe de Evaluación Integral

MEF: Ministerio de Economía y Finanzas

MTC: Ministerio de Transporte y Comunicaciones

OPIP: Organismo Promotor de la Inversión Privada

OSITRAN: Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

PAMO: Pago Anual por Mantenimiento y Operación

PAO: Pago Anual por Obras

RPI: Retribución por Inversiones

SNPIP: Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada

SPE/SPV: Sociedad de Propósito Especial

Título

Implicancias de las adendas de bancabilidad en las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas

Resumen

La presente investigación tuvo como objetivo identificar las principales causas que originan las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas en los últimos años, especialmente los motivos que generan las adendas de bancabilidad durante el límite temporal de los tres primeros años, a partir del análisis de los procesos de renegociación de los contratos de concesión de carreteras a nivel nacional, y de los resultados obtenidos de las entrevistas a expertos en el diseño y ejecución de proyectos de Asociaciones Público Privadas.

De tal manera, estudiamos el alcance del proceso de promoción de la inversión privada en nuestro país, principalmente el desarrollo de las etapas de estructuración y transacción de un proyecto de Asociación Público Privada, así como los aspectos involucrados en la estructuración financiera del contrato, a efectos de identificar el origen de las adendas de bancabilidad solicitadas por los concesionarios y potenciales financistas.

De la consolidación de la literatura y el estudio cualitativo que incluye el análisis de los procesos de renegociación de los contratos de concesión de carreteras, así como las entrevistas a expertos, pudimos identificar los principales elementos que motivan las adendas de bancabilidad durante los primeros años, resaltando las implicancias de la estructuración financiera en los proyectos de Asociaciones Público Privadas. A partir de ello, desarrollamos criterios que contribuyan con el diseño de los contratos de Asociaciones Público Privadas, bajo la aplicación de lineamientos o mejores prácticas que optimicen la evaluación económica financiera de los proyectos, y como consecuencia coadyuven en la reducción de adendas de bancabilidad.

Introducción

De acuerdo a información oficial y data internacional, en nuestro país continúa existiendo un déficit en inversión sobre servicios e infraestructura pública, si bien el crecimiento promedio de PBI nacional para el periodo 1990-2015 ascendió a 4.41%, aún existe un progreso insuficiente en el desarrollo de la infraestructura. La necesidad de invertir en infraestructura se ve reflejada en el Global Competitiveness Report 2019 del World Economic Forum, en el cual el Perú se ubicó en la posición 65 de las 144 economías consideradas.¹

Asimismo, de acuerdo al Plan de Nacional de Infraestructura para la Competitividad 2019² elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas, se estima una brecha de acceso básico e infraestructura cerca de 363 millones de soles, lo cual generó que el Estado se viera obligado a ejecutar una hoja de ruta para promover de manera inminente la planificación de las entidades públicas en materia de inversiones.

En ese escenario, las Asociaciones Público Privadas (APPs) han resultado un mecanismo eficaz para promover la colaboración público privada en el desarrollo de obras y servicios públicos, a fin de reducir este déficit de inversión y brecha de infraestructura, tal es su relevancia que entre los años 1998 y 2017, se han adjudicado 95 proyectos de iniciativa estatal, con una inversión proyectada de más de 29 mil millones de dólares³.

La participación del sector privado en las APPs tiene la particularidad de evitar o reducir la exposición de los limitados recursos fiscales, trasladando al privado total o parcialmente el riesgo de financiamiento bajo determinadas condiciones, lo cual garantiza la eficiente asignación de recursos.⁴

Según un estudio realizado por Alonso Segura y Patricia Benavente⁵ en donde mostraban un diagnóstico sobre el mecanismo de APPs, encontraron que existe una alta incidencia de adendas en los contratos de APPs que ha sido mayor al estándar internacional, a lo cual se

¹ Equilibrium Clasificadora de Riesgo S.A, Asociaciones Público Privadas, diciembre 2016.

² Aprobado mediante Decreto Supremo N° 238-2019-EF publicado con fecha 28 de julio de 2019.

³ Reporte de Proyectos Adjudicados 1992-2017 elaborado por Proinversión en investinperu.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/ESTADISTICAS_GRAL/diciembre_2017/31-Reporte-Proceso-Diciembre%202017.pdf

⁴ Jorge Montesinos y Eduardo Saavedra. "Algunos alcances en torno a la institucionalidad y renegociación de concesiones en la infraestructura de transporte de uso público" (2012), 2. <http://fen.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/07/1-277.pdf>

⁵ Patricia Benavente y Alonso Segura, "Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana" en *Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: Beneficios y Riesgos* (Lima: PUCP, 2017)

sumaba que los procesos de renegociación eran muy largos, pudiendo tomar años, al no existir procesos claramente establecido para su evaluación.

Existe unanimidad en las opiniones de los expertos al señalar que entre las frecuentes causas de renegociación de los contratos pueden mencionarse la mala, defectuosa e incompleta confección de los contratos, evaluación deficiente de los riesgos asociados a un proyecto de largo plazo y del valor de costo financiero del proyecto, falta de estudios completos de factibilidad que no solo incluyan aspectos económicos sino ambientales y sociales, causas de fuerza mayor, etc.⁶

En ese sentido, como consecuencia de las renegociaciones contractuales tenemos proyectos paralizados, retrasando las inversiones estimadas, así como la provisión de la infraestructura y servicio público a los usuarios. Estas trabas no solo generan sobrecostos sino retrasos para el lograr el cierre financiero, lo cual genera numerosas adendas de bancabilidad que modifican diversas cláusulas del contrato, lo cual genera desconfianza en el mecanismo de APPs.

De acuerdo a un estudio elaborado por EY por encargo de la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN)⁷ se ha observado que durante la etapa del cierre financiero en los proyectos de infraestructura se suscriben de numerosas adendas de bancabilidad, debido al deficiente diseño del contrato de APPs y mala definición de los conceptos que dejan abiertas distintas interpretaciones en las cláusulas de los contratos.

En dicho estudio se ha identificado que el Perú es uno de los países donde lograr el cierre financiero toma más tiempo desde la adjudicación del proyecto, lo cual evidencia que existen dificultades durante la estructuración del contrato, así como observaciones por parte de los potenciales financistas a efectos de otorgar el financiamiento. Por otro lado, también se ha podido advertir que una vez firmado el contrato, el concesionario a través de la modificación de diversas cláusulas, busca reducir los riesgos que le fueron asignados originariamente, presentándose las llamadas conductas oportunistas.

De esa manera, las partes involucradas durante el proceso de promoción de la inversión privada tienen la importante tarea de diseñar y estructurar adecuadamente el contrato de APPs, en base a la evaluación financiera y análisis de los instrumentos financieros que tienen a su

⁶ Alejandro Einstoss. *Contratos de Asociación Público – Privada, ¿una solución al déficit de inversión en infraestructura en Argentina?*, enero 2018, pp. 16.

⁷ Ernst & Young (EY). *Agilizando la ruta del crecimiento: II Parte del Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025* (Lima: AFIN, 2016), 11.

disposición para ejecutar los proyectos de APPs, buscando reducir las incertidumbres económicas vinculadas a fin de tener un proyecto aceptado por el mercado.

En virtud de lo expuesto y con el propósito de reducir la incertidumbre financiera en la etapa de cierre financiero de los contratos de APPs, nos debemos preguntar, ¿por qué existe una alta incidencia de renegociaciones contractuales durante los primeros años? ¿qué se debe hacer para reducir el número de adendas de bancabilidad?

Nuestro principal objetivo con el presente trabajo es aportar a la identificación de elementos que motivan las renegociaciones contractuales de APPs en nuestro país, especialmente las adendas de bancabilidad durante los primeros años, tanto desde una perspectiva teórica como empírica, de modo que podamos contribuir a mejorar el diseño de los contratos de APPs, bajo la aplicación de lineamientos durante el proceso de promoción que logren el financiamiento del proyecto en el tiempo y condiciones pactadas.

En esa línea, estudiaremos el alcance del proceso de promoción de la inversión privada, específicamente las etapas de estructuración y transacción de un proyecto de APPs, así como los aspectos involucrados en la estructuración financiera del contrato, de modo que identifiquemos el origen de las solicitudes de adendas de bancabilidad.

En primer lugar, se utilizará una metodología basada en el método explicativo, a través de la revisión de la literatura sobre la naturaleza jurídica de los contratos de concesión, la importancia del mecanismo de las APPs, así como las teorías que sustentan las renegociaciones contractuales y el marco legal aplicable en nuestro país.

En segundo lugar, se realizará un estudio empírico principalmente con un enfoque cualitativo a través del análisis de dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras a nivel nacional suscritos entre el 2003 y 2014, así como las adendas realizadas durante los tres (03) primeros años, pudiendo identificar el contexto y recurrencia de las materias objeto de modificaciones contractuales. A efectos de complementar dicho estudio también revisamos tres principales proyectos de concesión de gran envergadura que tuvieron dificultades para lograr el cierre financiero en los últimos años.

Asimismo, realizamos dieciocho (18) entrevistas a expertos en materia de APPs y financiamiento de proyectos de infraestructura, a fin de generar conocimiento entorno a los factores claves del proceso de promoción de inversión privada que impactan en los procesos de renegociaciones contractuales, sobre todo en las adendas de bancabilidad.

Finalmente, consolidamos los resultados de la revisión de la literatura y el estudio cualitativo, resaltando las implicancias de la estructuración financiera en los proyectos de APPs, así como las principales razones que propician adendas de bancabilidad durante el límite temporal de los tres primeros años, a fin de aportar lineamientos o mejores prácticas que optimicen el diseño y estructuración de los proyectos, especialmente, la evaluación de bancabilidad de los contratos de APPs.

CAPÍTULO 1: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la Situación Problemática

Debido a determinadas situaciones circunstanciales y a la complejidad de las APPs, en los últimos años no se ha presentado un buen escenario para éstas en el país, se retrasaron obras e inversiones de contratos firmados por incumplimientos de ambas partes, problemas expropiatorios, diseño de proyectos, entre otras causas, por lo cual, el Estado no tuvo otra opción que iniciar las renegociaciones de los contratos de concesión a fin que las inversiones a cargo de los concesionarios se puedan ejecutar.⁸

De acuerdo a Guasch, “la percepción negativa es motivada por la alta incidencia de renegociaciones y sus resultados. Las renegociaciones implican una falta de cumplimiento de los términos acordados y una desviación de las esperadas promesas de mejoras en el sector. En general, el resultado de las renegociaciones afecta negativamente a los usuarios.”⁹

Con exclusión del sector telecomunicaciones, más del 41% de las concesiones de infraestructura en América Latina y el Caribe han sido renegociadas. Los sectores más afectados han sido los de transporte y servicios de agua y saneamiento, que registraron una incidencia de renegociaciones del 55% y 75%, respectivamente. Otro de los temas que preocupa es el acelerado ritmo con que se produjeron las renegociaciones. El plazo entre el comienzo de las operaciones y la renegociación de contrato ha sido, en general, de aproximadamente dos años, a pesar de que los contratos originales establecían un plazo de veinte a treinta años.¹⁰

En el año 2015, la Contraloría General de la República presentó el estudio “Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de Asociaciones Público-Privadas en el Perú” en donde

⁸ <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2017/01/15/concesiones-apps-que-pasa-que-espera/>

⁹ J. Luis Guasch. *Concesiones de infraestructura, cómo hacerlo bien* (Estados Unidos: The World Bank, 2005), 31.

¹⁰ Guasch, *Concesiones de infraestructura, cómo hacerlo bien*, 54.

se analizaron diez (10) contratos de concesión que involucran una inversión mayor a los 6,000 millones de dólares. Del análisis de 39 adendas, el 13% de adendas fueron suscritas antes de haber transcurrido un año de firmado el contrato de concesión. Asimismo, 18 adendas fueron suscritas antes de haber transcurrido tres (3) años, lo cual representa un 46%. Lo anterior evidencia que cerca del 50% de adendas fueron suscritas antes de los tres (3) años, es decir, en un plazo corto si se toma en cuenta que el plazo promedio de vigencia de las concesiones es de 27 años.¹¹

Los resultados mostrados en el estudio de la Contraloría generan alta preocupación en el país, ya que mayor parte de las renegociaciones de contratos han causado efectos negativos en la sociedad, se han aumentado los pagos, se generó cobros adicionales, se amplió plazos, se retrasó las inversiones, etc.¹²

Asimismo, es preocupante que muchas de estas renegociaciones han generado modificaciones en las condiciones originales de adjudicación de las concesiones, así como efectos sobre las obligaciones contraídas por las partes, los montos de inversión y los plazos de ejecución del proyecto, entre otros aspectos.¹³

De acuerdo a Montesinos y Saavedra, el sector transporte es uno de los sectores más importantes dentro del marco legal de APPs, en el cual existen 31 proyectos en ejecución con compromisos de inversión vigentes por US\$ 14,440 millones de dólares (abril 2016), y a través del cual se ha observado una tendencia creciente en la modificación de dichos contratos, en lo que va de la experiencia de supervisión de los mismos a cargo del regulador (OSITRAN). En efecto, hasta el año 2010, de los 22 contratos de concesión en el sector transportes, 18 de ellos (82%) habían sido renegociados mediante la suscripción de 69 adendas (de las cuales 57% fueron a solicitud del concesionario; el 26%, del concedente; y, el 17%, por ambas partes).¹⁴

Si bien una adenda puede ser necesaria cuando regula lo que no pudo ser previsto por las partes al celebrar el contrato, casi el 90% de las modificaciones evaluadas por la Contraloría se

¹¹ Contraloría General de la República. "Estudios sobre las causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público – Privadas en el Perú", 12.

¹² Enrique Cárcamo, "¿Debemos renegociar los contratos de concesión?". Conexión ESAN (2016) <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2016/03/30/debemos-renegociar-los-contratos-de-concesion/>

¹³ Fénix Suto et al., *Renegociación de contratos de concesión de infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora*. (Lima: Universidad ESAN, 2013.), 12.

¹⁴ Montesinos y Saavedra., *Algunos alcances en torno a la institucionalidad y renegociación de concesiones en la infraestructura de transporte de uso público*, 3.

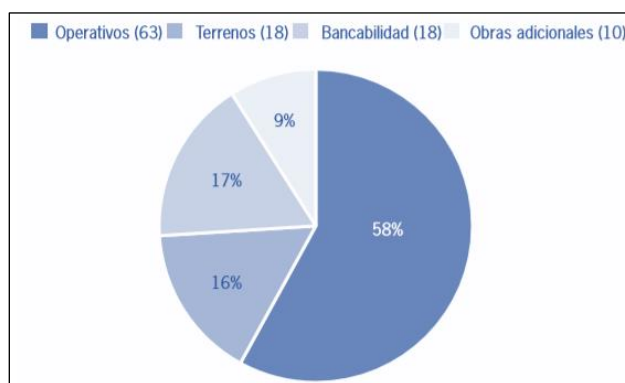
originaron en causas que sí pudieron ser previstas. Éstas derivan, fundamentalmente, de la deficiencia de los estudios que sirvieron de base para la licitación y de una inadecuada asignación de riesgos que garanticen la viabilidad financiera del proyecto.¹⁵

Así, Gonzalo Priale expresa que resulta evidente que debemos evaluar el contexto de las renegociaciones contractuales, no solamente los incrementos del presupuesto de obras por adendas, o el número de adendas renegociadas, situaciones que son vistas como una gran pérdida del Estado; sino empezar investigando qué causa las adendas y cómo evitar o reducir su ocurrencia, enfrentando sus causas.¹⁶

En este contexto, de acuerdo a Guasch et al., una mala preparación de los estudios por parte del gobierno (alcance del proyecto, nivel de inversión, asignación inadecuada de riesgos, requisitos mínimos) y la falta de supervisión efectiva de los contratos puede llevar a una posible negociación de los contratos, por ambas partes, público y privado.¹⁷

Alonso Segura y Patricia Benavente señalan que entre las causas más comunes figura la heterogeneidad e insuficiente de detalle de estudios durante la fase de ejecución contractual. El Gráfico N° 1 muestra un cuadro con las incidencias de las causas de renegociación en las 109 adendas que se han suscrito en los 31 contratos de concesión de infraestructura de transporte hasta agosto 2017.¹⁸

Gráfico N° 1: Incidencia de adendas en el sector transporte



Fuente: OSITRAN. Elaboración Benavente y Segura

¹⁵ María Teresa Quiñones, Menos renegociaciones en las APP. <https://www.estudiorodrigo.com/wp-content/uploads/2017/01/P%C3%A1ginas-desdeP%C3%A1ginas-desdeSemanaEconómica29ene2017-pdf-Adobe-Acrobat-Pro.pdf>

¹⁶ Gonzalo Priale, <http://www.afin.org.pe/publicaciones/articulos/1023-asociaciones-publico-privadas>

¹⁷ J. Luis Guasch, Daniel Benítez, Irene Portabales, Lincoln Flor. *The Renegotiation of PPP Contracts: overview of its Recent Evolution in Latin America*, Discussion Paper No. 2014-18 OECD, pp. 6., 2014.

¹⁸ Patricia Benavente y Alonso Segura, "Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana" en *Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: Beneficios y Riesgos* (Lima: PUCP, 2017), 46.

Se puede apreciar que la literatura analizada (estudios de la Contraloría General de la República, Suto, Céspedes y Paz, Benavente y Segura, EY) han identificado que la mayoría de las adendas a los contratos de concesión se dieron por tres causas: (i) asuntos vinculados al expediente técnico de las obras y aspectos operativos, (ii) bancabilidad del proyecto y (iii) saneamiento de terrenos y liberación de interferencias.¹⁹

Como se puede observar, existe un alto índice de renegociaciones en los contratos de APPs durante los primeros años, con mayor incidencia en el sector transporte puesto que contiene proyectos de gran envergadura que incluyen altos compromisos de inversión, y en los cuales se ha identificado que una de las principales causas de renegociación es el tema de financiamiento durante los primeros años de vigencia del contrato. Estas modificaciones son presentadas por el concesionario o los financistas para poder lograr el financiamiento del proyecto y empezar con las obras de infraestructura.

De acuerdo al estudio realizado por Montesinos y Saavedra, una de las principales causas de renegociación es el tema de financiamiento, y se han originado mayoritariamente en concesiones de carreteras, debido al reconocimiento de problemas para emitir la bancabilidad de la concesión y con ello facilitar su financiamiento, lo cual hace viable la ejecución de las obras o la operación de la concesión.²⁰

Asimismo, según la investigación realizada por Fénix Suto et al., se puede identificar que se han efectuado procesos de renegociación en relación con financiamiento en cuatro contratos de concesión de los ocho contratos comprendidos dentro de la investigación, lo que representa el 50% de recurrencia. Dichas modificaciones son derivadas generalmente por solicitudes de los Acreedores Permitidos y del concesionario para lograr la bancabilidad del proyecto.²¹

Nótese que a pesar de que las cláusulas de bancabilidad son relativamente estándares, buen parte de estas no fueron incluidas en los contratos licitados por Proinversión, incluso luego de las frecuentes adendas derivadas por dicha omisión. Ello contribuyó a que la renegociación del contrato, caso inmediatamente después de haber sido suscrito, para incorporar la adenda de

¹⁹ María Teresa Quiñones y Jenny Aliaga, "La renegociación de contratos de concesión en el Perú. Aproximación teórica y empírica a sus causas y consecuencias" *Ius Et Veritas*, no. 58 (2019), 96.

²⁰ Montesinos y Saavedra. *Algunos alcances en torno a la institucionalidad y renegociación de concesiones en la infraestructura de transporte de uso público*, 18.

²¹ Fénix Suto et al., *Renegociación de contratos de concesión de infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora*. (Lima: Universidad ESAN, 2013.), 95.

bancabilidad se convirtiera en norma; a tal punto que la Contraloría la identificó como la segunda razón de renegociación contractual.²²

Así, el problema de la renegociación financiera desempeña un papel aún más crucial en el éxito de una APP. La renegociación financiera se refiere a la negociación del subsidio financiero de después de firmado el contrato, cuando las condiciones cambian desfavorable y significativamente. La mayor preocupación es que el gobierno pueda rescatar un proyecto en dificultades, renegociar con el concesionario en dichas circunstancias ha causado serios problemas de oportunismo por parte del sector privado. Por tanto, lo que realmente preocupa es que cómo reducir la probabilidad de renegociación futura y el oportunismo, debido a la posibilidad de renegociación.²³

Ahora, de acuerdo al estudio realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la estructura financiera de una APP busca minimizar el costo de financiamiento del proyecto y asegurar que sea financiable, cumpliendo con las obligaciones del contrato. Esta estructuración combina opciones de financiamiento de accionistas (capital) y prestamistas (deuda). Las fuentes de este financiamiento incluyen tanto proveedores públicos como privados.²⁴

Asimismo, señala que los gobiernos necesitan asegurar que el diseño del proyecto sea “financiable”, es decir que la compañía del proyecto sea capaz de emitir suficiente deuda a un costo sostenible. Los prestamistas, habiendo evaluado cuidadosamente los riesgos del proyecto y cómo estos riesgos han sido asignados entre las partes del contrato, asignarán una tasa de interés y convenios que rigen el préstamo. Para ser “financiable” los flujos de caja operativos deben ser lo suficientemente altos para cubrir el pago de la deuda a la tasa requerida más un margen aceptable dentro de las restricciones acordadas.²⁵

En tal sentido, es necesario asegurar que el contrato de APP haya pasado por una evaluación de bancabilidad previa para lograr con el hito del cierre financiero²⁶, la importancia de acelerar

²² Quiñones y Aliaga, “La renegociación de contratos de concesión en el Perú. Aproximación teórica y empírica a sus causas y consecuencias”, 97.

²³ S. Ping Ho, “Model for Financial Renegotiation in Public-Private Partnerships projects and its Policy Implications: Game Theoretic View” *Journal of Construction Engineering and Management*, no. 132 (2006): pp. 3.

²⁴ Banco Interamericano de Desarrollo, “Asociaciones Público Privadas: Implementando Soluciones en Latinoamérica y el Caribe”. Módulo I, Unidad 3: Financiamiento, pp 5.

²⁵ Banco Interamericano de Desarrollo, “Asociaciones Público Privadas: Implementando Soluciones en Latinoamérica y el Caribe”. Módulo I, Unidad 3: Financiamiento, pp 10.

²⁶ El cierre financiero es el momento en que el inversionista asegura y formaliza el ingreso o la disponibilidad de los flujos necesarios para el desarrollo del proyecto, con lo que se materializa su bancabilidad.

el cierre financiero del proyecto adjudicado por parte del concesionario radica en un rápido aseguramiento del financiamiento, evitando que si las condiciones macroeconómicas y del mercado financiero cambian, esto no afecte los términos del financiamiento a otorgar en esta etapa.²⁷

Por lo expuesto, a todas luces existen numerosos factores que se deben tomar en cuenta para diseñar, estructurar y ejecutar un proyecto de APP, desde aspectos técnicos hasta financieros, los cuales toman mayor importancia durante las fases de estructuración y transacción del proyecto, a fin de evitar contingencias que generen la paralización del proyecto como consecuencia de renegociaciones contractuales, o peor aún, que no se logre el cierre financiero durante el plazo y condiciones pactadas.

1.2 Formulación del Problema

1.2.1 Pregunta de investigación

En atención a la situación problemática identificada, se propone la siguiente pregunta de investigación:

¿Cuáles son las principales causas que generan las adendas de bancabilidad en las APPs de carreteras durante el límite temporal de los tres primeros años?

1.2.2 Preguntas específicas

Asimismo, se proponen preguntas específicas vinculadas a la pregunta de investigación:

- ¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones contractuales de las APPs de carreteras?
- ¿Cuáles son los aspectos que modifican con mayor frecuencia los financistas para otorgar el financiamiento?
- ¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?
- ¿Cuáles serían los principales lineamientos que se podrían implementar para evitar las adendas de bancabilidad?

²⁷ Ernst & Young (EY). *Agilizando la ruta del crecimiento: II Parte del Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025* (Lima: AFIN, 2016), 60.

- ¿Cuál es el efecto de la excepción “*Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto*” establecida en el artículo 135 del Reglamento de la Ley de APPs referido al límite temporal de tres primeros años en la suscripción de adendas?

1.3 Determinación de objetivos

1.3.1 Objetivo de investigación

En atención a la pregunta de investigación, se proponen el siguiente objetivo general:

Identificar las causas que originan las adendas de bancabilidad en las APPs de carreteras durante el límite temporal de los tres primeros años.

1.3.2 Objetivos específicos

Asimismo, se proponen objetivos específicos vinculados a la pregunta de investigación:

- Identificar las principales causas de renegociaciones contractuales de las APPs de carreteras
- Identificar los aspectos que solicitan los financistas con mayor frecuencia para otorgar el financiamiento
- Determinar el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs
- Identificar los principales lineamientos que se podrían implementar para evitar las adendas de bancabilidad
- Evaluar el efecto de la excepción “*Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto*” establecida en el artículo 135 del Reglamento de la Ley de APPs referido al límite temporal de tres primeros años en la suscripción de adenda.

1.4 Justificación de la Investigación

Durante las últimas décadas se han presentado exitosas experiencias en la ejecución de proyectos de APPs para la provisión de infraestructura y servicios públicos en varias regiones de América Latina. Esta modalidad de promoción de la inversión privada representa una de las mayores innovaciones en el sector de infraestructura, teniendo como base la experiencia previa de otros países, como España e Inglaterra para el desarrollo de este tipo de mecanismo en la región.

Cuando el mecanismo de APPs es utilizado de manera adecuada pueden constituirse una modalidad provechosa para el desarrollo de infraestructura y servicios básicos (energía, agua, saneamiento, salud y educación), los cuales cumplen un rol fundamental en la mejora de la calidad de vida de miles de personas, especialmente en la región de América Latina y el Caribe.²⁸

Este esquema conlleva una asignación eficiente de riesgos entre el sector privado y el gobierno a través de contratos que establecen los criterios de participación y las responsabilidades para cada una de las partes involucradas en el desarrollo de proyectos que contemplan un activo público. En estas colaboraciones, que duran varios años, el sector privado juega un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de una infraestructura, o en el desarrollo de un servicio, participando, de un modo u otro, en la financiación del proyecto.²⁹

Dicho mecanismo ha sido desarrollado como un modelo de asociación entre el Estado y el sector privado, el cual establece una sinergia entre ambos actores para la consecución de intereses en común. La finalidad de esta asociación reside, principalmente, en la satisfacción del interés general y la reducción de la brecha de infraestructura y servicios, entre otros fines igualmente que ayudan al Estado a proveer estos servicios públicos de manera eficiente y de calidad.

Se ha podido identificar como principales beneficios del mecanismo de APPs los siguientes: i) la capacidad de proveer un servicio a un menor costo y en menos tiempo, ii) la posibilidad de mejorar la calidad de los servicios y garantizar buenos niveles de servicio durante largos períodos, iii) una gestión más eficiente de los riesgos del proyecto, iv) la capacidad de atraer innovación tecnológica y otorgar flexibilidad a la provisión de servicios y, v) que en algunos casos la estructuración financiera de un proyecto puede atraer recursos financieros en condiciones más favorables que si se realizara como un proyecto público.³⁰

Ronald Fischer et al., reconocen que las APPs tienen beneficios reales. En primer lugar, está el incentivo de reducir los costos del ciclo de vida, que pueden llevar a un mantenimiento continuo, en lugar de uno intermitente y más caro. Esto tiene especial valor en los proyectos donde la calidad del servicio se puede definir en un contrato, como en el caso de las carreteras.

²⁸ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Asociaciones Público Privadas: Implementado soluciones en Latinoamérica y El Caribe*, Modulo 1, 2015, 6.

²⁹ Corporación Andina de Fomento (CAF), *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, 2016, 20.

³⁰ Guillermo R. Alborta, Claudia Stevenson y Sergio Triana. "Asociaciones Público-privadas para la prestación de servicios: una visión hacia el futuro". (Documento de debate # IDB-DP-195, Banco Interamericano de Desarrollo, 2011) 10.

Un contrato de APPs debe especificar que la infraestructura puede ser devuelta en buenas condiciones al finalizar el contrato. Otro beneficio consiste en que un proyecto de APPs recauda pagos por cuenta de los usuarios, éstos se sienten empoderados para demandar un buen servicio, lo cual requiere un mantenimiento continuo.³¹

Por otro lado, Guasch et al., señalan que en los últimos 25 años, más de 6,000 proyectos de APPs han logrado obtener los recursos financieros necesarios para ejecutar el proyecto (cierre financiero) en los países en desarrollo. Los beneficios asegurados y las tendencias de las APPs sugieren que la participación privada en infraestructura se ha convertido en algo bueno y viable. Es una opción que complementa las inversiones públicas para el desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios públicos. Además, apoya el crecimiento económico, mejorar la calidad de vida y contribuir a la reducción de la pobreza, y como alternativa para financiar la infraestructura.³²

Sin embargo, también es evidente que después de casi 20 años de experiencia, diseños e implementaciones defectuosas, algunos observadores han afirmado que estos contratos han tenido un impacto significativamente perjudicial en la equidad y la eficiencia para los usuarios de las instalaciones. En gran medida, se dice que los sentimientos negativos se inician por las implicaciones de la renegociación y las respuestas a estas por parte del gobierno. Según Guasch, el 30% de los contratos de APPs, son renegociados (de una muestra de 1,000 contratos de concesión en Latinoamérica y el Caribe). Ante estos hechos, tanto las instituciones que formulan políticas, como la investigación económica académica han centrado su atención en cómo limitar la renegociación.³³

Ahora bien, el problema de la renegociación financiera desempeña un papel aún más crucial en el éxito de un proyecto de APPs. La renegociación financiera se refiere a la negociación del subsidio financiero después de la firma del contrato, cuando las condiciones cambian desfavorable y significativamente. La importancia de la política de renegociación financiera va más allá de si los gobiernos debiesen renegociar con partes privadas. La mayor preocupación es que el hecho de que el gobierno pueda rescatar un proyecto en dificultades y renegociar con el desarrollador en las APPs ha causado serios problemas de oportunismo en la administración

³¹ Eduardo Engel, Ronald Fischer, Alexander Galetovic, "Finance and Public-Private Partnerships" Conference Volume 2014, pp 194.

³² J. Luis Guasch, Daniel Benítez, Irene Portabales, Lincoln Flor. *The Renegotiation of PPP Contracts: overview of its Recent Evolution in Latin America*, Discussion Paper No. 2014-18 OECD, pp. 5., 2014.

³³ Julie de Brux, "The dark side and bright side of renegotiations: an application to transport concession contracts", Chaire Economie des Partenariats Public-Privé Institut d'Administration des Entreprises, pp 2.

del proyecto. Por lo tanto, lo que realmente nos preocupa en las APPs es cómo reducir la probabilidad de renegociación futura y el oportunismo debido a la posibilidad de renegociación.³⁴

A todas luces se evidencia que las APPs constituyen un mecanismo con grandes beneficios para disminuir la brecha de infraestructura que actualmente existe en nuestro país, y para crear mayor productividad y competitividad en la economía, por lo que es importante que el Estado revise con mayor detalle el marco normativo que regula el proceso de promoción de la inversión privada, los lineamientos sobre la estructuración y diseño de los proyectos para disminuir contingencias en la etapa de ejecución contractual.

Los costos de oportunidad de resolver problemas debido al menor desarrollo del proyecto o la renegociación financiera en APPs son enormes. Si estos problemas ocurren de manera persistente, los altos costos de transacción posteriores harán que las APPs sean una alternativa inviable o más baja para proporcionar infraestructuras y servicios públicos. Las buenas políticas ayudan a prevenir problemas antes de que sucedan.³⁵

En ese sentido, es indudable la relevancia que tienen las APPs en nuestra sociedad, es importante que el Estado establezca políticas para implementar un adecuado proceso de promoción de la inversión, y como hemos podido observar, colocar especial énfasis en el alto índice de renegociaciones contractuales de carreteras que viene desarrollándose en los últimos años, lo cual ha creado una percepción negativa de las APPs como un mecanismo efectivo para la promoción de la inversión privada.

Por ello, la presente investigación busca identificar las principales causas que originan las renegociaciones de los contratos de APPs en los últimos años, especialmente los motivos que generan la suscripción de adendas de bancabilidad durante el límite temporal de los tres años, a partir del análisis de las modificaciones contractuales de las dieciséis (16) concesiones de carreteras a nivel nacional, así como de los resultados obtenidos de las entrevistas a los expertos.

En suma, la presente investigación tiene como objetivo recolectar información y generar conocimiento a través de la aplicación del enfoque cualitativo sobre el fenómeno de las renegociaciones de los contratos de APPs y, su desarrollo en nuestro país durante los últimos años, de modo que encontremos lineamientos que ayuden a reducir el alto número de

³⁴S. Ping Ho, "Government Policy on PPP Financial issues: Bid compensation and financial renegotiation", pp. 3.

³⁵ *Ibid.*, 49.

renegociaciones por temas financieros, que han sido vistas como eventos irregulares originados por el Estado y el sector privado.

1.5 Delimitación de la Investigación

La viabilidad de la presente investigación se sustentará en el acceso a fuentes primarias y secundarias. Con relación a las fuentes primarias, estas se darán en el desarrollo de las entrevistas de los expertos para la identificación de las principales razones que originan la suscripción de adendas de bancabilidad durante los tres (03) primeros años, así como los principales aspectos que se desarrollan en torno a la estructuración financiera de un contrato de APPs.

Asimismo, realizaremos un análisis de dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras a nivel nacional, así como las adendas suscritas durante los tres primeros años, a los cuales tendremos fácil acceso, pues dichos documentos se encuentran publicados en el portal web institucional de OSITRAN. Sin embargo, a efectos de complementar el análisis de las adendas, solicitaremos mediante Acceso a la Información Pública los informes técnicos que sustenten las modificaciones contractuales en cada proyecto.

Por otro lado, las fuentes secundarias se sustentarán en el acceso a doctrina nacional, internacional y a las investigaciones de reconocidos autores y organismos multilaterales como el Banco Mundial, la OCDE, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Corporación Anadina de Fomento (CAF), cuyo uno de sus principales objetivos es el apoyo en la provisión de infraestructura y servicios públicos para disminuir la pobreza y desigualdad en países en vías de desarrollo.

En este caso, será importante el acceso a doctrina internacional, especialmente, de países latinoamericanos como Chile, México, Colombia, dada la mayor similitud a la realidad peruana.

1.6 Formulación de la Hipótesis

Con relación a nuestra pregunta de investigación establecida en este capítulo: ¿Cuáles son las principales causas que generan las adendas de bancabilidad en las Asociaciones Público Privadas de carreteras durante el límite temporal de los tres primeros años?, así como del estudio del marco normativo aplicable, análisis teórico y práctico expuesto en el presente trabajo, podríamos a primera vista establecer lo siguiente:

A la fecha el Estado no ha desarrollado lineamientos que propicien una adecuada estructuración financiera de los proyectos de Asociaciones Público Privada durante el proceso de promoción de la inversión privada, puesto que hemos visto que a lo largo de los años se han evidenciado alta incidencia de renegociaciones contractuales, especialmente por temas financieros durante los primeros años de vigencia del contrato, que tienen como objetivo conseguir el financiamiento para la ejecución del proyecto. En tal sentido, nuestra hipótesis es la siguiente:

El principal factor que genera la suscripción de adendas de bancabilidad durante los primeros años de vigencia de los contratos de APPs se origina en la etapa de estructuración de los contratos de APP en donde no se recoge adecuadamente los intereses del mercado financiero a fin de alcanzar la bancabilidad del proyecto.

CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes Históricos

Al finalizar la década de los ochenta, el país presentaba serios déficits en cuanto a la inversión en servicios esenciales, así como en infraestructura pública. En paralelo, las empresas públicas entraron en crisis financieras; además, la prestación de servicios por parte de éstas se hizo cada vez más ineficiente, desencadenándose problemas presupuestarios en el Estado y la consiguiente hiperinflación.³⁶

Al momento de plantearse la reforma del Estado, a inicios de la década de los noventa, las empresas públicas atravesaban una crisis que excedía el plano financiero y de gestión, ya que su accionar estaba deslegitimizado por la sociedad. Por ese motivo, existía un consenso generalizado en relación a que la transferencia de las empresas públicas al sector privado constituiría la forma de acabar con el déficit fiscal, la hiperinflación, el exceso de burocracia, y la falta de productividad. Además, sería el medio necesario para equilibrar las cuentas externas y acceder nuevamente a los créditos internacionales.³⁷

A efectos de lograrlo viable, se comenzó por cambiar el marco normativo del país, lo que empezó con la promulgación de una nueva Constitución Política y, posteriormente, la promulgación de una serie de normas de inferior rango que posibilitaban el cambio de paradigma. De este modo, el Estado peruano realizó un conjunto de reformas orientadas al

³⁶ Sergio Bravo, "Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú." *Círculo de Derecho Administrativo*: 97.

³⁷ Ariela Ruiz, "El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002" *Gestión Pública*, no. 22 (2002):21.

fomento de la inversión privada en diversos ámbitos en los que anteriormente operaba de manera directa y exclusiva, las cuales tienen como punto de partida lo regulado en el artículo 58³⁸ de la Constitución Política del Perú.³⁹

En ese contexto, la Constitución Política de 1993 incluyó el derecho a la libre iniciativa privada, definió el nuevo rol y funciones del Estado en la economía, situándose dentro de una economía social de mercado, obligándolo desde ese momento a realizar actividades de promoción de la inversión privada.

Durante los siguientes años se prosiguió con la elaboración de un marco jurídico-legal apropiado para el fomento de la inversión privada. Entre las leyes más importantes, podemos mencionar la regulación de la aplicación del programa de migración e inversión, cuyo objetivo fue facilitar la nacionalización de los ciudadanos extranjeros que deseaban aportar capital e invertir en Perú.⁴⁰

Es así, como señala Ariela Ruiz, el proceso de privatización inició en setiembre de 1991 con la promulgación del Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Empresas del Estado, la cual permitió implementar un ambicioso plan de privatizaciones, incluyendo la creación de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), y definió las modalidades de participación privada⁴¹:

- i) Transferencia al sector privado del total o de una parte de las acciones o de los activos.
- ii) Aumento de capital mediante aportes efectuados por personas naturales o personas jurídicas de derecho privado constituidas en el país o personas jurídicas o entidades de derecho público o privado constituidas en el extranjero.
- iii) Celebración de contratos de asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, concesión y otros similares con personas jurídicas o entidades de derecho público o privado constituidas en el extranjero.

³⁸ Artículo 58

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.

³⁹ Sergio Bravo, "Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú" *Círculo de Derecho Administrativo*: 97.

⁴⁰ Máximo Torero, "La Privatización Peruana: Impactos sobre el desempeño de las empresas" *Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE)*, (2002): 7.

⁴¹ Ariela, "El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002" 23.

- iv) Disposición o venta de los activos con motivo de su disolución y liquidación.

De esa manera, la privatización fue concebida como una herramienta a través de la cual el Estado trasladaba al sector privado la iniciativa productiva y empresarial con el fin de fortalecerse y tornarse eficiente en aquellas áreas en las que había perdido presencia en las últimas décadas: educación, salud, seguridad y administración de justicia. Correspondía al sector privado, por lo tanto, encargarse directamente de toda la actividad productiva, y constituirse en el motor del desarrollo del país.⁴²

Los problemas de las sociedades en todo el mundo -como revela la literatura y la práctica de la gestión pública- han llevado al sector público a redefinir sus roles, lo que, como hemos señalado, ha supuesto un aumento cuantitativo y cualitativo de las colaboraciones entre las administraciones públicas y las organizaciones privadas (lucrativas y no lucrativas). Este fenómeno, que algunos han denominado de forma generalizada la privatización del Estado, se ha visto influido por motivaciones pragmáticas, económicas, ideológicas, comerciales y populistas.⁴³

De acuerdo a Rosendo Paliza, el objetivo fundamental del proceso de privatización es aumentar la eficiencia y por tanto la competitividad de la economía, lo cual se logra a través de una mayor participación del sector privado en la actividad económica. Con ello se busca aumentar la tasa de crecimiento potencial de la economía.⁴⁴

Actualmente, nuestro país se encuentra en una etapa en la que se continúa impulsando la inversión privada a través diferentes mecanismos, especialmente los proyectos de concesión, que tiene como objetivo contribuir en la mejora y desarrollo de la infraestructura del país con participación del sector privado, así como la provisión de servicios en términos de calidad, cobertura y acceso de los usuarios.⁴⁵

De esta manera, las concesiones adquieren un protagonismo importante en las actividades promoción de la inversión privada en nuestro país, y la fecha es una de las modalidades más utilizadas dentro del régimen de APPs, a través de la cual se ha consolidado las reglas aplicables

⁴² Ariela Ruiz, "El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002" *Gestión Pública*, no. 22 (2002):21.

⁴³ Alfred Vernis Doménech, "Asociaciones entre lo público y lo privado: en búsqueda de la complementariedad" *CLAD Reforma y Democracia*, No. 33, Caracas, 2005, p. 2.

⁴⁴ Rosendo Paliza, "Impacto de las privatizaciones en el Perú" *Estudios Económicos*: 9.

⁴⁵ Ariela, "El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002" 25.

a los procesos de promoción de la inversión privada, teniendo como aspecto medular la asignación de riesgos entre las partes atendiendo el perfil del proyecto.

2.2 Aspectos Generales

2.2.1 El interés público en el derecho administrativo

2.2.1.1 La noción del interés público

Como veremos a continuación, el interés público es un aspecto crucial en el Derecho Administrativo, esta rama del Derecho Público estudia la organización y las actividades administrativas del Estado, esto es, el ejercicio de la función administrativa, por lo cual su determinación y aplicación es de gran importancia para los intereses de la sociedad.

De acuerdo a Jaime Rodríguez⁴⁶, el tema del interés general es, desde luego, una cuestión crucial del Derecho Administrativo. En la medida en que esta rama del Derecho Público disciplina jurídicamente asuntos supraindividuales, colectivos, comunitarios, o públicos, estamos trabajando en el campo, de alguna manera, de los intereses generales.

Por su parte, Luis de la Morena y de la Morena⁴⁷ señala que todo interés público aparece conectado a un supuesto de hecho portador de carencias, demandas, imperfecciones o riesgos sociales que, al ser vividas por la comunidad como un mal evitable o prevenible, se transforman en otras tantas necesidades o aspiraciones que la movilizan de inmediato a actuar en orden a su eliminación o reducción. Tales necesidades, una vez objetivadas con mayor o menor precisión, en sus correspondientes normas, pasan a definir, en su conjunto, el modelo ideal que una comunidad se propone a sí misma o al que aspira tenderán las actuaciones de la Administración (...).

El interés público puede ser considerado como un concepto de orden funcional, ya que sirve para justificar diversas formas de intervención del Estado en la esfera de los particulares previendo límites de distinto grado, ya sea a través de prohibiciones, permisos o estableciendo modos de gestión.⁴⁸

⁴⁶ Jaime Rodríguez-Arana, "El interés general en el derecho administrativo: Notas Introductorias", Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2012, p. 1.

⁴⁷ Luis de la Morena y de la Morena, "Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas", *Revista de Administración Pública*, nums. 100-1002, 1983, p. 863.

⁴⁸ Carla Huerta Ochoa, "El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional" en Seguridad pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 132.

En ese sentido, podemos partir afirmando que la persecución del interés público justifica la creación del Derecho Público, sin embargo no siempre todo acto realizado al amparo de las normas del Derecho Público goza de la presunción del interés público, sino que el Estado debe preocuparse que sus acciones concuerden siempre con los intereses de la sociedad.

En ese orden, el interés público nos lleva al concepto de las actividades *esenciales*, como señala el profesor José Carlos Laguna⁴⁹, cuya prestación no puede faltar a todos los ciudadanos, en adecuadas condiciones de calidad y prestación. (...) el carácter esencial de las actividades, la normativa deba establecer mecanismos que permitan garantizar su prestación a todos los ciudadanos.

Así, señala que esto se traduce en que el régimen de actividades esenciales responde a una serie de principios comunes: (i) servicio universal, (ii) continuidad, (iii) calidad de servicio, (iv) asequibilidad y (v) protección de los consumidores y usuarios. En definitiva, son los clásicos principios del servicio público que reverdecen en las actividades liberalizadas.⁵⁰

Igualmente, suscribimos la opinión de Nicolás López⁵¹, quien señala que, cuando los intereses son compartidos por amplios sectores de una colectividad, y tienen contenidos que la mayoría social considera necesidades primarias, prioritarias o fundamentales, se puede hablar de un interés público. El interés público se refiere a intereses que se consideran muy necesarios e importantes para la supervivencia o el bienestar de la sociedad como tal. El interés público es un fin fundamental de todo ordenamiento jurídico, porque dar a la sociedad “lo suyo” es un precepto de justicia elemental.

Puede definirse provisoriamente entonces al interés público, como el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos.⁵²

⁴⁹ José Carlos Laguna de Paz, *Servicios de interés económico general*, Civitas, España, 2009, p. 37-38.

⁵⁰ José Carlos Laguna, *Servicios de interés económico general*, Civitas, España, 2009, p. 38.

⁵¹ Nicolás López Calera, “El Interés Público: entre la ideología y el derecho”, *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, p. 129.

⁵² Héctor Jorge Escola. *El interés público como fundamento del derecho administrativo* (Argentina: Depalma, 1989), 237.

En síntesis, el interés público será aquella materia que se resuelve en decisión política gubernamental –nacional, regional o municipal– y también en el ámbito legislativo y jurisdiccional, que satisface al máximo los intereses de la comunidad involucrada, que se concibe y ejecuta mediante procedimientos jurídicos preestablecidos, con participación de los gobernados, y que tiene por finalidad última evitar conflictos políticos, religiosos, económicos, sociales y culturales y perfeccionar el bienestar de la población o de segmentos de esta última.⁵³

En suma, la mayoría de los autores coinciden que el concepto del interés público está orientado al respeto por los principios inherentes a un Estado de Derecho, y que el aparato estatal debe tomar en consideración al momento de realizar sus actividades, como principal agente de los intereses de la sociedad, quedando pendiente en la práctica, la necesidad de un juicio de valor que proteja las convicciones de la colectividad.

2.2.1.2 El interés público como concepto indeterminado

Como desarrollaremos a continuación, la doctrina y la legislación hacen referencia sin distinción a otros conceptos vinculados o similares a la noción de interés público. La amplitud de la noción del interés público trae consigo que sea tradicionalmente considerado como uno de los conceptos jurídicos caracterizados por su indeterminación.⁵⁴

Como señala Nicolas López, referir el derecho a intereses colectivos, sociales o públicos responde a una concepción moderna, positivista y realista del derecho. La tradición iusfilosófica tenía como fin del derecho el llamado bien común. La Modernidad ya introdujo otros conceptos para definir un orden jurídico y político. Es interesante recordar cómo Rousseau hizo del interés común, la causa determinante de la constitución de las sociedades.⁵⁵

Entre todos los conceptos que guardan estrecha vinculación con el interés público, tal vez el más afín sea el de interés general, el cual según entendemos debe considerarse como sinónimo. (..) Otra idea similar es la de utilidad pública, que es mencionada por nuestra Constitución junto

⁵³ Jorge Correa Fontecilla, "Algunas consideraciones sobre el interés en la Política y el Derecho" *Revista Española de Control Externo*, p. 140.

⁵⁴ Jorge Danós Ordoñez, "Los fines o intereses públicos o generales como criterios de interpretación de las normas administrativas", en: *El Derecho Administrativo como instrumento al ciudadano*, Lima, 2018, p. 91.

⁵⁵ Nicolás López, "El Interés Público: entre la ideología y el derecho" *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, p. 129.

al propio interés general- al regular el derecho de propiedad. Como se observa, se asemejan mucho pero la distinción está en que la utilidad sería una especie dentro del género interés.⁵⁶

Asimismo, Jorge Correa considera que algunos autores distinguen entre interés colectivo e interés público. Junto al interés propio de cada individuo considerado en sí mismo, surgen intereses que se refieren a un grupo de individuos, a los cuales denominan intereses colectivos. Para que el interés colectivo pase a ser interés público es necesario que el Estado coloque determinados intereses colectivos entre sus fines propios.⁵⁷

Felipe Viveros⁵⁸, citando a Carlos Peña Gonzales, concibe una definición de intereses difusos, colectivos e intereses públicos, los cuales encajarían dentro de un concepto general de “interés público”. Intereses difusos, expresa, son aquellos intereses que equivalen a externalidades negativas, es decir, a perjuicios o costos sociales que no recaen directamente sobre el sujeto que ejecuta la actividad social, política o económica. A diferencia de ello, intereses colectivos se refiere a aquellos intereses que no siendo inmediatamente individuales es posible imputarlos, desde el punto de vista de su titularidad, a grupos sociales o a formas asociativas que, poseyendo o no reconocimiento estatal, son discernibles desde el punto de vista político-social. Por su parte, intereses públicos alude a aquellos intereses imputables inmediatamente al Estado o a los órganos que lo representan.

Asimismo, como señala Jorge Danós, en relación a los intereses generales, no existe duda alguna que se trata de una expresión sinónima de los intereses públicos. Así lo ha entendido también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC, en la que se señala expresamente que el interés público “es *sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad*”.⁵⁹

El contenido del interés público puede variar dependiendo de las condiciones políticas, sociales, económicas, morales e incluso culturales de un país en un momento determinado. Es

⁵⁶ Carlos Andrés de Cores y Juan Manuel Cal, “El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa” *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, p. 132.

⁵⁷ Jorge Correa Fontecilla, “Algunas consideraciones sobre el interés en la Política y el Derecho”, *Revista Española de Control Externo*, p. 138.

⁵⁸ Felipe Viveros, “La participación de la sociedad civil en acciones de interés público” en *Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología*, núm. 8, Chile, 1998, p. 151.

⁵⁹ Jorge Danós, “Los fines o intereses públicos o generales como criterios de interpretación de las normas administrativas”, en: *El Derecho Administrativo como instrumento al ciudadano*, Lima, 2018, p. 90.

por ello, que requiere de una valoración tanto por la autoridad administrativa en relación con el caso, como por el juez con motivo de control del ejercicio de la facultad discrecional.⁶⁰

En tal sentido, podemos definir a las acciones del interés público como el mecanismo legal de hacer valer un derecho del que un sujeto individual o colectivo pretender ser titular, invocando el interés de la sociedad en conjunto, pudiendo ejercer dichas acciones ante los órganos jurisdiccionales correspondientes.

Asimismo, coincidimos con Juan Carlos Montalvo, cuando señala que la figura de interés público aparece en el Derecho Público cumpliendo tres funciones: (i) como criterio para la interpretación y la aplicación de normas; (ii) como elemento jurídico necesario de interpretación y, (iii) como elemento nuclear de las decisiones administrativas. Conceptos como urgencia, orden público, justo precio, utilidad pública o interés público corresponden a la misma categoría conceptual. No obstante, podemos desglosar esta figura en tres posibles concepciones, que por otro lado desembocan en un mismo sentido actual:⁶¹

1. Bien común o general, entendido como la suma más global y genérica, no aritmética, de los intereses de la ciudadanía. Se trata de una acepción válida para sanear y dar luz a procedimientos gubernamentales complejos.
2. En los casos de que las finalidades de las decisiones, y los procedimientos adoptados para llevarlos a cabo, estén sujetos a controversia, el interés general aparece como adhesión a un orden público o social, aunando esfuerzos para evitar males mayores y buscar un necesario consenso.
3. Finalmente, en el ámbito procesal, cuando nos enfrentamos a soluciones incompatibles, el interés general subyace fundamentándose en el procedimiento reglado ejecutados por los funcionarios legal, previa y debidamente designados.

En suma, coincidimos con Jorge Danós cuando señala que el interés público es una figura jurídica que controla las actividades de la Administración Pública, la forma de cómo debe proceder, de modo que vigila la discrecionalidad que tiene al momento de tomar decisiones

⁶⁰ Carla Huerta, "El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional" en Seguridad pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 155-156.

⁶¹ Juan Carlos Montalvo Abiol, "Interés general y administración contemporánea" *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, Madrid, 2011, p. 139-140.

que involucran intereses colectivos, quedando claro que las decisiones deben justificarse entorno al principio de legalidad e interés de la sociedad.⁶²

2.2.1.3 El interés público en el marco normativo peruano

Como hemos manifestado, el Derecho Administrativo opera sobre la base de la presunción que la Administración Pública actúa conforme al interés general, vale decir, respecto a aquello que favorece a todas las personas que componen la sociedad en su conjunto.⁶³

En tal sentido, como señala Juan Carlos Morón, el papel del Derecho Administrativo hoy en día debe centrarse en la obtención de un adecuado equilibrio entre los intereses de los administrados y el interés general, debiendo ambos ser tutelados por la Administración Pública.⁶⁴

Ahora bien, el interés público o interés general es un instrumento jurídico de carácter central en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, debido a que finalmente constituye la base y criterio rector de todo el Derecho Administrativo, dado que es el punto de referencia obligado para todas las actividades de la administración pública y a su vez el límite y parámetro para el control de la legalidad de sus actuaciones.⁶⁵

Por otro lado, la figura del interés público o general en el marco constitucional peruano ha tenido una evolución importante entre la Constitución Política del Perú de 1979 y 1993, a continuación mostramos el cambio de dicho concepto:

Temas	Constitución de 1979	Constitución de 1993
Actividad empresarial estatal	<p>Artículo 113. El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.</p> <p>Artículo 114.</p>	<p>Artículo 60. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.</p>

⁶² Jorge Danós, “Los fines o intereses públicos o generales como criterios de interpretación de las normas administrativas” (ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Piura, 2018)

⁶³ Francisco Laporta, “Sobre el concepto de derechos humanos” *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987, p. 58-59.

⁶⁴ Juan Carlos Morón Urbina. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General* (Lima: Gaceta Jurídica, 2008)

⁶⁵ Jorge Danós, “Los fines o intereses públicos o generales como criterios de interpretación de las normas administrativas”, 2018.

	<p><u>Por causa de interés social o seguridad nacional.</u> la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer dichas actividades en favor de los peruanos.</p>	<p><u>Solo autorizado por ley expresa.</u> El Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, <u>por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.</u> La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.</p>
--	--	---

Elaboración propia.

Como podemos observar, la Constitución de 1979 establece que el Estado tenía la facultad general de realizar actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, y que por causa de “*interés social*” la ley podía reservar para el Estado actividades productivas o de servicio.

Ahora, la Constitución Política de 1993 reconoce el pluralismo económico, es decir, que la economía se sustenta en la convivencia de las diferentes formas de propiedad y de libertad de empresa, y únicamente autorizado por ley expresa, de manera subsidiaria y por alto interés público, el Estado podrá realizar actividad empresarial.

Con ello, se evidencia que la Constitución Política de 1993 protege la economía social de mercado y la libertad empresarial, quedando claro que la intervención del Estado sólo será necesaria si la iniciativa privada no existe o es insuficiente.

En esa misma línea, Diego Zegarra señala que se ha relegado a un segundo plano la iniciativa pública en la actividad económica, sujetándola a la autorización previa de una ley y a la existencia de una razón de alto o manifiesto interés público, a lo que debe añadirse el reconocimiento de una igualdad jurídica entre los competidores en el mercado, con lo cual pueden concurrir tanto en la producción como en la prestación de servicios el Estado y los particulares en iguales condiciones y sujetos a un régimen común.⁶⁶

Así, el Tribunal Constitucional peruano, a través de las sentencias recaídas en los Expedientes Nros. 0090-2004-AA/TC y 3283/2003-AA/TC, ha intentado dar un alcance mayor sobre la noción del interés público, tal y como detallamos a continuación:

⁶⁶ Diego Zegarra Valdivia, “Concesión administrativa e iniciativa privada”, *Revista Themis*, no. 39 (1999): 100.

Exp. 3283/2003-AA/TC	Exp. 0090-2004-AA/TC
<p>(...) 33. Se denomina como interés público al conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, merítua, o tasa como “algo” necesario, valioso e importante para la coexistencia social (...).</p>	<p>11. (...) El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.</p>

Elaboración propia.

Consideramos que el Tribunal Constitucional peruano no delimita o desarrolla específicamente el concepto de interés público, por el contrario, las definiciones son generales, de las que pueden surgir varias interrogantes al momento de aplicar dicho concepto en la práctica: ¿a qué se refiere con “*aquello que beneficia a todos*” o “*algo necesario*”? ¿cómo se determina que ese “algo” es de interés público para la colectividad? Una vez definidas las actividades de interés público, ¿cómo se aplican dichos criterios durante la actuación de la Administración Pública?

Ahora bien, podemos acercarnos más al concepto según lo señalado por el Tribunal Constitucional en otro pronunciamiento: “en otras palabras, todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares.”⁶⁷

Por otra parte, el artículo III de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, contempla una definición trascendental sobre los objetivos de la Administración Pública, así como la necesidad que sus actividades procuren el equilibrio de sus potestades y los derechos de los administrados:

Artículo III.- Finalidad

⁶⁷ STC recaída en el expediente N° 3283-2003-AA/TC, 15 de junio de 2004, caso discoteca Taj Mahal contra Ordenanza de la Municipalidad Provincial de Huancayo.

*La ley tiene por finalidad establecer que el régimen jurídico aplicable para **que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general**, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general (subrayado nuestro).*

Como señala Jorge Danós, la Ley N° 27444 es una norma que se ha inspirado esencialmente en el artículo 103.1 de la Constitución Política española. El precepto glosado enfatiza el carácter finalista de la misión encomendada a las entidades de la Administración Pública peruana que deben estar al servicio de los intereses generales, establece que el objetivo prioritario de sus actividades no es la gestión de un interés propio en la organización administrativa, sino la gestión de superiores intereses públicos o generales de la colectividad que trascienden a dicha organización y que la Constitución o el ordenamiento jurídico le encomienda a la Administración Pública promover, tutelar o garantizar.⁶⁸

Asimismo, Juan Carlos Morón señala que el papel del derecho administrativo hoy en día debe centrarse en la obtención de un adecuado equilibrio entre los intereses de los administrados y el interés general, debiendo ser ambos tutelados por la Administración Pública.⁶⁹

En esa línea, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establece principios no taxativos que sustentan la naturaleza del derecho administrativo y procuran que la conducta de la Administración Pública se encuentre acorde a los intereses públicos o generales, entre los más relevantes se encuentran: a) Principio de legalidad, b) Principio de debido proceso, c) Principio de impulso de oficio, d) Principio de razonabilidad, e) Principio de informalismo, f) Principio de verdad material, y g) Principio de predictibilidad o de confianza legítima.

En ese sentido, Christian Guzmán Napurí señala que la relación de principios antes señalados no tiene carácter taxativo, sino enumerativo. Ello configura lo que se conoce en doctrina como una cláusula de principios implícitos, pues también se considerarían incluidos otros principios propios del Derecho Administrativo –muchos de los cuales se encuentran diseminados en el texto de la Ley del Procedimiento Administrativo General–, como los que se encuentran incluidos en la norma constitucional o que se deducen de la existencia de derechos fundamentales, así como los principios generales del derecho que resulten aplicables.⁷⁰

⁶⁸ Jorge Danós, “Los fines o intereses públicos o generales como criterios de interpretación de las normas administrativas”, 2018.

⁶⁹ Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, 58-59.

⁷⁰ Christian Guzmán Napurí, “Los principios generales del derecho administrativo” *Ius Et Veritas*, no. 38 (2019): 230.

Otra manifestación del interés público en la Ley N° 27444, es la finalidad pública como requisito de validez de los actos administrativos:

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

(...)

3. Finalidad Pública. - Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad (subrayado nuestro).

Para Jorge Danós, las decisiones concretas que adopte la administración pública bajo la forma de actos administrativos, en ejercicio de las competencias que le confiere la ley y como producto de un procedimiento administrativo, deben tomarse en necesaria sintonía con los intereses públicos o generales contenidos en las normas que rigen su actividad.⁷¹

En síntesis, el concepto de interés público es el fundamento de la actuación del Estado, como bien señala Jorge Correa, a medida que aumenta la complejidad de la sociedad moderna, los legisladores -considerados como principales agentes encargados de consolidar el interés público- están obligados a reunir todos los antecedentes verificables y ser capaces de proyectar el presente en el futuro, esto es, mediante una labor que bien podríamos denominar de prospectiva legislativa.⁷²

Finalmente, coincidimos con García de Enterría⁷³ cuando señala que los conceptos jurídicos indeterminados en que se traducen estas facultades discrecionales, como son el «interés público» o la «utilidad pública», jamás pueden ser constatados mediante un proceso subjetivo o de libertad, sino que a través de un proceso de estimación o juicio que ha de atenerse a las circunstancias reales y al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea solo una, el interés público.

⁷¹ Jorge Danós, “Los fines o intereses públicos o generales como criterios de interpretación de las normas administrativas”, 2018.

⁷² Jorge Correa Fontecilla, “Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho” *Revista Española de Control Externo*, 50.

⁷³ Eduardo García de Enterría, “El control de los poderes discrecionales de la Administración” *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, núm. 17, 1975.

2.2.1.4 La naturaleza jurídica del contrato administrativo

El concepto de “contrato administrativo” es aún un concepto polémico. Y lo es en el más amplio grado, tanto porque se presenta todavía con peculiaridad de ciertos sistemas positivos frente a otros que rechazan decididamente la figura, porque incluso en aquellos sistemas jurídicos en que la institución parecía haber ganado definitiva carta de naturaleza se ha visto recientemente que están sin resolver muchos de sus fundamentales problemas.⁷⁴

De acuerdo a Gaspar Ariño, los contratos del Estado están llenos de peculiaridades, de excepciones del Derecho común, bien por la vía del clausulado contractual, bien por la proyección sobre el contrato de un conjunto de privilegios subjetivos que acompañan siempre al Estado y que le sitúan en una cierta posición de inmunidad frente al contratista.⁷⁵

La Administración requiere de la colaboración de los particulares para desarrollar muchas de las funciones que le son propias, no sólo porque le es materialmente imposible realizarlas por sí misma, sino también debido a la necesidad de la eficiencia económica. Esta colaboración que el Estado requiere se estructura bajo diversos mecanismos, uno de los cuales es el contrato administrativo.⁷⁶

En ese contexto, existen diversos conceptos respecto al contrato administrativo, para autores como Moraga Klenner⁷⁷:

La institución jurídica bajo análisis es, en primer lugar, una institución jurídica universal que ha servido de auxilio al Estado en el cumplimiento de sus funciones. En este sentido, el referido autor precisa que el contrato fue en la Edad Media una institución jurídica universal, desde el momento en que las relaciones de fuerza se reemplazaron por las relaciones jurídicas entre los privados y la autoridad administrativa.

Asimismo, Víctor Hernández⁷⁸ señala que:

La contratación pública constituye una de las manifestaciones de la actuación de la administración pública, que tiene por finalidad la satisfacción del interés general del que ella es vicaria y constituye una modalidad de administración y

⁷⁴ Eduardo García de Enterría, “La figura del contrato administrativo” *Revista de Administración Pública*, no. 41 (1963): 42.

⁷⁵ Gaspar Ariño, “El enigma del contrato administrativo” *Revista de Administración Pública*, no. 172 (2007):80.

⁷⁶ Oscar Trelles de Belaunde, “El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos” *Revista Themis*, no. 44 (2002): 237-238.

⁷⁷ Claudio Moraga. *Contratación administrativa* (Chile: Editorial jurídica de Chile,2007) 25.

⁷⁸ Víctor Hernández, “Los avances y problemas de la contratación con el Estado” *Revista de la Facultad de Derecho*, no. 66 (2011): 110.

ejecución del presupuesto público, por lo que se requiere que dicha actuación sea ética, transparente, responsable, con rendición de cuentas y con sujeción a lo que disponga la ley y preceptúe el Derecho.

Por otro lado, la distinción entre contratos administrativos y privados comenzó siendo únicamente de carácter procesal careciendo de trascendencia material o sustantiva. Posteriormente, cuando irrumpen en el siglo XX tanto la postura del Consejo de Estado Francés como la de la Escuela de Burdeos o del servicio público como eje central del Derecho Administrativo, se afirma que los contratos que celebra la administración vinculados a un servicio público en su objeto, tienen un régimen especial que supone la supresión del régimen de igualdad entre las partes por la de superioridad de la administración, la cual goza de una serie de potestades en función al interés general del servicio público.⁷⁹

Rafael Entrena considera que tanto la doctrina como la jurisprudencia se fijan fundamentalmente en cinco extremos a la hora de señalar el referido criterio de distinción entre contratos de Derecho común y contratos administrativos: aluden al sujeto, a la forma, a la jurisdicción, al contenido y al objeto del contrato.⁸⁰

Así, a nuestro entender el contrato administrativo es una categoría jurídica mediante la cual se crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas patrimoniales que tiene como parte principal al Estado en ejercicio de una función administrativa a fin de satisfacer necesidades de carácter general o interés público.

Ahora bien, como consecuencia de la determinación de la naturaleza jurídica del contrato administrativo han surgido dos teorías o concepciones: la concepción dualista y la concepción unitaria. Con relación a la concepción dualista, Richard Tirado señala que: “De acuerdo con quienes siguen esta postura, existirían por un lado, “contratos administrativos”; y, por el otro, “contratos privados de la Administración”, los que se diferenciarían tanto por su naturaleza como por su régimen jurídico.”⁸¹

Mientras que la concepción unitaria se ubica en contraposición con la concepción dualista, postulando que los contratos suscritos por el Estado son de categoría única, diferenciados entre

⁷⁹ Mariano Linares Jara, “El contrato administrativo en el Perú” *Revista de Derecho Administrativo*, no. 1 (2006): 288-289.

⁸⁰ Rafael Entrena Cuesta, “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración” *Revista de Administración Pública*, no. 24 (1957): 60.

⁸¹ Richard Tirado, “El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú” *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 13:309.

sí por la modulación o regulación de derecho público que posee. Actualmente esta teoría es la más aceptada en nuestro país.⁸²

Por su lado, Hector Mairal critica la teoría del contrato administrativo porque ella pretende crear una categoría conceptual y luego propone una serie de reglas aplicables a todos los entes que encuadran en tal categoría. Los problemas que resultan de esta posición se deben, por una parte, a la imprecisión de la categoría que se pretende definir, ya que para ello se utilizan nociones como el interés, la utilidad o finalidad pública, que se prestan fácilmente a interpretaciones subjetivas.⁸³

Por otro lado, existen diversas modalidades dentro del género de contrato administrativo, las mismas que se diferencian en función al papel que en ellos cumple la administración pública o de acuerdo a la tipicidad o no que tienen los contratos administrativos: (i) contratos de atribución y de colaboración, (ii) según su tipicidad y (iii) nominados e innominados.⁸⁴

Cassagne señala que según lo ha observado en la doctrina, existe una primera clasificación que se apoya fundamentalmente en la distinta función que cumplen las partes en orden a sus prestaciones esenciales. En el contrato administrativo de colaboración, lo esencial es la prestación que debe el particular al Estado, la que implica colaborar con la función administrativa. De allí se explica que estos contratos deban tener un rigorismo mucho mayor que los contratos de atribución, donde lo esencial es la prestación del Estado, mientras que la del co-contratante se caracteriza por ser la contrapartida de las ventajas que obtiene del Estado.⁸⁵

Por otro lado, Cassagne señala que en la actual doctrina administrativa se ha podido distinguir entre los contratos típicos y atípicos en la medida que se encuentren regulados o no por una ley. Asimismo, existen los contratos nominados e innominados, dicha clasificación tiene orígenes históricos que se remontan del Derecho romano, la cual tiene en cuenta solamente la nominación jurídica del contrato, de modo que no afecta el hecho de que el mismo se encuentre sometido o no a una regulación legal específica.⁸⁶

⁸² Richard, "El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú" 316.

⁸³ Hector A. Mairal, "La teoría del contrato administrativo a la luz de las recientes modificaciones normativas" *RAP Digital*, no. 23, (2004): 3-4.

⁸⁴ Juan Carlos Cassagne, "Los contratos de la administración pública" *Crónica Administrativa*: 423.

⁸⁵ Juan Carlos, "Los contratos de la administración pública" 424.

⁸⁶ *Ibíd.*

A diferencia de Colombia y otros ordenamientos legales como España, en el Perú no existe un régimen legal que abarque o intente comprender toda la contratación administrativa que realiza el Estado. El marco normativo en materia de contrataciones con el Estado ha constituido un indudable avance porque proporciona una regulación unitaria, que involucra los contratos de adquisición de bienes y servicios, suministro y de obra, pero que no regula la totalidad del universo contractual del Estado.⁸⁷

En esa misma línea, Dromi señala que no existe una categoría de contratos civiles de la Administración y contratos administrativos, sino que existe un régimen jurídico unitario regulador de todos los contratos que se celebren en ejercicio de la función administrativa.⁸⁸

Ahora bien, respecto a los tipos de los contratos administrativos que se regulan y utilizan comúnmente en nuestro ordenamiento jurídico, Danós establece la siguiente lista:⁸⁹

- (i) Los contratos para realizar adquisiciones de bienes, servicios, suministros, consultoría y ejecución de obras;
- (ii) Las concesiones para la explotación de recursos naturales o de bienes de dominio público, prestación de servicios públicos y la explotación de obras públicas de infraestructura;
- (iii) Los contratos – ley o convenios de estabilidad jurídica;
- (iv) Los convenios interadministrativos;
- (v) Los convenios financieros del Estado (endeudamiento interno y externo);
- (vi) Los contratos de personal

En tal sentido, en el Perú no existe un régimen jurídico específico que regule la naturaleza, clasificación o características del contrato administrativo en general, solamente contamos con la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, que regula exclusivamente el régimen aplicable a las adquisiciones de bienes, suministros, consultoría y ejecución de obras que realiza toda entidad pública en cualquier de sus tres niveles de Gobierno, así como aquellas realizadas por empresas estatales.

2.2.2 La concesión de obras públicas de infraestructura

⁸⁷ Jorge Danós, “El régimen de los contratos estatales en el Perú” (ponencia presentada en la VI Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Colombia, agosto 2005)

⁸⁸ José Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Astrea, 1992) 312.

⁸⁹ Danós, “El régimen de los contratos estatales en el Perú” 2005.

2.2.2.1 La evolución de la concesión de obras públicas de infraestructura

Dentro del régimen de los contratos administrativos, la concesión es el medio eficaz, por el cual el Estado entrega a los particulares ciertas actividades o la explotación de recursos naturales, que la administración pública no está en condiciones de desarrollar ya sea por falta de recursos económicos, por impedimentos organizacionales propios o por inconveniencia política.⁹⁰

Como lo explica Félix Sarría, entre las varias especies de contratos administrativos, destaca con caracteres propios el de concesión. La importancia que asume esta forma de actividad en el Estado moderno, le asigna posición dominante en la técnica jurídica y en la ciencia de la Administración.⁹¹

Por otro lado, Andrés Gómez considera que la concesión de obra pública representa la existencia de un acto jurídico de naturaleza compleja que tiene su origen en un acto administrativo y que, posteriormente implica la suscripción de un contrato por el cual un concesionario asume a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación, conservación o mantenimiento de una obra pública, recibiendo en calidad de contraprestación el derecho de explotarla mediante un cobro determinado que será efectuado a los usuarios de dicha obra por intermedio de una tarifa o peaje.⁹²

De esa manera, la concesión constituye uno de los mecanismos previstos para que el Estado, a través de sus diversos niveles, promueva la participación de la inversión del sector privado, con la finalidad de la ejecución de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.⁹³

Por su parte Daniel Castaño, citando a Santofimio Gamboa, señala que la concesión administrativa es un instrumento por medio del cual la administración pública puede dispensar o habilitar a los particulares mediante decisiones unilaterales o contratos, el uso, goce o explotación, a su riesgo y ventura, de bienes públicos, servicios públicos e infraestructuras destinadas a la prestación de éstos, manteniendo la administración, en todo caso, el control,

⁹⁰ Jorge Calafell, "Teoría General de la Concesión" Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, no. 26: 215 <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11299/10346>

⁹¹ Félix Sarría, "Los contratos administrativos", 119.

⁹² Andrés Gómez de la Torre Barrera, "Concesión de obras públicas: ¿promoviendo la inversión privada en el Perú?" *Revista Ius Et Veritas*, no. 22 (2002): 80.

⁹³ Willy Pedreschi Garcés, "Notas sobre el régimen actualmente aplicable a las concesiones de obras públicas de infraestructura y se servicios públicos de ámbito municipal" *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, no. 7, (2009): 251.

vigilancia y dirección de la actividad desplegada por el particular, todo lo cual se deberá realizar de conformidad con lo consagrado en el ordenamiento jurídico-positivo.⁹⁴

En síntesis, la concesión implica, en lo sustancial, una transferencia limitada de facultades de administración de un servicio público, ya que el Estado mantiene sobre las mismas facultades de imperio, por lo que toda concesión implica un doble carácter: (i) es un derecho que el inversionista privado puede ejercitar en su propio interés particular y (ii) es una función que se le confía para realizar una obra o prestar un servicio de interés general.⁹⁵

De ese modo, la Constitución Política de 1993 establece dos pautas que definen el marco constitucional de las concesiones en nuestro país, tal es el caso del artículo 66° referido a recursos naturales y el artículo 73° referido a concesiones sobre bienes de dominio público, tal y como se transcribe a continuación:

Artículo 66°.- Recursos Naturales

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Artículo 73°.- Bienes de dominio y uso público

Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

Asimismo, nuestra Constitución establece en el artículo 58⁹⁶ la libre iniciativa privada y la libertad de empresa como el sustento del marco de desarrollo de la actividad económica, de esa manera se establece los límites de las actuaciones del Estado en razón de asistir a la promoción de actividades económicas imponiendo un claro límite a su intervención al circunscribirla a las prestaciones necesarias que no pueden ser satisfechas por el mercado.

Ahora bien, las concesiones se encuentran reguladas a través de diferentes regímenes legales, dependiendo de las actividades que son otorgadas en concesión o la clase de bienes, o inclusive el nivel de Gobierno que aprueba la concesión.⁹⁷

⁹⁴ Daniela Castaño Parra, "La concesión: pasa y presente. Crítica a los modelos concesionales de la primera época de vida institucional" Revista digital de Derecho Administrativo, no. 5, (2011): 157.

⁹⁵ Diego Zegarra Valdivia, "Concesión administrativa e iniciativa privada", *Revista Themis*, no. 39 (1999): 105.

⁹⁶ Artículo 58.- 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 del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁹⁷ Danós, "El régimen de los contratos estatales en el Perú" 2005.

En nuestro país, la promoción de la inversión privada en la construcción, rehabilitación y mantenimiento de infraestructura y servicios públicos se inicia mediante el otorgamiento de concesiones se inició en el año 1991, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 758, Dictan Normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos.⁹⁸

Dicho decreto legislativo regula la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos, así como su explotación, para cuyo efecto las entidades públicas determinadas podrán otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras de servicios públicos.

Así, el artículo 5 del citado decreto legislativo señala que:

Artículo 5.-

*Para efectos del presente Decreto Legislativo, entiéndase por **concesión, 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. (subrayado nuestro)*

En ese contexto, una vez que se comienza a agotar los activos del Estado y las acciones que las empresas del Estado podían transferir, y dado que aún persistía la obligación de satisfacer las necesidades económicas en el país, se empezó a utilizar con intensidad la modalidad de concesión en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.⁹⁹

Con la finalidad de lograr los objetivos del proceso de privatización, se estableció un nuevo marco legal general en materia de concesiones, el cual se originó en el Texto Único Ordenado (TUO) aprobado por los Decretos Supremos Nros. 059-96-PCM¹⁰⁰ y 060-96-PCM¹⁰¹, el mismo que integra el marco normativo que se encontraba inicialmente vigente con la expedición del Decreto Legislativo N° 758 y su modificación mediante el Decreto Legislativo N° 839. Actualmente, dichos decretos supremos se encuentran derogados por las Disposiciones

⁹⁸ José Luis Bonifaz, "Concesiones de Carreteras: recomendaciones para el caso peruano" *Revista de Análisis Económico*, no. 1 (1998): 119.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ 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 servicios públicos.

¹⁰¹ Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos.

Complementarias Derogatorias del Decreto Legislativo N° 1224, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

En consecuencia, en la década de los noventa inicia el desarrollo de un nuevo modelo de promoción de la inversión privada, mediante el cual, mediante el cual el Estado otorga a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, concesiones para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y servicios públicos por un plazo determinado.

De acuerdo a la clasificación de las concesiones establecida por Danós¹⁰², estas se dividen en: (i) concesiones de recursos naturales, (ii) servicios públicos y, (iii) obras públicas de infraestructura. Sin embargo, no es objeto principal de la presente investigación, exponer en forma extensa los alcances de cada una de las modalidades, sino avocarnos especialmente en las concesiones de obras públicas de infraestructura.

Según un estudio elaborado por EY, en los últimos años el Perú ha destacado por tener una de las tasas de crecimiento económico más altas de la región, con avances significativos en la reducción de la pobreza, un nivel de inflación estable, pero también con altas necesidades en infraestructura. Por tanto, resulta imprescindible aprovechar este contexto favorable para fomentar la inversión en infraestructura a nivel nacional, en especial en los sectores críticos, sobre la base de las necesidades identificadas y correctamente priorizadas.¹⁰³

El uso de concesiones es uno de los instrumentos principales mediante el cual el sector privado se ha relacionado con la inversión en infraestructura en la región. Entre 1990 y 2006 el sector privado se involucró en 386 proyectos de concesión de infraestructura de transporte, de generación de energía eléctrica, telecomunicaciones y la provisión de agua potable y saneamiento. Esta cantidad de proyectos involucraron compromisos de inversión por casi 71 mil millones de dólares.¹⁰⁴

La infraestructura dentro de la economía de un país es un aspecto importante que el Estado debería tener en cuenta para el desarrollo sostenible de la sociedad. Así, lo afirma Oscar Aguilar:

¹⁰² Danós, "El régimen de los contratos estatales en el Perú" 2005.

¹⁰³ Ernst & Young (EY). *Agilizando la ruta del crecimiento: II Parte del Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025* (Lima: AFIN, 2016), 18.

¹⁰⁴ Luis Lucioni, "La provisión de infraestructura en América Latina: tendencias, inversiones y financiamiento" *Macroeconomía de Desarrollo*, no. 72 (2009): 59.

La dotación de infraestructura afecta el crecimiento, en la medida en que una mayor disponibilidad y la calidad de estos servicios conlleva a una mayor productividad de los factores y costos de producción más bajos para los productores. La mayor rentabilidad incentiva la inversión y, por ende, aumenta el crecimiento potencial del producto. Por otra parte, una mayor actividad económica induce una mayor demanda de servicios de infraestructura, tanto para el consumo como para la producción, observándose una relación positiva entre la demanda por infraestructura y el crecimiento del ingreso por habitante.¹⁰⁵

En este sentido, se reconoce expresamente que la inversión privada constituye un elemento esencial para lograr el dinamismo económico requerido para el desarrollo de la economía, y que uno de los presupuestos irrefutables en relación a ella es la idea de respetar la participación en igualdad de condiciones -derechos y obligaciones- de los inversionistas nacionales y extranjeros.¹⁰⁶

Asimismo, Aguilar señala que, como consecuencia de lo anterior, el desarrollo de infraestructura permite la ampliación de una base tributaria generadora de nuevos recursos al Estado, recursos que podrán ser destinados a atender otras finalidades de interés general, así como el acceso de una mayor parte de la población a los servicios que son considerados como esenciales para la vida y desarrollo económico y social.¹⁰⁷

Adicional a ello, Piccoli manifiesta que la infraestructura pública constituye un aspecto esencial que determina -y muchas veces condiciona- las reales posibilidades de crecimiento y expansión económica de un país. Si bien existen otros factores que deben cumplirse, en la medida en que un determinado país cuente con una infraestructura pública adecuada y eficiente tendrá la posibilidad de encarar un desarrollo exitoso de industria y servicios.¹⁰⁸

En ese contexto, se sostiene que una mayor disponibilidad de servicios en términos de red de carreteras, telecomunicaciones y electricidad aumenta la productividad de los factores, reduce los costos de producción y aumenta el bienestar de los hogares más pobres. A medida que aumenta el ingreso y el crecimiento, se requiere una mayor dotación de servicios de

¹⁰⁵ Oscar Aguilar, "Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas" *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Ciencias de la Administración*, (2005): 379.

¹⁰⁶ Andrés Gómez, "Concesión de obras públicas: ¿promoviendo la inversión privada en el Perú?" *Revista Ius Et Veritas*, no. 22 (2002): 83.

¹⁰⁷ *Ibíd.* 379-380.

¹⁰⁸ Pablo Piccoli y Gerónimo Rocha, "La asociación público privada para el desarrollo de infraestructura en la Argentina" (2005).

infraestructura. A su vez, varios estudios empíricos han puesto de manifiesto que la infraestructura tiene efectos positivos la producción, sobre todo en los países en desarrollo.¹⁰⁹

Por lo expuesto, podemos observar que la repercusión que tiene la provisión de infraestructura en un país es de gran magnitud, ya que influye positivamente en el desarrollo de la sociedad, siendo necesario que las autoridades se enfoquen en el incremento de cantidad y calidad de obras públicas, dándoles el mantenimiento adecuado a efectos que puedan generar beneficios a largo plazo en la sociedad.

2.2.2.2 El desarrollo de la concesión de infraestructura vial en el Perú

Hemos podido advertir que, de la revisión de estudios teóricos y empíricos realizado por diferentes autores, la relación de la infraestructura y el crecimiento económico del país es significativa. Asimismo, los resultados indican que las facilidades de infraestructura, especialmente transporte, son un factor diferencial clave en la explicación de las brechas de crecimiento.¹¹⁰

El sector transporte se encuentra ante un contexto que le abrirá nuevos desafíos y tendrá que estar preparado para dar respuestas al proceso de regionalización en marcha, junto a una adecuada infraestructura física y económica. Históricamente ha sido un sector que ha tenido una gran incidencia en el desarrollo del país, permitiendo la vinculación de las diferentes regiones a las zonas de producción y de consumo.¹¹¹

La variedad de proyectos implementados a través de esquemas de PPP en el sector transporte en el mundo es muy amplia. De todos ellos, considerando las características del estudio, y las de los principales proyectos a ejecutarse en el marco de la denominada “Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional de América del Sur”, las referencias a proyectos en el sector se han centrado, fundamentalmente, en los proyectos del subsector vial.¹¹²

Según estadísticas de Proinversión, del 2008 al 2018 en el sector transporte se han adjudicado bajo el mecanismo de Asociaciones Público Privadas un monto aproximado de US\$ 11 mil

¹⁰⁹ Ricardo J. Sánchez y Gordon Wilmsmeier, “Provisión de infraestructura de transporte en América Latina: experiencia reciente y problemas observados” *Recursos naturales e infraestructura*, no.94 (2005): 16.

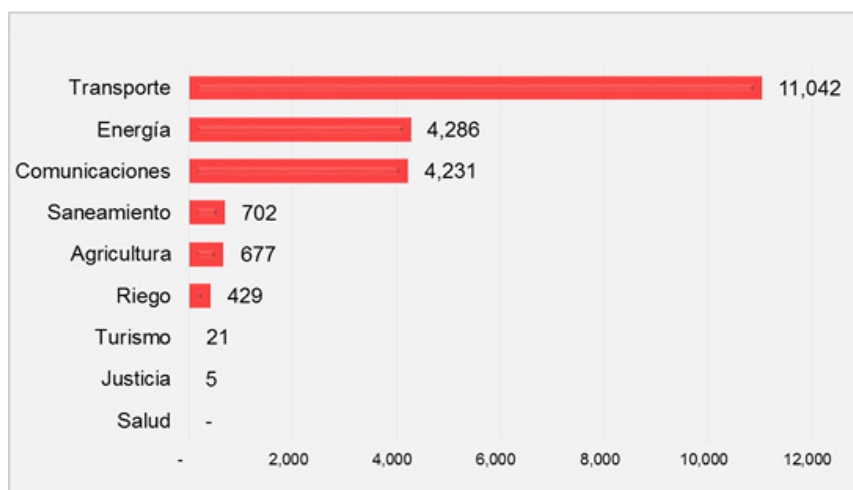
¹¹⁰ Luis, “La provisión de infraestructura en América Latina: tendencias, inversiones y financiamiento” 9-10.

¹¹¹ Corporación Andina de Fomento – CAF, “Perú, análisis del sector transporte” (Informes Sectoriales de Infraestructura, 2004), 3, <http://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/395/35.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹² Corporación Andina de Fomento. *Financiamiento privado de infraestructura*. http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/fid_financiamiento_privado_de_infraestructuras.pdf

millones, siendo el sector con mayor monto de inversión hasta dicha fecha, tal y como se muestra en el Gráfico N° 2.

Gráfico N° 2: Monto de Inversión adjudicado por Sector



Fuente: Proinversión

En ese contexto, dentro del sector se han entregado en concesión 36.103 kilómetros de carreteras (246 concesiones) en un total de 13 países de América Latina. Aproximadamente la cuarta parte de las concesiones son para resolver situaciones puntuales (puentes o túneles) o incluyen extensos trechos insertos en la trama urbana. La extensión de estos componentes asciende a 450 kilómetros.¹¹³ (véase Cuadro N° 1)

Cuadro N° 1: Concesiones viales en América Latina (2004)

País	Cantidad	Kilómetros	Porcentaje de la red	
			Interurbana ^a	Pavimentada
Argentina	22	10 691	1,7	15,0
Brasil	36	9 644	0,6	5,6
Chile	25	2 526	3,2	14,4
Colombia	22	3 086	2,7	24,0
Costa Rica	2	144	0,4	2,4
Ecuador	6	1 312	3,0	17,0
Guatemala	1	23	0,2	0,5
México	120	6 436	1,9	5,8
Panamá	2	104	1,0	2,9
Paraguay	1	140	0,2	4,6
Perú	2	289	0,4	2,8
R. Dominicana	2	136	0,7	2,6
Uruguay	5	1 572	2,3	20,1
Total	246	36 103	1,0	7,3

Fuente: Concesiones viales en América Latina CEPAL.

¹¹³ Alberto Bull, "Concesiones viales en América Latina: situación actual y perspectivas", *Recursos naturales e infraestructura*, no. 79 (2004):7.

Asimismo, conforme al estudio realizado por Lucioni, las concesiones de carreteras fueron donde se dirigió la mayor parte del financiamiento y la gestión del sector privado en infraestructura en la región. De acuerdo al Banco Mundial, entre 1990 y 2006 en la región se dieron casi 180 concesiones viales con compromisos de inversiones por 39 mil millones de dólares. Hasta el año 2003 en 13 países de América Latina se habían entregado en concesión un total de poco más de 35 mil kilómetros, cantidad que no habría variado sustancialmente al presente. Dado que existen unos 3,5 millones de kilómetros de rutas interurbanas en la región, 1% de ellas ha sido concesionado.¹¹⁴

Asimismo, de acuerdo a un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo, el Perú ha invertido alrededor de 15 mil millones de soles en concesiones viales entre el año 2006 al 2018 para cofinanciar las inversiones otorgadas en concesión y cubrir riesgos asumidos por el Estado, comprometiendo los recursos públicos por muchos años más, transfiriendo esta carga a las generaciones futuras.¹¹⁵

Además de ello, dicho estudio señala que el Estado no puede olvidar que la infraestructura vial contribuye a la circulación terrestre, actividad de máxima importancia no solamente para el acceso a diversas prestaciones, sino que posibilita a los ciudadanos realizar acciones para el ejercicio de derechos fundamentales, reduciendo los costos de movilización a un establecimiento de salud para ser atendidos, acceder a mayores oportunidades de empleo, asistir a centros de educación, realizar actividades comerciales y de producción, entre otras que contribuyen al crecimiento y desarrollo económico y social.¹¹⁶

Así, como afirma Pierre Nalvarte, las primeras concesiones en nuestro país, propiamente dichas y bajo un concepto que se iba acercando al concepto de Asociaciones Público Privadas, se dieron en el sector transporte. Así, en 1994, se otorgó la concesión de Rehabilitación y Mantenimiento de la Carretera Arequipa – Matarani. Esta fue una concesión otorgada directamente por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) bajo el amparo del

¹¹⁴ Luis, “La provisión de infraestructura en América Latina: tendencias, inversiones y financiamiento” 60.

¹¹⁵ Defensoría del Pueblo, “La gestión de riesgos en las concesiones viales: Lecciones del fenómeno El Niño Costero” (Informe Defensorial – Informe N° 178, Defensoría del Pueblo, 2018), 6, <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/11/Informe-Defensorial-N%C2%B0-178-La-gesti%C3%B3n-de-riesgos-en-las-concesiones-viales-Lecciones-del-fen%C3%B3meno-El-Ni%C3%B1o-Costero.pdf>

¹¹⁶ *Ibid*, 7.

Decreto Legislativo N° 758, Dictan normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos.¹¹⁷

Por su parte, Eugenio D'Medina señala que, desde el punto de vista de la estructura económico-financiera, el sistema de concesiones viales puede definirse como un mecanismo de financiamiento de proyectos que requieren grandes inversiones que el sector privado se encuentra en la capacidad de asumir.¹¹⁸

En tal sentido, el sistema de concesiones es una herramienta de política pública que se aplica con el propósito de ejecutar con el mínimo costo para el Estado las tareas de mantenimiento de las vías rehabilitadas. Este objetivo se logra asignando los excedentes a diferentes proyectos de rehabilitación, mantenimiento y/o construcción, teniendo como objetivos la promoción de la inversión privada en el financiamiento y desarrollo de la infraestructura vial, mejorando los niveles de servicio; aumentar la infraestructura de carreteras; reducir los niveles de accidentalidad; mejorar los niveles de articulación de las actividades económicas; y descentralizar y desconcentrar las decisiones que afecten el mantenimiento vial.¹¹⁹

La presencia del déficit en mantenimiento de las carreteras fue una de las razones que llevaron al Estado a definir un mecanismo de concesión. De acuerdo con la experiencia internacional, los sistemas de concesiones viales, adecuadamente administrados, han sido exitosos en captar los recursos necesarios para la construcción, la rehabilitación, la operación y el mantenimiento de las carreteras alrededor del mundo. Además, si dichas concesiones son diseñadas de manera tal que creen incentivos adecuados a las empresas concesionarias, estas contarán con las condiciones ideales para realizar una buena gestión del negocio, lo que implica un mantenimiento eficiente y una mejora en la calidad de las vías.¹²⁰

Por su lado, Alfredo Mendiola señala que las características de una concesión vial son: (i) naturaleza compleja, tanto contractual como reglamentaria, (ii) la identidad específica de las partes es una característica esencial del contrato, (iii) es constitutiva de derechos y obligaciones para ambas partes, el Estado y el particular (iv) tiene un régimen jurídico particular, con

¹¹⁷ Pierre Nalvarte Salvatierra, "Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público-Privadas" *Derecho & Sociedades*, No. 49, 2017, pp. 323.

¹¹⁸ Eugenio D'Medina Lora, "La privatización de infraestructuras de servicios públicos a través del sistema de concesiones" *Revista Ius et Veritas*, no. 22 (2001): 99.

¹¹⁹ Dolores Rufián, "Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú" *Gestión Pública*, no. 16 (2002):56.

¹²⁰ José Luis Bonifaz, Roberto Urrunaga y Jennifer Wakeham, "Concesión y financiamiento de la red vial N° 5" en *Estudios de caso sobre regulación en infraestructura y servicios públicos en el Perú* (Lima: Universidad del Pacífico, 2008), 162.

inclusión de cláusulas a favor del Estado, y (v) no supone transferencia de activos o infraestructura, solo se cede su explotación y uso por un tiempo determinado.¹²¹

Asimismo, Dolores considera que las ventajas de la concesión vial son, entre otras, las siguientes¹²²:

- a) Se garantiza el mantenimiento de la casi totalidad de las vías asfaltadas de la Red Vial Nacional, ya rehabilitadas por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción;
- b) Independiza las decisiones que afectan la conservación vial de los problemas de caja fiscal;
- c) Maximiza el ámbito vial concesionable;
- d) Amplía los kilómetros rehabilitados con recursos del Estado, permitiéndole intervenir en las vías no concesionadas;
- e) Configura proyectos de alta rentabilidad;
- f) Atrae inversionistas de gran envergadura financiera y tecnológica y;
- g) Amplía el ámbito de la red vial nacional asfaltada.

De manera general, se puede identificar cuatro fases para el desarrollo de concesiones viales en el Perú, en el cual intervienen diferentes entidades públicas en función a sus competencias. De acuerdo a Alfredo Mendiola dichas fases serían las siguientes¹²³:

1. El proceso se inicia con el MTC, que realiza la identificación de los proyectos norma los aspectos técnicos de la infraestructura, analiza la viabilidad de los proyectos de acuerdo con los beneficios que reportan las inversiones y, finalmente, selecciona los proyectos que deben ser encargados a Proinversión para su licitación.
2. Proinversión recibe los estudios técnicos de ingeniería, de perfil o prefactibilidad del MTC, culmina los estudios, realiza la evaluación financiera, solicita la opinión de diversas instituciones (Ministerio de Economía y Finanzas, OSITRAN, la Contraloría General de la República y el MTC), recoge las opiniones que considere pertinentes, elabora el diseño del contrato de concesión y ejecuta los procesos de licitación. Luego de evaluar a los

¹²¹ Alfredo Mendiola et al., "Factores críticos de éxito en concesiones viales en el Perú" *Serie de Gerencia para el Desarrollo*, no. 25 (2011): 18.

¹²² *Ibíd.*, 57.

¹²³ Alfredo Mendiola et al. "Factores críticos de éxito en concesiones viales en el Perú" 33.

postores, adjudica la licitación al postor ganador, el cual tiene un periodo de tiempo para acreditar que posee los recursos financieros pertinentes.

3. Luego de la firma de los contratos, OSITRAN se encarga de supervisar su cumplimiento y regula las tarifas, el acceso a la infraestructura y la calidad del servicio en la construcción.
4. Si se presentan problemas durante el periodo de concesión entre los diferentes stakeholders pueden firmarse adendas al contrato de concesión, siempre que se cuente con el acuerdo del MTC, OSITRAN y el concesionario.

Por otro lado, de acuerdo a la exposición de Gonzalo Ruíz, economista de Macroconsult en el 5° Congreso Internacional de Infraestructura y Desarrollo, en el Perú los proyectos de Asociaciones Público Privadas en infraestructura de transporte, representan el 42% en inversiones, según análisis correspondiente al periodo 2006-2016. Asimismo señala que, a nivel nacional se encuentran concesionadas dieciséis (16) vías nacionales, que comprenden alrededor de 6.700Km de extensión.¹²⁴

De esa manera, a la fecha contamos con dieciséis (16) concesiones de proyectos viales a nivel nacional adjudicados por el monto total de inversión acumulada al 2018 de US\$ 4'038,050¹²⁵, los cuales detallamos a continuación:

Infraestructura Concesionada	Fecha de inicio concesión	Tipo de financiamiento	Plazo	Inversión acumulada al 2018 (US\$) millones¹²⁶
Red Vial N° 5: Ancón-Huacho- Pativilca	2003	Autosostenible	25 años	123,999,512
Red Vial N° 6: Pucusana-Cerro Azul-Ica	2005	Autosostenible	30 años	118,619,249
IIRSA Norte: Paita-Yurimaguas	2005	Cofinanciada	25 años	569,035,251

¹²⁴ Asociaciones Público Privadas alcanzan el 42% de inversión en el sector transporte. *La República*, 11 de noviembre de 2019, <https://larepublica.pe/economia/2019/11/11/asociaciones-publico-privadas-alcanzan-el-42-de-inversion-en-el-sector-transporte/>

¹²⁵ Dicha información ha sido recabada del Reporte de Información N° 0003.-2019-GSF-OSITRAN de Inversiones Valorizadas en los contratos de concesión elaborado por OSITRAN de fecha 06 de marzo de 2019.

¹²⁶ Corresponde a las inversiones reconocidas por OSITRAN, excepto en las concesiones que solo se verifican el avance de las obras como el caso Terminal Portuario de Matarani y Terminal Muelle Norte, Red vial 6 y otros.

IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos-Inambari	2005	Cofinanciada	25 años	669,386,962
IIRSA Sur, Tramo 3: Inambari-Iñapari	2005	Cofinanciada	25 años	626,085,441
IIRSA Sur, Tramo 4: Azángaro-Inambari	2005	Cofinanciada	25 años	740,050,635
Buenos Aires- Canchaque	2007	Cofinanciada	15 años	37,412,554
IIRSA Sur, Tramo 1: Marcona – Urcos	2007	Cofinanciada	25 años	150,263,792
IIRSA Sur, Tramo 5: Ilo, Matarani - Azángaro	2007	Cofinanciada	25 años	230,347,474
Red Vial N° 4: Pativilca - Puerto Salaverry	2009	Autosostenible	25 años	177,577,610
Tramo Vial: Ovalo Chancay - Huaral - Acos	2009	Cofinanciada	15 años	39,965,219
Tramo Vial - Mocupe - Cayaltí – Oyotún	2009	Cofinanciada	15 años	24,832,919
Autopista del Sol - Trujillo-Sullana	2009	Autosostenible	25 años	167,046,613
IIRSA Centro - Tramo 2	2010	Autosostenible	25 años	120,303,746
Tramo Vial Desvío Quilca - Desvío Arequipa - Desvío Matarani- Desvío Moquegua-Desvío Ilo- Tacna-La Concordia	2013	Autosostenible	25 años	33, 200,017
Longitudinal de la Sierra Tramo 2: Ciudad de Dios-Cajamarca-Chiple, Cajamarca-Trujillo y Dv. Chilete-Emp. PE- 3N	2014	Cofinanciada	25 años	209,923,988

Elaboración propia.

Actualmente, dichos contratos de concesión vial son supervisados por OSITRAN, quien controla el avance de la inversión, el cumplimiento de las obras en los plazos establecidos, el correcto mantenimiento y señalización de las vías, además de fiscalizar que se brinde un óptimo servicio y se atiendan las sugerencias, reclamos y/o denuncias de los usuarios.

2.2.3 El régimen de las Asociaciones Público Privadas

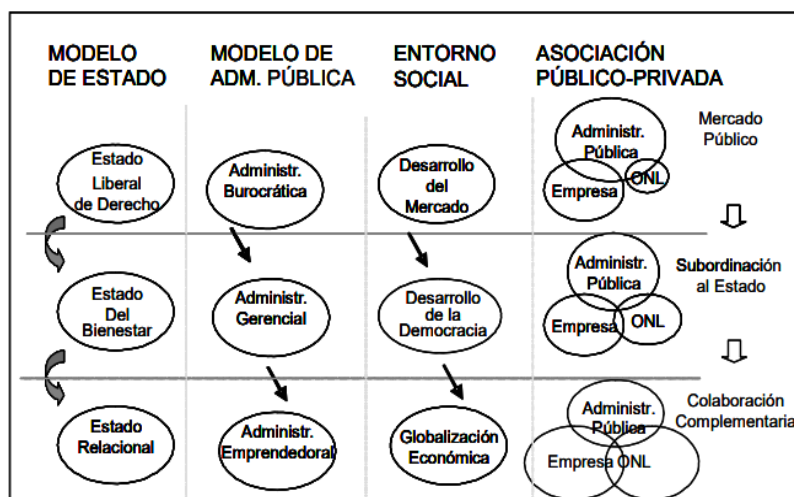
2.2.3.1 La evolución de las Asociaciones Público Privadas (APPs)

Como vimos en las secciones anteriores, la infraestructura pública y la provisión de los servicios públicos son temas que deben estar en la agenda de toda administración pública, con la finalidad de mantener el crecimiento económico de la ciudad. Sin embargo, los entes públicos han tenido importantes dificultades financieras a la hora de hacer frente a los enormes costes de construcción y mantenimiento que éstas llevan aparejados.¹²⁷

Es evidente que a raíz de la modernización y de la creciente complejidad de la sociedad actual, las instituciones públicas están pasando de ser proveedoras directas de bienes y servicios a reguladoras y contratistas de dichos servicios. Debido a ello, la creación de la APP se ha multiplicado exponencialmente en las últimas décadas, constituyéndose para fines tan diversos como construir carreteras, puentes, aeropuertos, metros o puerto marítimos, ofrecer servicios de abastecimiento de agua, electricidad, gas o acceso a las telecomunicaciones.¹²⁸

En ese contexto, es importante mostrar la evolución del modelo de Estado en la mayoría de los países occidentales a lo largo de las últimas décadas, evidenciando la relación que se genera con el desarrollo del entorno social y el modelo de APP.¹²⁹ El Gráfico N° 3 resume de forma gráfica dicha evolución.

Gráfico N° 3



Fuente: adaptación Xavier Mendoza (1995)

¹²⁷ Alejandro Araujo, "La Colaboración Público Privada: entre indeterminación, flexibilidad e incertidumbre" *Instituto de Estudios Fiscales*, no. 4 (2013):7.

¹²⁸ Fernando Casado Cañequé, *Alianzas público-privadas para el desarrollo* (España: Fundación Carolina CeALCI 2, 2007), <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2014/08/DT9.pdf>

¹²⁹ Alfred Vernis Doménech, "Asociaciones entre lo público y lo privado: en búsqueda de la complementariedad", *Revista CLAD Reforma y Democracia*, No. 33, Caracas, 2005, p. 4.

Como lo explican Alfred Vernis y Xavier Mendoza, debemos partir de la premisa que el Estado ha dejado de ser, si es que alguna vez lo fue, imponente y autosuficiente. La lógica relacional busca conseguir la máxima sinergia posible entre los recursos, conocimientos y capacidades del sector público con los del sector privado. Desde esta perspectiva, la resolución de los problemas sociales no aparece necesariamente vinculada a la dinámica incrementalista del gasto público, típica del Estado del bienestar. La función de gobernar ya no es sinónimo de gastar, sino de capacidad de liderazgo y de consenso para movilizar los recursos públicos y privados existentes en una sociedad para dar respuesta a las necesidades sociales.¹³⁰

De esa manera, al final lo que importa ya no es quién desarrolla la infraestructura y servicios públicos, sino quién logra el resultado final. En este sentido, el político y el gestor relacional prefieren, responsablemente, “perder” protagonismo institucional, es decir, prefieren hacer con otros o incluso transferir dichas actividades a otros, si con ello se gana en eficacia social.¹³¹

En los orígenes de la política comunitaria de la Unión Europea se halló que una las motivaciones de la colaboración público privada es la limitada capacidad presupuestaria de los Estados para hacer frente a las necesidades de inversión en proyectos de infraestructura que, por su naturaleza, requieren una importante inversión inicial que las administraciones públicas – sometidas a una rigidez presupuestaria siempre mayor – no pueden satisfacer recurriendo al “viejo” mecanismo del endeudamiento público.¹³²

Por otro lado, María Teresa Brunete afirma que es insuficiente la tradicional fórmula de financiación presupuestaria a través del contrato de obra pública, la atención se ha centrado en los últimos años en la búsqueda de figuras jurídico - económicas que permitiesen financiar infraestructuras y servicios con el menor impacto sobre las cuentas públicas, cumpliendo a la vez objetivos de excelencia que la sociedad actual demanda.¹³³

Así, Alejandro Araujo afirma que, las Asociaciones Público Privadas también llamadas Colaboración Público Privada (CPP) representa una nueva forma de interrelación entre el sector público y el sector privado, una forma diferente de concebir la participación del interés

¹³⁰ Alfred Vernis Doménech y Xavier Mendoza, “Una aproximación a la conceptualización del nuevo rol del Estado: el Estado relacional” *Revista CLAD Reforma y Democracia*, No. 44, Caracas, 2009, p. 12.

¹³¹ *Ibid.*, 11.

¹³² Martín Loo Gutiérrez, “Las Asociaciones Público-Privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión obra pública en Chile” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, 2015, pp. 319.

¹³³ María Teresa Brunete de la Llave. *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público* (Madrid: La Ley, 2009), 48-49.

privado y también de ánimo de lucro en la consecución de intereses generales. Una fórmula novedosa que, sin embargo, y como han señalado muchos en la doctrina, no es milagrosa ni está exenta de controversia ni de influencias ideológicas. Se trata de un fenómeno sobre el que existen todavía serias dudas conceptuales, jurídicas y financieras, a pesar de ser ya una realidad en nuestro ordenamiento.¹³⁴

Tal como lo identifica la Comisión Europea en el Libro Verde¹³⁵, en el transcurso de la última década, el fenómeno de la CPP se ha desarrollado en un gran número de ámbitos del sector público. Diferentes factores explican el recurso cada vez más frecuente a las operaciones de CPP. Teniendo en cuenta las restricciones presupuestarias que han de afrontar los Estados miembros, este fenómeno responde a la necesidad que tiene el sector público de recibir financiación privada. Otra explicación radicaría en el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública. Por otro lado, el desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.

En ese orden de ideas, podríamos afirmar que la CPP es toda asociación de carácter contractual entre una parte pública y otra privada para el desarrollo y/o gestión de una infraestructura y servicio público, en donde principalmente se cumplen características para la adecuada asignación de riesgos entre las partes.¹³⁶

Como señala René Cornejo, el ejecutar un proyecto a través de una APP obliga a pensar en horizontes de largo plazo de manera que la operación y mantenimiento de la infraestructura estén explícitamente considerados. Al promover la participación del sector privado, el Estado busca reducir las distancias económicas y por ende incrementar la competitividad del país para, entre otras metas nacionales, asegurar la continuidad del notable crecimiento del comercio exterior de los últimos años y la inclusión de poblaciones relegadas a la economía nacional.¹³⁷

¹³⁴ Alejandro Araujo, "La Colaboración Público Privada: entre indeterminación, flexibilidad e incertidumbre" *Instituto de Estudios Fiscales*, no. 4 (2013): 12.

¹³⁵ La Comisión Europea, como había anunciado en su estrategia para el mercado interior 2003-2006, aprobó en el 2004, el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, la cual se puede consultar en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF>.

¹³⁶ Andrés Rebollo, "Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general" en *Experiencias internacionales en el desarrollo de Asociaciones Público Privadas* (España: PIAPPEM, 2009), 8.

¹³⁷ René Cornejo, "Inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público" *Themis*, no. 52: 214-215.

Por su parte Cassagne indica que, estas asociaciones público-privadas son una técnica de desarrollo y financiación, pública y privada, de proyectos públicos, que implica una importante participación de ambos sectores, tanto en la realización de una obra, como también en su financiamiento y operación.¹³⁸

De acuerdo a Rebollo, las características esenciales de una APP son: (i) transferencia significativa de riesgos empresariales al socio privado, (ii) relación contractual a largo plazo y (iii) participación del sector privado.¹³⁹

Asimismo, las APPs pueden adoptar cualquier modalidad de un amplio espectro de esquemas contractuales a través de los cuales el sector público confiere a una empresa privada el derecho de construir, operar o gerenciar proyectos. Hay ciertos objetivos que debe perseguir el Estado al aliarse con el sector privado mediante el esquema de APP. El Estado debe asegurarse de que los proyectos APP cumplan ciertos principios:¹⁴⁰

- a) Continuidad, pues el concesionario debe mantener el servicio disponible permanentemente.
- b) Equidad, pues se debe brindar acceso equitativo al servicio.
- c) Adaptación, pues el servicio debe acomodarse a las necesidades de los usuarios y a las nuevas tecnologías.
- d) Imparcialidad, pues el servicio no puede discriminar entre usuarios sobre la base de diferencias políticas o sociales.
- e) Flexibilidad, las APP son una asociación que requiere de versatilidad para lograr eficiencia.
- f) Competencia, pues se debe cuidar de no generar situaciones que atenten contra la libre competencia en el mercado.

De esa manera, la Comisión Europea señala en el Libro Verde que, el éxito de una operación de CPP depende en gran medida de lo completa que sea la normativa contractual del proyecto y de la óptima determinación de los elementos que van a regir su puesta en marcha. En este sentido, resulta crucial la evaluación pertinente y el reparto adecuado de los riesgos entre los sectores público y privado, en función de la capacidad respectiva de cada uno de ellos para asumir dichos riesgos.¹⁴¹

¹³⁸ Juan Carlos Cassagne, "Colaboración público-privada para la concreción de proyectos de generación de energía renovable en la Argentina" *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 13 (2013): 226.

¹³⁹ Rebollo, "Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general" 9.

¹⁴⁰ Cecilia, "De las privatizaciones a las Asociaciones Público Privadas" 70-71.

¹⁴¹ La Comisión Europea, como había anunciado en su estrategia para el mercado interior 2003-2006, aprobó en el 2004, el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y

En resumen, una APP es considerada como una relación contractual entre el sector público y privado con la finalidad de desarrollar proyectos de infraestructura y servicios públicos, optimizando recursos y creando valor agregado que alivian la carga que tiene el Estado a la hora de cumplir con la provisión de dichos servicios.

2.2.3.2 Principales ventajas y desventajas de las Asociaciones Público Privadas (APPs)

Ahora bien, luego de explicar el concepto y principales aspectos de las APPs como mecanismo de promoción de la inversión privada, consideramos pertinente determinar las ventajas y desventajas que posee esta herramienta para promover la competitividad en la economía y sobre todo en reducir la brecha de infraestructura frente a otras alternativas tradicionales.

En ese sentido, a continuación abordaremos las teorías que explican los beneficios, fallas o críticas sobre el mecanismo de las APPs que se han podido evidenciar a lo largo de los años en diferentes contextos sociales y económicos según experiencia nacional e internacional.

2.2.3.2.1 Ventajas de las Asociaciones Público Privadas (APPs)

Un aspecto importante en la ejecución de proyectos de APPs es la distribución de riesgos, como indica Juan Carlos de los Heros, las APPs buscan –y para que resulten exitosas deben lograr establecer- una eficiente distribución de riesgos entre el sector público y el privado, de manera que cada riesgo de un proyecto sea asumido por la parte que esté en la mejor posición para mitigarlo o limitarlo, al menor costo posible.¹⁴²

Así, una de las ventajas de este mecanismo es la mejora de la eficacia en la distribución de riesgos (diseño, construcción, financiación y gestión de proyectos de inversión en infraestructura) implícitos en los proyectos de infraestructuras, reduciendo los riesgos tomados por el sector público.¹⁴³

concesiones, la cual se puede consultar en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF>.

¹⁴² Juan Carlos de los Heros Echeopar, "Asociaciones Público Privadas: una mirada hacia el futuro" *Círculo Derecho Administrativo*, 389.

¹⁴³ Ramón Huapaya y Giuliana Vergaray D'arrigo, "Algunos apuntes en la relación con la participación público-privada y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos" *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 3 (2007): 114.

Asimismo, las alianzas para el desarrollo pueden ser una fuente adicional a recursos financieros, técnicos y de conocimientos para gobiernos; aportan apoyo técnico, material y financiación adicional (tanto público como privada) a la sociedad civil; y al sector privado le permite compartir los riesgos y expectativas, acceder a nuevos contratos y desarrollar productos y servicios orientados a la base de la pirámide, además de ayudarlo a mejorar su conocimiento y experiencia en el acceso a comunidades de países empobrecidos.¹⁴⁴

De acuerdo a Andrés Rebollo, las razones del sector público a la hora de apelar a las APPs como fórmula de desarrollo y financiación de infraestructuras son fundamentalmente dos:¹⁴⁵

- a) La obtención de recursos adicionales para poder “acelerar” el desarrollo de nuevas infraestructuras (o mejoras de las existentes).
- b) La búsqueda de la eficiencia, en base a la hipótesis (en principio ya demostrada en algunos países en base a la evidencia empírica) de la mayor capacidad de gestión del sector privado, que se puede manifestar en:
 - Mayor capacidad para maximizar los ingresos del proyecto (cuando este sea generador de ingresos, es decir, proyectos en los que se realiza un cargo al usuario (tarifa, o en el caso de carreteras, peaje).
 - Mayor capacidad para controlar costes y gestionar riesgos, de lo que resulta: (i) Mayor certidumbre en los plazos de construcción (ii) Mayor certidumbre en los costes o menores desviaciones de los mismos, al menos en la parte que pueda ser repercutible a la Administración contratante.
 - Mayor capacidad para la innovación tecnológica, que resulta en una potencial mayor calidad para un presupuesto fijo, o un menor coste para una calidad previamente definida.

Otro aspecto importante es la flexibilidad en las finanzas públicas, como señala Enrique Felices, las APPs tienen una ventaja significativa, en la medida que eliminan la necesidad de proporcionar financiamiento público en el corto plazo, porque en ellos las obligaciones de pago del sector público se inician recién con la prestación efectiva del servicio; es decir, después de

¹⁴⁴ Fernando Casado, Alianzas público-privadas para el desarrollo (España: Fundación Carolina CeALCI 2, 2007), <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2014/08/DT9.pdf>

¹⁴⁵ Andrés Rebollo Fuente, “APPs institucionales, financiación de infraestructuras y contabilidad pública” *Reflexiones*, no. 2, Centro de Estudios de Obras Públicas de Andalucía, 2007, p. 69.

culminadas las etapas de diseño y construcción de la obra, beneficiando contable y financieramente al Estado.¹⁴⁶

Entre los resultados favorables de las APPs frente al modelo tradicional se destacan los siguientes¹⁴⁷:

- a) Menores tiempos para la realización y puesta en funcionamiento de las infraestructuras
- b) Garantías de su funcionalidad en el largo plazo
- c) Mejor ajuste de los presupuestos aprobados
- d) Aporte de innovaciones constructivas y medioambientales
- e) Incorporan la evaluación de la calidad del servicio mediante niveles de desempeño teniendo un impacto económico en caso de incumplimiento

En tal sentido, uno de los temas que se discuten con mayor frecuencia a la hora de decidir si desarrollar un proyecto mediante una APP o mediante un procedimiento de adjudicación convencional, como es el contrato de obra por certificaciones, es valorar las potenciales ventajas que el primer método tiene frente al segundo. Las razones que tradicionalmente se apuntan en favor de las APPs son tres¹⁴⁸:

- a) Las ganancias de eficiencia técnica derivadas de la competencia entre empresas privadas y de permitir al sector privado integrar todas las fases del ciclo de proyecto: diseño, construcción, financiación mantenimiento y explotación.
- b) La posibilidad de que el sector privado acometa infraestructura socialmente necesaria, pero que no pueden llevarse a cabo debido a restricciones presupuestarias.
- c) La mejora de la calidad ofrecida al usuario debido a una mayor exigencia del sector público al sector privado.

¹⁴⁶ Enrique Felices S. "Asociaciones Pública-Privadas para el financiamiento de infraestructura: El nuevo rostro del Project Finance" *Revista Themis*, no. 55, pp. 145 - 146.

¹⁴⁷ Paloma Alonso, Diana Pinto, Ignacio Astorga y Jazmín Freddi, "Conceptos generales y modelos: serie de notas técnicas sobre asociaciones público-privadas en el sector de la salud de América Latina" Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, pp. 14.

¹⁴⁸ José Manuel Vasallo y Rafael Izquierdo, "Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América Latina y España" *Corporación Andina de Fomento (CAF)*, 2010, pp. 104-105.

Además de ello, con referencia a la etapa de construcción de la obra, el hecho que la realice un privado que cuenta con la especialidad y técnica, minimiza los riesgos de calidad y desempeño en la prestación del servicio público. Por otra parte, existe un incentivo natural de que el privado construya óptimamente el proyecto porque este asumirá la responsabilidad de su mantenimiento. Una obra mal construida generaría gastos extraordinarios que afectarían la rentabilidad del privado.¹⁴⁹

Otra ventaja importante suscitó en la Unión Europea, la que consiste en la posibilidad que se abre para el sector público de aprovechar la experiencia acumulada por el sector privado en la ejecución y explotación de proyectos de infraestructuras y servicios. Al respecto, la Comisión Europea sostuvo en el Libro Verde que las modalidades de trabajo del sector privado pueden revelarse útiles para la consecución de las finalidades de interés público de la Administración del Estado.¹⁵⁰

Igualmente, la innovación es un beneficio importante en la ejecución de proyectos de APPs, en estas se combinan las ideas y la experiencia del sector público y el sector privado para el desarrollo de los proyectos. Esto es lo que en Europa se ha denominado *competitive dialogue*, que en últimas consiste en que las partes dialoguen sobre los términos, condiciones y estructuración del proyecto bajo ciertas condiciones. Con las APPs se le da al privado la posibilidad de tener iniciativa propia en cuanto a los proyectos que se van a realizar.¹⁵¹

2.2.3.2.2 Desventajas de las Asociaciones Público Privadas

Como se puede observar, las APPs tienen múltiples beneficios como mecanismo de colaboración entre el sector privado y el sector público para la provisión y gestión de infraestructura pública, que han venido evolucionando durante los últimos años en diferentes países según las circunstancias sociales y económicas.

No obstante ello, se debe tomar en cuenta las posibles fallas o limitaciones que se han presentado durante la ejecución de los diferentes proyectos de APPs en cada país, a fin de

¹⁴⁹ Juan Carlos Neri, Mario Eduardo Ibarra, Martha Angélica Hernández y Miguel Ángel Vega, "Políticas de gestión y estrategias para fortalecer el desarrollo local de México" *Universidad Politécnica de San Luis de Potosí*, No. 3, Editorial Plaza Valdés, 2017, pp. 129.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, 321.

¹⁵¹ Matías Londoño Vallejo, "Asociaciones Público Privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión obra pública en Chile" *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Valparaíso*, Chile, 2015, pp. 7

evidenciar los puntos débiles del sistema, mejorándolos a través de mejores prácticas que consoliden los beneficios del mecanismo.

A pesar de las ventajas y el auge que han tenido en esta última década, las alianzas sugieren crear un marco de trabajo multisectorial, a través de culturas laborales y perspectivas diversas, con profesionales acostumbrados a trabajar por objetivos diferentes. La implementación y puesta en práctica de alianzas no es en absoluto una tarea fácil, implica altos costes de transacción e incluso superan los beneficios propios de la alianza, y suele existir todavía cierto escepticismo entre los miembros que participan.¹⁵²

Entre las principales limitaciones que observamos para el fomento y desarrollo de la APPs como un medio sostenible de interacción de los sectores público y privado en un país se encuentran los siguientes¹⁵³:

- a) Falta de voluntad política
- b) Ausencia de potestad para el desarrollo de la asociación público-privada
- c) Falta de seguridad jurídica
- d) Rechazo a mecanismos mercantiles de asociación y financiamiento, o con la misma moneda, rechazo a mecanismos públicos de asociación, considerando que una APP requiere la combinación equilibrada del derecho público y del derecho privado

En tal sentido, en base a la doctrina expuesta, se evidencia que las APPs no son una simple herramienta que el Estado puede utilizar para promover la inversión privada y la provisión de infraestructura pública de manera similar para todos los casos, sino es un mecanismo bastante complejo que debe tener un análisis exhaustivo de manera previa a su aplicación.

En consecuencia, las APPs son también una opción de contratación que tienen también puntos débiles y potenciales desventajas¹⁵⁴:

¹⁵² Fernando Casado Cañeque, *Alianzas público-privadas para el desarrollo* (España: Fundación Carolina CeALCI 2, 2007), pp. 11.

¹⁵³ Javier Robalino Orellana, "Las Asociaciones Público-Privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica" *Foro Revista de Derecho*, No. 13, Quito, 2010, pp. 103.

¹⁵⁴ APMG International, "La Guía de la Certificación en Asociaciones Público-Privadas de APMG", *World Bank Publications*, 2017, pp. 74.

- a) Las APPs son significativamente más complejas que los métodos de contratación tradicionales. Consecuentemente, hay un riesgo significativo en enterrar recursos en proyectos de poco valor o no adecuados a una herramienta que consume más recursos que las rutas de contratación convencionales y menos complejas.
- b) Los proyectos APP demandan recursos altamente más especializados y requieren de mayor atención por parte del gobierno.
- c) El tiempo necesario para la preparación de proyectos APP es mayor que en proyectos de obra pública convencional, y gobiernos que deseen resultados rápidos pueden estar desincentivados a seguir la ruta APP.
- d) La contratación APP tiene unos costos de transacción significativamente más elevados, tanto para el sector público como para la comunidad contratista /sector privado. Estos mayores costos son inherentes a la mayor complejidad del procedimiento de contratación, particularmente durante el proceso de licitación, pero también en términos de recursos para la preparación/evaluación y monitorización.
- e) Falta de competencia (post adjudicación): Después de firmar el contrato, las renegociaciones son frecuentes. Cuando esto pasa, siendo un proveedor monopolístico, el operador privado tiene una ventaja en la negociación con el gobierno en comparación con un proveedor en mercado competitivo.

Tal y como señalan Gayle y Amanda¹⁵⁵, probablemente el riesgo principal sea que, sin un comparador del sector público o un apoyo oficial para la negociación de proyectos, no hay garantía de que la CPP sea la mejor alternativa para la prestación de servicios públicos. La experiencia de El Reino Unido y otros países han demostrado que la CPP no es adecuada para todos los proyectos; y que hay momentos en que la provisión pública completa de servicios es un enfoque más eficiente. Si se elige emplear la CPP sin contrastar cuidadosamente los costos públicos y privados para cada proyecto pueden llegar a ser una opción más costosa para los contribuyentes y los usuarios finales del proyecto.

¹⁵⁵ Gayle Allard y Amanda Trabant, "Public-Private Partnerships in Spain: Lessons and Opportunities" *International Business & Economics Research Journal*, No. 2, 2008, pp. 8.

Por otro lado, Paola Larrahondo estudia en su artículo sobre la cuarta Generación de Concesiones de Carreteras en Colombia y analiza las lecciones aprendidas hasta el día de hoy, identificando las principales críticas sobre la CPP, las cuales detallamos a continuación:¹⁵⁶

- a) Tienen procesos de licitación más largos que los de contratación pública tradicional, las CPP requieren más tiempo y condiciones para preparar a los postores para acuerdos con complejidades financieras y de largo plazo inherentes a la relación.
- b) Una estimación inexacta de la transferencia de riesgos del sector público al privado significa que el riesgo no se transfiere preferentemente al sector privado, por lo que finalmente es asumido por el sector público, creando renegociaciones de refinanciación o proyectos fallidos para el sector público.
- c) Altos índices de litigios, retrasos y complicaciones en los procesos de CPP son el resultado de acuerdos complejos con diversos aspectos técnicos, económicos y financieros. Las disputas tardan más en ser resueltas y cualquier eventualidad imprevista que tenga que ser resulta en los próximos años implican una larga renegociación del contrato.
- d) Un exceso de confianza en consultores externos conduce un escape de experiencia, donde cualquier conocimiento reunido a lo largo de los proyectos es no retenido por los organismos públicos, lo que dificulta la construcción de conocimientos y lecciones para otros proyectos u otras fases del ciclo del proyecto, como la gestión contractual.

Es evidente que, existe un reto importante en la estructuración óptima de procesos de aprendizaje horizontales o transversales del pasado y en curso. Se aconseja a los gobiernos que inviertan en el intercambio de conocimientos sobre APPs y proyectos de infraestructura, un 'archivo viviente' lleno de experiencias del pasado. A partir de ello, uno evitaría cometer los mismos errores.¹⁵⁷

2.2.3.3 Marco legal de las Asociaciones Público Privadas (APPs) en el Perú

¹⁵⁶ Paola A. Larrahondo, "The Fourth Generation of Road Concessions in Colombia and the new PPP Legal Model: What have we learnt from over-renegotiation and over-litigation trends?" *Revista de Derecho Público*, No. 38, 2017, pp. 22.

¹⁵⁷ Tom Willems et al. "Ten Lessons from Ten Years PPP Experience in Belgium" *Australian Journal of Public Administration*, No. 3, pp. 326.

2.2.3.3.1 Evolución normativa y principales aspectos del marco legal de las Asociaciones Público Privadas

Como hemos mencionado anteriormente, el marco legal de promoción de la inversión privada inicia en el año 1991 con la publicación del Decreto Legislativo N° 758, Dictan Normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos, a través de la cual se regula la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos, así como su explotación, para cuyo efecto las entidades públicas podrán otorgar concesiones a personas jurídicas.

Posteriormente, se estableció un nuevo marco legal general en materia de concesiones, mediante el Texto Único Ordenado (TUO) aprobado por los Decretos Supremos Nros. 059-96-PCM¹⁵⁸ y 060-96-PCM¹⁵⁹, el mismo que integra el marco normativo que se encontraba inicialmente vigente al inicio de la reforma con la expedición del Decreto Legislativo N° 758 y su modificación mediante el Decreto Legislativo N° 839.

Ahora bien, en el Perú el desarrollo legislativo de las APPs se materializa en el año 2008 con la publicación del Decreto Legislativo N° 1012, que aprobó la 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 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF.

En ese contexto, mediante el Decreto Legislativo N° 1012 se ofrece 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.¹⁶⁰

Bajo el Decreto Legislativo N° 1012 se promovieron y adjudicaron diversos proyectos de inversión en APP en casi todos los sectores de infraestructura y servicios públicos, como las

¹⁵⁸ 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 servicios públicos.

¹⁵⁹ Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos.

¹⁶⁰ Angie Umezawa y María Elena Reaño, "Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de las experiencias" *Círculo de Derecho Administrativo*: 60.

líneas 1 y 2 del metro de Lima y Callao, en infraestructura de transporte ferroviario, la carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2, diversas líneas de transmisión eléctrica, entre otros.

Posteriormente, en el año 2015 se publicó el Decreto Legislativo N° 1224¹⁶¹ que estableció un marco normativo unificado para la promoción de la inversión privada mediante APP y Proyecto en Activos y, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF¹⁶², a fin de contribuir a la dinamización de la economía nacional, generación de empleo productivo y la competitividad del país.

A grandes rasgos, según el BID, el nuevo marco regulatorio de APP que introdujo el mencionado decreto legislativo incluyó las siguientes innovaciones¹⁶³:

- a) Creación del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada para el Desarrollo de APP y Proyectos en Activos, el cual es un sistema funcional con facultad, entre otras, de dictar lineamientos y directivas en materia de APP e interpretar este tipo de normas.
- b) Empoderamiento de los Comités de Inversiones de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales como parte integral del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.
- c) Eficiencia en la identificación, selección y formulación de proyectos a través de un caso de negocios que se plasma en el Informe de Evaluación.
- d) Énfasis en la planificación de potenciales proyectos APP, mediante la creación del Informe Multianual de Inversiones en APP para que las entidades públicas controlen mejor sus compromisos a largo plazo y presupuestos, puedan dar señales al mercado sobre sus prioridades futuras y constituyan la base de un plan nacional de infraestructura en el mediano plazo.
- e) Implementación de un proceso simplificado para el desarrollo de servicios vinculados a la infraestructura pública, servicios públicos, proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica y APP que no contengan un componente de inversión.

¹⁶¹ Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyecto en Activos.

¹⁶² Mediante Decreto Supremo N° 068-2017-EF publicado en el Diario oficial El Peruano con fecha 28 de marzo de 2017 se modificó el Reglamento de la Ley de APP.

¹⁶³ Banco Interamericano de Desarrollo, "El rol de las Asociaciones Público Privadas en la promoción de la inversión privada en el Perú" en *Asociaciones Público Privadas en Perú: Análisis del nuevo marco legal*. (Lima: INDES) 43-44.

Como observamos, uno de los principales cambios que incluyó dicha norma, es la creación del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP), estableciéndose como ente rector al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a través de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, la cual tiene opinión vinculante sobre el alcance e interpretación de las normas en materia de APPs.

Tres años después, en julio de 2018, se publicó el Decreto Legislativo N° 1362, que regula la promoción de la inversión privada mediante APP y PA, (en adelante, la Ley de APPs) y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en adelante, el Reglamento de la Ley de APPs). Esta es la normativa de APP que actualmente se encuentra vigente en nuestro país, la cual será materia de análisis en los próximos capítulos del presente trabajo de investigación.

Según el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante, BID), el deterioro en el monto y la cantidad de proyectos adjudicados, unido a una incidencia alta de adendas y múltiples trabas que impiden la ejecución de los proyectos, resaltó la necesidad de realizar mejoras en las distintas fases de desarrollo de APP. En esa línea, y con la finalidad de reducir la brecha de infraestructura y servicios públicos vía una mayor inversión, era necesario fortalecer el marco normativo de APP, por lo cual el 23 de julio de 2018 se aprobó el Decreto Legislativo N° 1362 y el 30 de octubre de 2018, su Reglamento, mediante el Decreto Supremo N° 240-2018-EF; y por tanto se derogó así el Decreto Legislativo N° 1224.¹⁶⁴

En ese sentido, si bien con el Decreto Legislativo N° 1224 se estableció el SNPIP y se regularon los principales roles y responsabilidades de las entidades públicas intervinientes durante el proceso de promoción de la inversión privada, aún existían diversos aspectos que debían ser mejorados para aumentar la cifra de proyectos adjudicados, por lo que el Decreto Legislativo N° 1362 introdujo diversas modificaciones al marco normativo del SNPIP mostradas en el Gráfico N° 4.

Gráfico N° 4: Mejoras introducidas con el Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento

¹⁶⁴ Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), "Asociaciones Público Privadas en Perú: Experiencias, Normativa, Pautas para impulsar su desarrollo" en *El Marco de las Asociaciones Público Privadas: Antecedentes, Marco Normativo, Definiciones, Principios*. (2019), 27.



Fuente: MEF

Como integrantes del SNPIP se encuentran: (i) el MEF, quien se encarga principalmente de establecer la política de promoción de la inversión privada, (ii) entidades públicas titulares de proyectos de APP, se refieren a los Ministerios, gobiernos regionales o locales u otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa. Dentro de ellos se encuentran a los Organismos Promotores de la Inversión Privada (en adelante, OPIP), quienes actúan especialmente como órganos de coordinación durante el proceso de promoción de la inversión privada, (iii) Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), el cual se desempeña como OPIP del Gobierno Nacional y (iv) otros organismos como por ejemplo, los organismos reguladores, la Contraloría General de la República, la Autoridad Portuaria Nacional, entre otras.

En nuestro país se define legalmente a las APP como una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados. Mediante APP se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos y/o servicios vinculados a investigación aplicada y/o innovación tecnológica.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Artículo 20.1 de la Ley de APP

Las Asociaciones Público Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados.

Artículo 20.2 de la Ley de APP

“Mediante Asociaciones Público Privadas se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos.”

De acuerdo a los artículos 22 de la Ley de APPs y 30 del Reglamento de la Ley de APPs, las APP se clasifican en autofinanciadas y cofinanciadas. Las cofinanciadas son aquellas que requieren cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.

Asimismo, de acuerdo al artículo 31 del Reglamento de la Ley de APPs, el cofinanciamiento es cualquier pago que utiliza fondos públicos, total o parcialmente, a cargo de la entidad pública titular del proyecto para cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo contrato.

Mientras que las APP autofinanciadas son aquellas que tienen la capacidad propia para generar ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumplen las siguientes condiciones:

- a) Demanda mínima o nula de garantía financiera¹⁶⁶ por parte del Estado. En este sentido, las garantías financieras son consideradas como mínimas si no superan el 5% del Costo Total de Ingresos y, en caso de proyectos que no tengan componente de inversión, dichas garantías no superan el 5% del Costo Total Proyecto.
- b) Garantías no financieras¹⁶⁷ que tengan una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento. Ocurre cuando la probabilidad de demandar cofinanciamiento no sea mayor a 10% para cada uno de los primeros cinco años de vigencia de la cobertura de la garantía prevista en el contrato.

Asimismo, las APPs se clasifican por su origen dependiendo quien elabora el proyecto: iniciativa estatal o iniciativa privada. La iniciativa estatal hace referencia a las APPs originados por las entidades públicas titulares de proyectos. En este caso, los proyectos de APP surgen del proceso de planeamiento de cada entidad, la cual identifica las necesidades en la población y los proyectos que pueden responder a ellas. Mientras que las iniciativas privadas¹⁶⁸, constituyen un mecanismo por el cual, las personas jurídicas del sector privado nacionales o extranjeras, los consorcios de estas últimas, o los consorcios de personas naturales con personas jurídicas

¹⁶⁶ La normativa de APP dispone que las garantías financieras son aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, cuyo otorgamiento y contratación por el Estado tienen por objeto respaldar las obligaciones de la contraparte del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos de APP o para respaldar obligaciones de pago del Estado.

¹⁶⁷ Por otro lado, la normativa de APP señala que las garantías no financieras son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato de Asociación Público Privada que potencialmente pueden generar obligaciones de pago a cargo del Estado, por la ocurrencia de uno o más eventos de riesgos propios del proyecto.

¹⁶⁸ Los plazos y los procedimientos de presentación de las iniciativas privadas son distintas a las iniciativas cofinanciadas, tienen propias disposiciones para la priorización, formulación y estructuración las cuales son establecidos en el Reglamento.

del sector privado, nacionales o extranjeras, presentan iniciativas para el desarrollo de proyectos de APPs.

Por otro lado, la Ley de APPs desarrolla ocho principios rectores aplicables a todas las fases vinculadas al desarrollo de las APP:

- a) Principio de Competencia: promueve la búsqueda de la competencia y la igualdad de trato entre los postores.
- b) Principio de Transparencia: Toda la información relevante se utilice para la toma de decisiones durante la evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas de un proyecto de APP, es de conocimiento público, salvo las excepciones previstas en la normativa pertinente.
- c) Principio de Enfoque de Resultados: Las entidades públicas deben adoptar las acciones necesarias que permitan la ejecución oportuna de la inversión privada dentro de los respectivos plazos, evitan retrasos derivados de meros formalismos.
- d) Principio de Planificación: El Estado, a través de las entidades públicas titulares de proyectos, prioriza y orienta el desarrollo ordenado de las APPs, según las prioridades y planes nacionales, sectoriales, regionales y locales, considerando para ello la política de descentralización del país.
- e) Principio de Responsabilidad Presupuestaria: Se debe considerar la capacidad de pago del Estado para poder asumir compromisos financieros de los proyectos, sin comprometer en el corto, mediano ni largo plazo, el equilibrio presupuestario de las entidades públicas, la sostenibilidad de las finanzas públicas, ni la prestación regular de los servicios públicos.
- f) Principio de Integridad: La conducta de quienes participan en los procesos de promoción de la inversión privada debe estar guiada por la honestidad, la rectitud, la honradez y la veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la que, en caso de producirse, es comunicada a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna.
- g) Principio de Valor por Dinero: Las entidades públicas titulares de proyectos deben buscar la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios. Es decir, no necesariamente por la opción más barata, sino por aquella que te ofrece una mejor combinación de costos y calidad de servicio.

- h) Principio de adecuada distribución de riesgos: Debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que sean asignados a aquella parte con mayor capacidad para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 30 de la Ley de APP, el desarrollo de proyectos bajo la modalidad de APP, independientemente de su clasificación y origen, está sujeto obligatoriamente a transcurrir por cinco fases, las cuales son: (i) Planeamiento y Programación; (ii) Formulación; (iii) Estructuración; (iv) Transacción; y (v) Ejecución Contractual (véase el Gráfico N° 5).

Gráfico N° 5: Las Fases de un proyecto de APP¹⁶⁹



Fuente: MEF

Es importante mencionar que, adicionalmente a la Ley y Reglamento de APP, el MEF consideró necesario incluir lineamientos estandarizados a fin de dar mayor nivel de detalle que permitiera dar confianza y certidumbre jurídica al SNPIP. A continuación, presentamos los lineamientos vigentes:

- Lineamientos para la Elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP¹⁷⁰: Estos lineamientos constituyen una herramienta metodológica para las

¹⁶⁹ Estas fases aplican a iniciativas estatales, existiendo algunas diferencias en las iniciativas privadas.

¹⁷⁰ Aprobado mediante Resolución Directoral N° 001-2017-EF/68.01

entidades públicas titulares de proyectos que requieran elaborar el Informe Multianual de Inversiones en APPs.

- Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los contratos de APP¹⁷¹: Establecen lineamientos para la asignación de los riesgos en los contratos de APP, como un instrumento metodológico para la estructuración y diseño de los futuros contratos de APP.
- Lineamientos para la Aplicación de los Criterios de Elegibilidad de los Proyectos de APP¹⁷²: Estos lineamientos son un instrumento metodológico para la aplicación del principio de Valor por Dinero, a fin de evaluar y determinar, bajo un enfoque cualitativo, los beneficios de desarrollar un proyecto como APP frente al régimen general de contratación pública.
- Lineamientos para el Desarrollo de las Fases de Formulación y Estructuración en los proyectos de APP¹⁷³: Dichos lineamientos son aplicables a las fases de Formulación, Estructuración y Transacción en los proyectos de APP como un instrumento metodológico que coadyuve a las entidades públicas titulares de proyectos para oportuna toma de decisiones.
- Lineamientos para el Diseño de Contratos de APP¹⁷⁴: Estos lineamientos identifican y establecen los principales aspectos que deben regular los contratos para asegurar su consistencia con la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada, fomentando la estandarización de estos aspectos contractuales.

2.2.3.3.2 Las Fases para el desarrollo de proyectos de APPs

2.2.3.3.2.1 Planeamiento y Programación

En esta etapa se planifican los proyectos de inversión. Los gobiernos locales, regionales o el Ministerio específico son los encargados de identificar las necesidades de sus jurisdicciones. Una vez que identifican una necesidad que pueda solucionarse a través de una APP, deben incorporar el proyecto en el Informe Multianual de Inversiones en APP (en adelante, IMIAPP) y cuyo responsable es el Comité de Inversiones (ahora Comité de Promoción de la Inversión Privada).¹⁷⁵

¹⁷¹ Aprobado mediante Resolución Directoral Nº 167-2016-EF/15

¹⁷² Aprobado mediante Resolución Directoral Nº 004-2016-EF/68.01

¹⁷³ Aprobado mediante Resolución Directoral Nº 005-2016-EF/68.01

¹⁷⁴ Aprobado mediante Resolución Directoral Nº 001-2019-EF/68.01

¹⁷⁵ Pierre Nalvarte Salvatierra, "Conceptos básicos sobre las APP" *Derecho & Sociedad*, No. 49, pp. 329.

Según el artículo 31 de la Ley de APPs, la fase de Planeamiento y Programación comprende la planificación de los proyectos y de los compromisos, firmes o contingentes, correspondientes a APPs. Dicha planificación se articula con la Programación Multianual de Inversiones y se materializa en el IMIAPP¹⁷⁶, el cual incluye los proyectos a ejecutarse mediante las modalidades de APPs y de Proyectos en Activos.

Es importante distinguir las dos fases para entender sus objetivos. Específicamente, el Planeamiento se centra en identificar las necesidades de la población y la búsqueda de alternativas de solución a la provisión del servicio y su priorización, con el fin de orientar a las entidades públicas a la obtención de resultados. Por ejemplo, podrían realizar dicha planificación a través de instrumentos de planificación como el Plan Estratégico Sectorial Multianual (PESEM), el Plan de Desarrollo Regional Concertado (PDRC), el Plan de Desarrollo Local Concertado (PDLC) y el Plan Estratégico Institucional (PEI), entre otros documentos de gestión. Por su parte, la Programación comprende el reporte del uso potencial de recursos públicos en proyectos de APP y el monitoreo de los indicadores del gasto presupuestal de la entidad pública titular del proyecto.¹⁷⁷

En ese sentido, de acuerdo al artículo 40.3 del Reglamento de la Ley de APPs, la propuesta del IMIAPP es realizada por el órgano encargado de planeamiento de la entidad pública titular del proyecto, considerando entre otros aspectos, las metas de cierre de brechas prioritarias establecidas en la Programación Multianual de Inversiones elaborada en el marco de las normas que regulan el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, y los lineamientos para el desarrollo del IMIAPP que emite el MEF.

Luego de ello, el órgano de Planeamiento solicita opiniones al Comité de Promoción de la Inversión Privada (CPIP) y al MEF para su aprobación. El IMIAPP¹⁷⁸ y sus modificaciones y

¹⁷⁶ El IMIAPP es el instrumento de gestión elaborado por cada entidad pública titular del proyecto, que tiene como finalidad identificar los potenciales proyectos de APP y Proyecto en Activos, a fin de ser incorporados al Proceso de Promoción en los siguientes tres (03) años a su elaboración. Dicho informe tiene una vigencia de tres (03) años contados a partir de su aprobación.

¹⁷⁷ Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), "Asociaciones Público Privadas en Perú: Experiencias, Normativa, Pautas para impulsar su desarrollo" en *El Marco de las Asociaciones Público Privadas: Antecedentes, Marco Normativo, Definiciones, Principios*. Módulo II, (2019), 17.

¹⁷⁸ De acuerdo al artículo 40.5 del Reglamento de la Ley de APP, el IMIAPP debe contener como mínimo los siguientes aspectos:

1. *Estrategia de la entidad pública titular del proyecto para el desarrollo de proyectos mediante las modalidades de APP o PA.*

actualizaciones, son aprobadas mediante Resolución Ministerial del sector, Acuerdo de Consejo Regional, Acuerdo de Concejo Municipal o resolución del titular de la entidad pública.

Con la aprobación del IMIAPP por cada entidad pública, la fase de Planeamiento y Programación culmina.

2.2.3.3.2.2 Formulación

Esta fase comprende el diseño y/o evaluación del proyecto de APP, en donde la entidad pública titular del proyecto o Proinversión, en el marco de sus respectivas competencias, determina si es conveniente técnica, social, económica, financiera y legalmente desarrollar el proyecto bajo el mecanismo de APP.

En tal sentido, dicho análisis se realiza a partir de la elaboración de estudios técnicos para determinar la viabilidad del proyecto como APP, los cuales según el artículo 43 del Reglamento de la Ley de APPs, varían dependiendo la clasificación del proyecto de APP. En proyectos de APP cofinanciados, los estudios previos se desarrollan con base en la normatividad del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (Invierte.pe), que exige la elaboración de estudios de pre-inversión para la declaratoria de viabilidad del proyecto de inversión. Por el lado de los proyectos autofinanciados, los estudios técnicos son desarrollados con base en la normativa del SNPIP, para lo cual se debe realizar una evaluación preliminar del proyecto a partir de los Lineamientos de Formulación, Estructuración y Transacción.

Ahora, el documento en donde se plasma dicho análisis es el Informe de Evaluación. Según el artículo 42.1 del citado reglamento, el OPIP elabora el Informe de Evaluación, documento sustancial para sustentar la viabilidad de un proyecto de APPs, se desarrolla sobre la base de los estudios técnicos y contiene la información necesaria para: i) definir si es técnica, económica y legalmente conveniente desarrollar el proyecto como APP, ii) estructurar el proyecto y detectar contingencias significativas que pudieran retrasar el proceso de promoción,

2. Potenciales necesidades de intervención identificadas para ser desarrolladas bajo la modalidad de APP, y su consistencia con las metas de cierre de brechas prioritarias establecidas en la Programación Multianual de Inversiones, así como su articulación con los planes nacionales, sectoriales y de desarrollo regional y local, según corresponda.

3. El monto referencial de la inversión.

4. Para el caso de APP, el análisis de valor por dinero mediante la aplicación preliminar de los criterios de elegibilidad.

5. Los Compromisos Firmes y Compromisos Contingentes cuantificables derivados de los Contratos de APP suscritos, incluyendo sus modificaciones contractuales. Asimismo, una proyección de los flujos por Compromisos Firmes, y de ser posible, los Compromisos Contingentes cuantificables derivados de proyectos de APP incorporados o por incorporarse al Proceso de Promoción.

6. Los PA a ser desarrollados.

vinculadas principalmente a aspectos legales, financieros y técnicos, y iii) delimitar competencias de gestión de la entidad pública.

Con relación a la evaluación económica financiera, dicho informe debe contener una evaluación preliminar sobre los elementos que demuestren que el proyecto puede ser financiado bajo la modalidad de APP, incluyendo como mínimo un análisis de riesgos preliminar, así como un análisis preliminar de bancabilidad.

Una vez elaborado el Informe de Evaluación, el OPIP solicita opinión a la entidad pública titular del proyecto y al MEF. Con opinión favorable de ambas entidades, el OPIP aprueba el Informe de Evaluación e incorpora el proyecto al Proceso de Promoción.

Es importante resaltar que, dicho informe debe profundizarse y actualizarse en base a la evolución de los estudios técnicos, legales y económicos adicionales que se desarrollen durante las fases de Estructuración y Transacción, los cuales se reflejan en el Informe de Evaluación Integral (IEI) que se elabora en la siguiente fase, y en el que sustenta las respectivas versiones de Contrato.

De manera simultánea a la incorporación del proyecto al Proceso de Promoción, el OPIP aprueba el Plan de Promoción, documento que tiene como objetivo dar a conocer lo que busca el Estado con el proyecto de inversión y despertar el interés de potenciales empresas privadas, mediante su publicación en el portal web de la entidad pública correspondiente.

2.2.3.3.2.3 Estructuración

Esta etapa tiene como objetivo diseñar el proceso de transacción, así como elaborar los documentos de licitación, incluyendo la versión inicial del contrato de APP; realizar todos los estudios y evaluaciones técnicas, económicas, financieras, sociales, ambientales y legales; a partir de diferentes medidas que fomenten que el interés de actores del mercado e incorpore las recomendaciones de las entidades públicas que participarán, en el marco de sus competencias, de la ejecución del proyecto.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), "Asociaciones Público Privadas en Perú: Experiencias, Normativa, Pautas para impulsar su desarrollo" en *El Marco de las Asociaciones Público Privadas: Antecedentes, Marco Normativo, Definiciones, Principios*. Módulo II, (2019), pp. 24.

De acuerdo al artículo 48.2 del Reglamento de la Ley de APPs, durante la fase de Estructuración, el OPIP convoca a la entidad pública titular del proyecto, organismo regulador de corresponder, y al MEF a reuniones de coordinación para recibir comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del contrato y su correcta ejecución, para lo cual, administra y gestiona las solicitudes de información sobre los temas de competencia de cada una de las entidades.

Como se puede observar, en esta fase se elaboran dos documentos principales: la Versión Inicial del Contrato y las Bases del proceso de selección.

Para la elaboración de la Versión Inicial del Contrato, el OPIP debe considerar lo establecido en los Lineamientos para el desarrollo de las fases de Formulación, Estructuración y Transacción en los proyectos de APPs, así como en los Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de APPs, ambos aprobados por el MEF. Asimismo, un documento importante es el Informe de Evaluación Integrado (en adelante, IEI), instrumento metodológico para la toma de decisiones que determina que el proyecto es técnica, económica y comercialmente viable según lo establecido en el artículo 49.1 del Reglamento de la Ley de APP.

En línea con lo establecido en el Reglamento de la Ley de APPs, el IEI debe tener como mínimo la siguiente información: (i) la profundización y actualización del Informe de Evaluación, incluyendo el sustento de la adecuada asignación de riesgos, conforme a los lineamientos que regulen el SNPIP, (ii) sustento de la valuación de contingencias, (iii) la proyección de los compromisos firmes y compromisos contingentes netos de ingresos y (iv) el análisis de los límites sobre la clasificación de la APP (autofinanciado o cofinanciada).

En base a ello, el OPIP elabora la Versión Inicial del Contrato y solicita opiniones a la entidad pública titular del proyecto, organismo regulador de corresponder¹⁸⁰, el MEF y la Contraloría General de la República¹⁸¹. Para ello, el OPIP remite, conjuntamente con la Versión Inicial del Contrato, el IEI y el modelo económico financiero que sustente el esquema de financiamiento y pagos del proyecto.

¹⁸⁰ El organismo regulador emite opinión no vinculante.

¹⁸¹ La Contraloría envía un Informe previo no vinculante sobre las materias reguladas en el párrafo 55.6 del artículo 55 del Reglamento de la Ley de APP.

Al respecto, de acuerdo al artículo 35 del Reglamento de la Ley de APPs, un instrumento importante en la estructuración económica financiera del proyecto es el modelo económico financiero, el cual sustenta la Declaratoria de Interés (en caso Iniciativa Privada) y la versión inicial y final del Contrato. En ese contexto, tanto el Estado como el postor deben elaborar dicho documento, el cual debe contener como mínimo las siguientes características:

- a) Construcción del Flujo de Caja del proyecto:
 - c) Estimación de costos y gastos de inversión diferenciando gastos generales y utilidad del constructor, así como el margen de variabilidad asociado al grado de desarrollo del diseño de ingeniería y otros gastos asociados a la inversión.
 - d) Estimación de costos y gastos de operación y mantenimiento
 - e) Estimación de los ingresos del proyecto y sus proyecciones
 - f) Estimación del cofinanciamiento, en caso de que se requiera
 - g) Supuestos financieros y estructura de financiamiento
- b) Construcción de los estados financieros, incluyendo el Estado de Resultados y el Estado de Situación Financiera proyectados por el plazo del proyecto
- c) Construcción del Flujo de Caja del Estado proyectado incluyendo el flujo de compromisos firmes y compromisos contingentes, costos por interferencias, adquisiciones, expropiaciones, reubicaciones o reasentamientos, ingresos a percibir, entre otros.
- d) Análisis de sensibilidad

Además de ello, en esta fase, el OPIP elabora las Bases del proceso de selección, las cuales deben fomentar la competencia de acuerdo a lo previsto en el artículo 52 del Reglamento de APP, debiendo contener como mínimo:

1. Los componentes del Factor de Competencia del proceso de selección
2. Los plazos para la presentación de consultas y comentarios a la VIC
3. Los criterios de selección
4. Los requisitos técnicos, legales y financieros solicitados a los postores
5. El procedimiento de impugnación a la adjudicación
6. La garantía de impugnación que debe ascender a 0.5% del Costo Total de la Inversión, en caso éste sea superior a trescientos mil (300,000) UIT; y 1% del Costo Total de la Inversión, en caso éste sea menor o igual a trescientos mil

(300,000) UIT. Tratándose de proyectos que no contengan componente de inversión, la garantía es calculada utilizando el Costo Total Proyecto

7. La garantía de seriedad de propuestas

Ahora bien, en esta fase se incluyen elementos importantes que ayudan a determinar la viabilidad del esquema de financiamiento del proyecto, lo cual repercute directamente en la etapa de ejecución contractual. Según el numeral 48.3 del Reglamento de la Ley de APPs, el OPIP debe procurar que los mecanismos de pagos estén vinculados a la **prestación del servicio y/o disponibilidad de la infraestructura**, para lo cual realiza previamente una evaluación de alternativas de mecanismos de pago. Esto quiere decir que, en principio el OPIP debe tratar de incorporar un mecanismo de pago que comprometa al Estado a pagar por la ejecución del proyecto una vez que la infraestructura y/o servicio público se encuentren debidamente operativos, de modo que se pueda evidenciar o prestar atención a la verificación de los estándares de calidad del proyecto.

Asimismo, complementando el análisis que se realiza sobre el esquema de financiamiento, según el numeral 48.4 del Reglamento de la Ley de APPs, en esta fase, el OPIP, directa o indirectamente, debe analizar el interés de potenciales participantes y financistas en el proyecto, con lo cual se buscaría concretar o verificar el grado de interés del mercado y la bancabilidad del proyecto. Sin embargo, en la norma no se regula el alcance de la intervención que tendrían estos actores privados durante esta etapa, ni los mecanismos que se emplearían para recoger las sugerencias y opiniones relevantes para la estructuración del proyecto. En nuestra opinión, dicha información resulta importante para determinar la viabilidad del proyecto, tanto durante la etapa de transacción en donde se espera que exista competencia, como en la etapa de ejecución contractual, en la cual se evidencia que se realizó una adecuada asignación y distribución de los riesgos del contrato.

2.2.3.3.2.4 Transacción

En esta fase el OPIP tiene como objetivos principales: (i) seleccionar al concesionario idóneo para la ejecución del proyecto y, (ii) elaborar la Versión Final del Contrato.

De acuerdo al artículo 54 del Reglamento de la Ley de APPs, esta fase inicia con la publicación de la convocatoria en su portal institucional, así como en el Diario Oficial El Peruano, adjuntando las Bases y la Versión Inicial del Contrato. Con ello, los postores realizan consultas,

comentarios y/o sugerencias a las Bases y Versión Inicial del Contrato, conforme a las reglas y oportunidad establecida por el OPIP.

La norma en mención establece que durante la interacción con el sector privado, los postores pueden solicitar reuniones con el OPIP y acceder a documentación pública disponible relacionada al proyecto. Así, el OPIP tiene la obligación de evaluar las consultas a las Bases y publicar sus respectivas respuestas, así como las sugerencias recibidas al Contrato, de modo que se propicie un diálogo eficiente y transparente con los terceros involucrados.

Una vez incorporados los comentarios que considere pertinente el OPIP, este último debe solicitar de manera previa a la adjudicación, las opiniones favorables sobre la Versión Final del Contrato a la entidad pública titular del proyecto, el MEF, organismo regulador de corresponder y la Contraloría General de la República. Seguidamente, contando con las opiniones antes mencionadas, el OPIP aprueba la Versión Final del Contrato.

Luego de ello, a través de un acto público los postores presentan sus propuestas técnicas y económicas en sobres cerrados, en donde el OPIP procede a evaluarlas para escoger la oferta más favorable para el Estado según los criterios de selección establecidos.¹⁸² Esta fase culmina con la firma del contrato de APP.

Antes de suscribir el contrato de APP, de acuerdo al artículo 58.4 del Reglamento de la Ley de APPs, el adjudicatario debe presentar el modelo económico financiero del proyecto conforme a los requisitos establecidos en las Bases del proceso de selección. Nótese que la citada norma estipula que **las propuestas y el modelo económico financiero vinculan al postor, quien es responsable por el íntegro de su contenido**. El contenido de dichos documentos puede tener efecto en etapas posteriores a la firma del contrato, como por ejemplo, en el Cierre Financiero, en donde la información declarada por el proponente debe guardar coherencia con la acreditación de los recursos necesarios para la ejecución del proyecto.

¹⁸² Artículo 57.2 del Reglamento de APPs

De manera enunciativa, los criterios de selección de la propuesta más favorable para el Estado conforme a los parámetros establecidos en las Bases pueden ser:

- 1. Menor cofinanciamiento*
- 2. Mayor retribución al Estado*
- 3. Niveles de servicio*
- 4. Nivel tarifario y su estructura*
- 5. Solución técnica propuesta*
- 6. Inversiones o servicios adicionales*
- 7. Menor valor presente de los ingresos*
- 8. Otros que defina el OPIP*

Por otro lado, el nuevo marco normativo de APPs ha incorporado un nuevo mecanismo de adjudicación, el Diálogo Competitivo, según el artículo 62 del Reglamento de APPs consiste en un mecanismo a cargo de Proinversión para el desarrollo de APP que, por su complejidad, requieren la participación del sector privado desde la fase de Formulación, con la finalidad de incorporar sus experiencias vinculadas a los aspectos técnicos del proyecto.

En este caso, la entidad pública debe solicitarle a Proinversión el inicio del proceso de Diálogo Competitivo, para lo cual deberá enviarle información que incluye la descripción general del proyecto; el diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público; los niveles de servicio o niveles de desempeño esperados; el monto estimado del Costo Total de Inversión y los costos estimados de operación y mantenimiento; las fuentes de ingresos y la identificación preliminar de predios e interferencias.¹⁸³

Así, Proinversión es el encargado de la gestión de los proyectos que apliquen el Diálogo Competitivo, puesto que será la entidad encargada de recibir la solicitud de la entidad pública titular del proyecto para acceder a dicho mecanismo, evaluar la complejidad del proyecto de APP y determinar su procedencia.¹⁸⁴

Según los artículos 62 al 74 del Reglamento de APP, dicho mecanismo cuenta con varios criterios, requisitos y fases que deben seguir tanto la entidad pública titular del proyecto como Proinversión para llevar a cabo de manera efectiva el proceso de incorporación de experiencia por parte del sector privado. Aún no existe mucha experiencia en nuestro país sobre la aplicación ni los resultados del mecanismo, sin embargo, considerando el procedimiento general establecido en la norma, podría resultar bastante útil para la formulación y estructuración de los proyectos, especialmente los que son de gran envergadura y que necesitan una evaluación técnica especializada.

En tal sentido, podemos observar que la participación del sector privado en etapas tempranas del proceso genera mayor predictibilidad y certeza al momento de la estructuración de los proyectos, es evidente que el Estado necesita la experiencia y *know how* del sector privado para lograr que los proyectos tengan consistencia y sean viables durante su ejecución.

¹⁸³ Según el artículo 62.2 del Reglamento de la Ley de APP.

¹⁸⁴ Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), "Asociaciones Público Privadas en Perú: Experiencias, Normativa, Pautas para impulsar su desarrollo" en *El Marco de las Asociaciones Público Privadas: Antecedentes, Marco Normativo, Definiciones, Principios*. Módulo IV, (2019), pp. 21.

2.2.3.3.2.5 Ejecución Contractual

La fase de Ejecución Contractual es la última fase del proceso de desarrollo del proyecto, es la más extensa de todas pues comprende todo el periodo de vigencia del contrato de APP, por lo que involucra el seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales por parte de la entidad pública titular del proyecto y del organismo regulador de corresponder.

En ese sentido, las partes se encuentran obligadas a cumplir con las disposiciones establecidas en el contrato de APP, para lo cual el Reglamento de APPs establece los aspectos generales que regirán las principales cláusulas: (i) Cesión de posición contractual, (ii) Aspectos técnicos del proyecto, (iii) Suspensión del contrato, (iv) Terminación, (v) Derechos de intervención a favor de los acreedores permitidos, (vi) Garantías, y (vii) Solución de Controversias.

Es por ello que, el principal objetivo de esta fase es gestionar proactivamente el Contrato para evitar o minimizar el impacto de los riesgos y amenazas en las diversas etapas del proyecto. Además, es especialmente relevante que se monitoree el cumplimiento de los requerimientos de diseño, construcción, operación y mantenimiento, así como el control de la reversión o transferencia de los activos a la fecha de caducidad del contrato.¹⁸⁵

Dentro de los alcances para acreditar el financiamiento del proyecto, existen dos hitos importantes: el Endeudamiento Garantizado Permitido y el Cierre Financiero. El primero corresponde a los términos de los documentos de financiamiento que serán suscritos entre los Acreedores Permitidos y el Concesionario, a través de los cuales los Acreedores Permitidos obtienen los derechos establecidos en acreedores permitidos obtienen los derechos establecidos en el Contrato (como el step in rights, la garantía de acciones, la cesión de flujos, la hipoteca de la Concesión, entre otros). Mientras que en el Cierre Financiero, el Concesionario formaliza y asegura la disponibilidad de liquidez necesaria para el desarrollo del proyecto –ambos hitos se obtienen de manera posterior a la suscripción del contrato de APP; es decir, durante la etapa preoperativa–.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 114 del Reglamento de la Ley de APPs, cuando el contrato de APPs a cargo de Proinversión, establece la revisión de los documentos que sustenten el Endeudamiento Garantizado Permitido o Cierre financiero, corresponde a

¹⁸⁵ APMG International, “La Guía de la Certificación en Asociaciones Público-Privadas de APMG”, *World Bank Publications*, 2017.

Proinversión revisar y emitir la conformidad sobre éstos conforme a los alcances que establezca cada contrato.

Al respecto, los Lineamientos para el Diseño de los Contratos de APPs¹⁸⁶ señalan que a efectos de emitir la conformidad o rechazo del Cierre Financiero, corresponderá a Proinversión o la entidad pública titular del proyecto, corroborar que: (i) el monto de financiamiento sea suficiente para ejecutar el proyecto, (ii) que los documentos de financiamiento estén firmados y, (iii) que se hayan cumplido las condiciones previas exigibles para contar con la disponibilidad del financiamiento.

Adicional a ello, los lineamientos señalan que en caso el Concesionario decida optar por el financiamiento a través del Endeudamiento Garantizado Permitido, de forma previa a su suscripción, los documentos de financiamiento deben ser presentados a la entidad pública titular correspondiente¹⁸⁷ para su revisión. En tal sentido, la entidad pública correspondiente deberá verificar las condiciones y términos de los documentos de financiamiento, principalmente que: (i) no alteren lo establecido en el Contrato y (ii) que no se generen riesgos directos o responsabilidad adicional al Estado no considerados en el Contrato.

Por otro lado, considerando que los contratos de APPs son acuerdos de larga duración, en donde se pueden generar eventos no previstos durante la estructuración del proyecto, es natural que se presenten modificaciones contractuales que adecuen dichas circunstancias al contrato de concesión. El artículo 55 de la Ley de APPs y el Capítulo III del Título VI del Reglamento de la Ley de APPs establecen el marco legal de los procesos de renegociaciones contractuales, más adelante ahondaremos en el tema y explicaremos las implicancias de dicho proceso en nuestro país.

2.2.4 Los principales aspectos financieros de las Asociaciones Público Privadas

2.2.4.1 La estructuración financiera en un proyecto de Asociación Público Privada

Como hemos explicado, en los últimos años se han venido utilizando en diversos países el mecanismo de APPs para el desarrollo de infraestructura y servicios públicos, en donde se ha

¹⁸⁶ Aprobada mediante Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68-01.

¹⁸⁷ Según los Lineamientos para el Diseño de los Contratos de APPs, la revisión y emisión de conformidad de los documentos que sustenten el endeudamiento garantizado permitido o cierre financiero o análogos está a cargo de:

- Proinversión, en los proyectos a su cargo. Asimismo, en caso el factor de competencia del proceso esté vinculado al endeudamiento garantizado permitido o este genere un impacto tarifario se requerirá la opinión del ministerio, gobierno regional o gobierno local o del organismo regulador, respectivamente; o
- Ministerio, gobierno regional o gobierno local, en los contratos que no estén a cargo de Proinversión.

implementado una serie de acciones para incentivar su ejecución, incorporando esquemas financieros que permitan un aseguramiento de la inversión, así como la bancabilidad del proyecto.

El BID en su reporte sobre el Financiamiento de las APPs explica que una de las principales diferencias entre las APPs y las contrataciones tradicionales es transferir la responsabilidad y riesgo al sector privado para movilizar fondos de inversión en proyectos de gran envergadura, como los de infraestructura. El sector privado es responsable de identificar a los inversionistas y de desarrollar la estructura financiera del proyecto. Sin embargo, para permitir que el sector privado optimice esta estructura financiera y asegure la estabilidad de largo plazo del contrato, también es importante que el sector público entienda las características de estos modelos financieros y las posibles implicaciones para el Estado.¹⁸⁸

La literatura económica ha explorado el tema del financiamiento de las APPs y han evidenciado que la preocupación más importante de los operadores privados e inversionistas en la práctica es cómo estructurar el financiamiento y minimizar el costo de capital de proyectos de APPs. Estructurar el financiamiento de las APPs no es solo una cuestión técnica; es lo que soporta el delicado equilibrio entre los intereses y las ventajas comparativas de los diferentes intervinientes en las APPs. No es solo una cuestión de asignar de manera óptima los diferentes riesgos involucrados en un proyecto de infraestructura, sino también es cuestión de establecer una gestión adecuada para garantizar la sostenibilidad del proyecto.¹⁸⁹

En los proyectos de APPs el diseño y construcción de los modelos financieros es una variable crítica, su implementación no sólo involucra aplicar técnicas de evaluación de proyectos, también implica el diseño del contrato de concesión. Dichos modelos que desde la óptica de la teoría financiera pueden estar adecuadamente estructurados, no necesariamente, generaran los incentivos para que el concesionario sea costo eficiente. En términos económicos, “costo eficiente” o “ganancias de eficiencia” hace referencia al esfuerzo que realiza el concesionario para reducir costos en el largo plazo, con la finalidad de incrementar su rentabilidad.¹⁹⁰

Según a Juan Carlos de los Heros, un modelo financiero es la representación de una situación financiera en un mundo real. Este modelo representa el desempeño de un activo financiero o

¹⁸⁸ Banco Interamericano de Desarrollo (BID), “Financiamiento de las APPs” en *Introducción a las Asociaciones Público-Privadas*, 2015, pp. 5.

¹⁸⁹ Rabah Arezki et al., “From Global Savings Glut to Financing Infrastructure” *Center on Global Economic Governance*, 2016, pp. 9

¹⁹⁰ Benjamín de La Torre, “Nota Técnica de modelos financieros para esquemas de Asociación Público Privadas” *Banco Mundial*, 2011, 2.

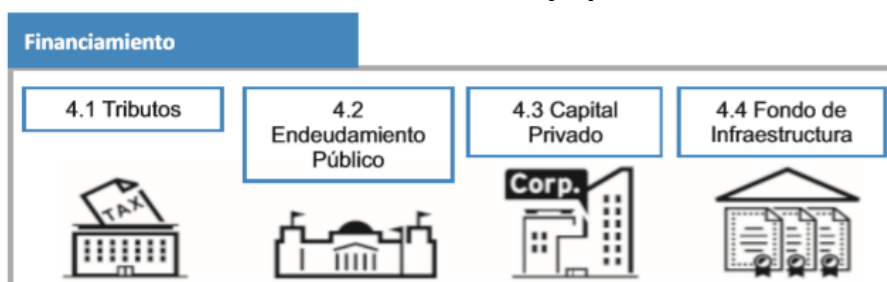
una inversión. El trabajo de construir un modelo financiero consiste en trasladar una serie de hipótesis o supuestos sobre el comportamiento del mercado o agentes en predicciones numéricas.¹⁹¹

En los proyectos de APPs el régimen económico regulará las fuentes de ingreso del inversionista, que puede provenir de: (i) los pagos de usuarios por los servicios prestados, (ii) el cofinanciamiento de la entidad pública titular del proyecto, o (iii) una combinación de ambos, a ser definida con base en los resultados del análisis financiero.¹⁹²

De esa manera, el Estado y el sector privado utilizan diferentes instrumentos para financiar su inversión. Las finanzas públicas consisten principalmente de impuestos y préstamos. El financiamiento privado se compone de préstamos, bonos y capital. Las tarifas pagadas por los usuarios por el servicio se utilizan para recompensar estos instrumentos una vez que la infraestructura está en funcionamiento.¹⁹³

En ese contexto, las APPs buscan promover la inversión privada como mecanismo generador de capital para la ejecución de proyectos de infraestructura, en donde no siempre presentan incentivos suficientes para el sector privado, por lo que el Estado debe utilizar recursos propios (presupuesto público) o solicitar financiamiento interno o externo (deuda pública). En el siguiente gráfico mostramos las principales fuentes de financiamiento de los proyectos.¹⁹⁴

Gráfico N° 6: Fuentes de financiamiento de proyectos de infraestructura



Fuente: EY

En cuanto al financiamiento privado de proyectos de infraestructura, existe una serie de escenarios posibles, estos podrían incluir la participación directa de los accionistas mediante el aporte de capitales propios (equity) o deuda contraída en virtud a préstamos bancarios o a través

¹⁹¹ Juan Carlos de los Heros y Luis Marín, “Revisión al Project Finance” *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 16: pp. 145.

¹⁹² Banco Interamericano de Desarrollo, “Fase de Estructuración” en *Asociaciones Público Privadas en Perú: Experiencias, Normativa y Pautas para impulsar su desarrollo* (BID, 2019), 39.

¹⁹³ Kristian Uppenbergh, Hubert Strauss y Rien Wagenvoort, “Financing infrastructure: A review of the 2010 EIB Conference in Economics and Finance” *European Investment Bank*, 2011, pp. 9.

¹⁹⁴ Ernst & Young (EY). *Agilizando la ruta del crecimiento: II Parte del Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025* (Lima: AFIN, 2016), 47.

de emisiones de instrumentos representativos de deuda (tradicionalmente, bonos) en el mercado de capitales.¹⁹⁵

Un reporte elaborado por el Banco de la Reserva de Australia señala que el financiamiento privado se presenta en dos formas: deuda y capital. La deuda constituye una gran proporción del financiamiento de infraestructura, y generalmente depende de la estabilidad y previsibilidad de los flujos de ingresos; y ha alcanzado hasta el 90% del financiamiento total para proyectos de infraestructura social de APP, donde los pagos gubernamentales por los servicios de infraestructura son estables y predecibles. El financiamiento de la deuda generalmente se realiza a través de préstamos de los bancos, aunque algunos proyectos privados se han financiado en parte mediante la emisión de bonos en los mercados de capitales, especialmente en Europa.¹⁹⁶

Mientras que el financiamiento a través de capital o *equity* puede ser estructurada utilizando diferentes canales de capital. La evolución de los mercados de capitales muestra que la innovación financiera desarrolla nuevas herramientas financieras capaces de atraer una mayor cantidad de fondos en respuesta al suministro y demanda.¹⁹⁷

Dentro de Latinoamérica, la fuente predilecta de financiamiento para los proyectos de infraestructura es la deuda comercial con el 36.8% del total de financiamiento, posteriormente se tiene la emisión de bonos con 26,6% y la deuda con Instituciones Financieras de Desarrollo con 25,2%. En el Perú, los bancos comerciales son la fuente de financiamiento más populares, llegando a representar el 50% del financiamiento otorgado para proyectos de inversión privada. A continuación, mostramos un gráfico de los instrumentos que se usan en nuestro país, el 75% del monto financiado para la inversión privada en proyectos de concesiones entre 2006 y 2016 ha sido financiado a través de deuda, mientras que el 25% con equity.¹⁹⁸

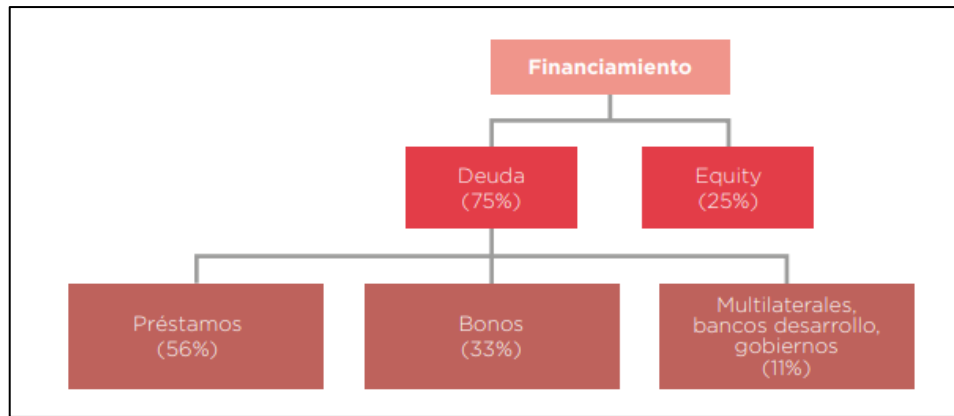
Gráfico N° 7: Monto financiado para la inversión privada en infraestructura en el Perú según instrumento, 2006 – 2016

¹⁹⁵ Enrique Felices S., "Asociaciones Público- Privadas para el Financiamiento de Infraestructura: El Nuevo Rostro del Project Finance" *Themis*, No. 50, pp. 145.

¹⁹⁶ Sophia Chong y Emily Poole, "Financing Infrastructure: A Spectrum of Country Approaches" *Reserve Bank of Australia*, 2013, pp. 68

¹⁹⁷ Raffaele Della Croce y Stefano Gatti, "Financing infrastructure – International trends" *OECD Journal Financial Markets Trends*, 2014, pp. 125.

¹⁹⁸ Banco Interamericano de Desarrollo. *Financiamiento privado de infraestructura de América Latina y el Caribe* (Washington: 2017): 12.



Fuente: Infrastructure Journal Global Database¹⁹⁹

Como señala Carlos Núñez, un proyecto de infraestructura de uso público entregado en concesión al sector privado muy difícilmente será financiado de manera directa y exclusiva por el "propietario" o el operador (el sponsor) del proyecto. Lo normal es que el sponsor decida crear una Sociedad de Propósito Especial (S.P.E, o SPV), y que para tal efecto realice un importante aporte de capital. Es común que este aporte oscile entre el 10% y el 40% del valor total de la inversión en infraestructura (dependiendo de su naturaleza) siendo necesario financiar el resto de la inversión, requiriendo que terceros otorguen créditos o realicen inversiones de deuda de otra naturaleza.²⁰⁰

La creación de una SPV es una condición previa para atraer formas privadas de financiación, ya que permite la promesa contractual de flujos de efectivo a los acreedores y la distribución de riesgos entre los socios del contrato. También ayuda a limitar los problemas del sponsor, ya que los propietarios y operadores no pueden simplemente desviar los ingresos del proyecto a otras entidades. Esta estructura es un requisito previo para utilizar las técnicas de financiación de proyectos.²⁰¹

Un aspecto importante es que la SPV necesita asegurar vencimientos de deuda a largo plazo para que coincida con los flujos de efectivo del proyecto. Por lo tanto, la SPV debe demostrar a los prestamistas cómo sus ingresos estimados durante más de 15 a 30 años pagarán los costos iniciales de inversión y también cubrirán los costos regulares de mantenimiento y operación del nuevo proyecto.²⁰²

¹⁹⁹ Infrastructure Journal Global "Infrastructure and Project Finance League Table report"

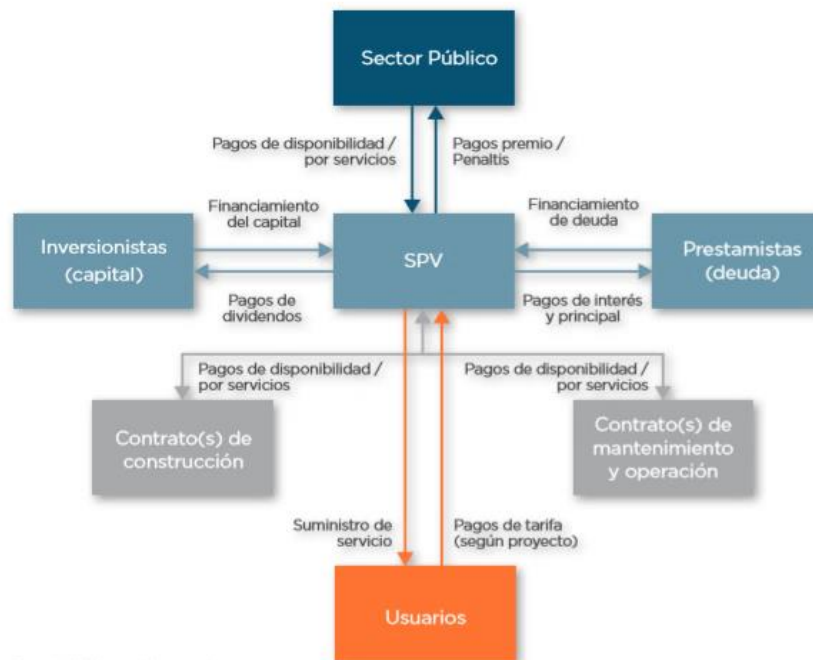
²⁰⁰ Carlos Núñez Caballero, "Apuntes entorno al Financiamiento de Proyectos de Infraestructura de Uso Público con Participación Privada" *Círculo de Derecho Administrativo*, pp. 266.

²⁰¹ Torsten Ehlers, "Understanding the challenges for infrastructure finance" *Bank for International Settlements*, 2014, pp. 6.

²⁰² Laura Turley y Abby Semple, "Financing Sustainable Pulic-Private Partnerships" *International Institute for Sustainable Development*, 2013, pp. 3.

En síntesis, en el Grafico N° 8 mostramos la estructura financiera tradicional y el esquema de los contratos que se implementan para la ejecución de un proyecto de APP según lineamientos del MEF.

Gráfico N° 8: Esquema de Financiamiento para proyectos de APPs



Fuente: MEF

2.2.4.2 Los tipos de financiamiento

Al momento de estructurar un proyecto de infraestructura, se podría optar por dos tipos de financiamiento: *Corporate Finance* (financiamiento tradicional) y *Project Finance*, basándose principalmente en las características intrínsecas del proyecto. En tal sentido, cada uno de ellos tiene sus propias particularidades, ventajas y desventajas, así como requerimientos necesarios para poder lograr un financiamiento adecuado. En este apartado desarrollaremos brevemente las principales características de cada uno de ellos, haciendo especial énfasis en las diferencias que resultan importante advertir a efectos escoger el esquema de financiamiento idóneo para la viabilidad del proyecto.

Con respecto al financiamiento tradicional, los acreedores consideran la cartera completa de activos de la compañía que generarán el flujo de efectivo para el servicio de préstamos. Los activos y su financiamiento se integran en las carteras de activos y pasivos de la compañía. La característica distintiva con el Project Finance es que el proyecto es una persona moral distinta;

los activos del proyecto, los contratos relacionados con el proyecto y el flujo de efectivo se encuentran segregados en forma definitiva de la entidad patrocinadora.²⁰³

El crédito corporativo como fuente de financiamiento tradicional, sea de corto o mediano plazo, responde a la necesidad inmediata de un inversionista de obtener financiamiento teniendo como respaldo el capital accionario, las cuentas bancarias, la inmovilización o el congelamiento del dinero, o incluso la afectación o gravamen de determinados bienes muebles o inmuebles.²⁰⁴

Por lo tanto, el financiamiento tradicional se haría principalmente a través de los recursos disponibles de la empresa, y el financiamiento que pueda recaudar la empresa. Es importante señalar que, la fuente principal para el pago a los accionistas y acreedores del proyecto serán los activos del sponsor. El método de financiamiento tradicional presenta una serie de ventajas y desventajas en comparación con otros métodos de financiamiento, a continuación, se presentan los más resaltantes.

Tabla N° 1: Ventajas y Desventajas del financiamiento tradicional

Ventajas	Desventajas
El proyecto gozará del respaldo financiero del sponsor del proyecto.	El sponsor asumirá la mayor cantidad de riesgo, al hacerse responsable del pago de los accionistas y acreedores.
Tanto los inversionistas como los acreedores del proyecto no se verán directamente afectados ante un eventual fracaso del proyecto.	La baja distribución de riesgo entre las partes puede desincentivar a las empresas a hacerse cargo del proyecto.
	Debido al tamaño de los proyectos, la estabilidad financiera del sponsor puede verse comprometida al asumir el proyecto.

Fuente: International Finance Corporation (IFC)²⁰⁵

Por otro lado, el denominado Project Finance surge como un método apropiado para financiar la infraestructura, en particular para el levantamiento de deuda de largo plazo, solo con el respaldo del flujo de caja generado por el mismo proyecto. A diferencia de la deuda corporativa, el Project Finance está asociado a los ingresos provenientes de los activos del proyecto, los cuales se aíslan del resto de los ingresos de la empresa propietaria del mismo. Debido a la dependencia exclusiva de flujos durante la operación, que pueden ser inciertos

²⁰³ John D. Finnerty. *Financiamiento de Proyectos* (México: Prentice Hall Hispanoamericana, 1998), 2-3.

²⁰⁴ Ana Reategui et al. "Project finance para proyectos de APP en el Perú: evaluación tributaria, contable y financiera" *Gerencia para el Desarrollo ESAN*, No. 71, pp. 37.

²⁰⁵ Basado en el manual "Lessons of Experience No 7: Project Finance in Developing Countries"

previo a la construcción, es que la sociedad concesionaria se convierte en una empresa riesgosa, cuya rentabilidad será estimada por los inversionistas luego de un análisis exhaustivo.²⁰⁶

Como bien señala John Finnerty, en un Project Finance la estructura de financiamiento está diseñada para distribuir los rendimientos y riesgos financieros de la manera más eficiente que una estructura de financiamiento convencional. En un Project Finance los sponsors proporcionan un acceso limitado a los flujos de efectivo de sus demás activos que no forman parte del proyecto. Asimismo, en general comprometen activos del proyecto, pero ningún de sus demás activos para garantizar los préstamos bancarios.²⁰⁷

La estructura de capital de la SPV (ratio deuda/capital) depende principalmente de los flujos de efectivo esperados y de los acuerdos fiscales, pero también de la reputación del sponsor del proyecto. Por lo general, la deuda constituye una proporción relativamente alta del financiamiento del proyecto de infraestructura. Los proyectos de APP que involucran un flujo de pagos por servicios garantizados por parte del gobierno son financiados preferentemente por deuda y tienden a tener índices de apalancamiento más altos que los proyectos que dependen más del usuario. Sin embargo, los prestamistas reconocen el riesgo de incumplimiento de la SPV y esperan que los sponsors asuman el riesgo poniendo parte de su capital como incentivo para realizar el proyecto.²⁰⁸

En ese orden de ideas, la técnica financiera más extendida en los mercados financieros para la participación del capital privado en infraestructura no cotizada es el Project Finance. En el Project Finance, los inversores de capital, los bancos y otros prestamistas invierten dinero exclusivamente en una valoración independiente de un único proyecto de infraestructura. Este proyecto único está incorporado en el vehículo de propósito especial (SPV).²⁰⁹ En los próximos apartados desarrollaremos las principales características, aspectos legales y procedimientos de este mecanismo de financiamiento.

A modo de resumen, presentamos las principales diferencias identificadas por Carlos Núñez entre el Corporate Finance y Project Finance:²¹⁰

²⁰⁶ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Financiamiento privado de la infraestructura de América Latina y el Caribe: Chile, Perú y Uruguay como casos de estudio* (Washington: BID, 2017): 23.

²⁰⁷ Finnerty, *Financiamiento de Proyectos*, 3.

²⁰⁸ Chris Chan et al. "Public Infrastructure Financing: An international Perspective" *Australian Government Productivity Commission*, 2009, pp. 147.

²⁰⁹ Raffaele Della Croce y Stefano Gatti, "Financing infrastructure – International trends" *OECD Journal Financial Markets Trends*, 2014, pp. 126.

²¹⁰ Carlos, "Apuntes entorno al Financiamiento de Proyectos de Infraestructura de Uso Público con Participación Privada", 277.

- En el Corporate Finance el financiamiento se da a la empresa como un todo, en Project Finance el financiamiento se da normalmente a una S.P.E. cuyo objeto social es específicamente el proyecto materia de financiamiento.
- En el Corporate Finance la fuente de repago de las inversiones realizadas es normalmente el integro de los ingresos, recursos y bienes de la empresa que recibe el financiamiento, en Project Finance la fuente de repago está constituida básicamente por la capacidad de generación de caja futura del proyecto, es decir, por sus ingresos esperados.
- Para mayor claridad, se puede decir que el Corporate Finance es un financiamiento basado sobre activos, el Project Finance es un financiamiento basado sobre flujos futuros.
- En el Corporate Finance los financistas tienen recurso contra el total del patrimonio de la empresa principal, en Project Finance los inversionistas no tienen recurso contra los sponsors, o en todo caso tienen recurso limitado.
- El Corporate Finance se conoce como un financiamiento dentro del balance de la empresa que recibe el financiamiento, en la medida que el crédito otorgado se confunde con los demás créditos y cuentas por pagar.
- El Project Finance se conoce como un financiamiento fuera del balance en la medida que el financiamiento no se refleja en el balance de los sponsors, sino únicamente en el balance de la SPE. En consecuencia el financiamiento para el proyecto no se confunde con las demás operaciones financieras que los sponsors puedan haber realizado y tengan reflejadas en su balance.

2.2.4.3 Las fuentes del financiamiento

En el financiamiento de proyectos se realiza una distinción entre el “financing” y el “funding”. El primero término corresponde a las fuentes que cubren la inversión inicial de un proyecto. Como lo explicamos en los apartados anteriores, regularmente los proyectos de infraestructura se financian mediante una combinación de capital propio y deuda de largo plazo. Mientras que el segundo término (funding) se refiere a los ingresos obtenidos por el concesionario como retribución por construir y explotar la obra pública. En el caso de Chile, para las concesiones de carreteras y aeropuertos, las fuentes son: pagos de los usuarios de la infraestructura – peajes

en el caso de carreteras y tasas aeronáuticas para aeropuertos- transferencias del Estado e ingresos comerciales, siendo esta última fuente solo de relevancia para los aeropuertos.²¹¹

En la presente sección desarrollaremos las fuentes de financiamiento que se obtienen como consecuencia de la explotación de la infraestructura, los cuales pueden ser ingresos de carácter extrapresupuestario (p.e. peajes al usuario, ingresos por publicidad, u otros ingresos de explotación comercial), o de naturaleza presupuestaria (dentro de lo que habitualmente se denomina el “mecanismo de pago”). Ambas fuentes de ingresos pueden coexistir, lo cual sucede cuando los primeros no son suficientes para hacer el proyecto factible desde un punto de vista financiero.²¹²

De la revisión de las posibles formas para obtener los recursos suficientes para la ejecución del proyecto de infraestructura, identificamos dos fuentes principales: el presupuesto del Estado o cofinanciamiento y los cargos a los usuarios, o combinación de ambos. A continuación, desarrollaremos los principales aspectos vinculados a dichas formas.

2.2.4.3.1 Pagos de los Usuarios

En los contratos de APPs, el operador privado es responsable de todas las inversiones asociadas al desarrollo del proyecto, que se ejecuta bajo la supervisión del Estado o del órgano regulador que corresponda. El operador recibe una remuneración de acuerdo con las tarifas establecidas en el contrato, con pautas claras de revisión y ajuste, que cobra directamente a los usuarios. En algunos casos, el operador percibe un monto adicional por concepto de subsidio cuando el ingreso esperado a través de las tarifas no permite rentabilizar la ejecución del proyecto.²¹³

Según Enrique Felices, la existencia de una estructura remunerativa clara establecida en los contratos de concesión fijada en relación con las tarifas a ser pagadas por los usuarios del servicio, añadida a la demanda existente y a las garantías legales y contractuales antes mencionadas, contribuye a asegurar la recuperación de la inversión por parte de los concesionarios y, además, permitió el financiamiento exitoso de muchos de estos proyectos a

²¹¹ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Financiamiento privado de la infraestructura de América Latina y el Caribe: Chile, Perú y Uruguay como casos de estudio* (Washington: BID, 2017): 23.

²¹² Andrés Rebollo, “APPs institucionales, financiación de infraestructuras y contabilidad pública” *Reflexiones*, pp. 67.

²¹³ Patricio Rozas Balbontín, José Luis Bonifaz y Gustavo Guerra-García. *El Financiamiento de la Infraestructura: Propuestas para el desarrollo sostenible de una política sectorial* (Chile: CEPAL, 2012), 133.

través de préstamos sindicados locales e internacionales, de préstamos de entidades bilaterales y multilaterales, y de colocaciones en el mercado de capitales local e internacional.²¹⁴

La financiación del costo inicial de la construcción de infraestructura y los pagos subsiguientes por los servicios prestados por la infraestructura pueden tomar varias formas. En los contratos de APPs el riesgo se transfiere en diferentes grados entre la parte pública y privada. Los pagos por el servicio de infraestructura utilizados para pagar los costos de financiamiento privado durante la vida del activo pueden provenir del gobierno a través de transferencias presupuestarias, o de usuarios de la infraestructura a través de cargos a los usuarios, como los peajes.²¹⁵

En esa línea, las tarifas impuestas a los usuarios son una forma eficiente de poner dinero en manos del socio privado, ya que vinculan la compensación directamente con el nivel de servicio proporcionado. Ejemplos de tarifas de usuario serían peajes en una carretera o vía fluvial, o cargos por recolección de residuos. Las tarifas cobradas a los usuarios deben reflejar las siguientes prerrogativas: (i) justicia y equidad, (ii) incentivos para la eficiencia, (iii) recuperación de costos/retorno de la inversión, y (iv) simplicidad y comprensión.²¹⁶

En el siglo XVIII Adam Smith propugnó una teoría que daba al peaje un contenido más económico y lo convirtió en un instrumento para financiar la conservación de las obras públicas. Es así como, el sistema de peajes funcionó en casi todos los países, fue el desarrollo de los sistemas de gestión indirecta aplicados a la construcción de la infraestructura de transporte, en particular las concesiones, lo que hizo resurgir las ventajas que ofrecían los peajes o tasas por uso de infraestructura en su nueva concepción, al permitir la realización de proyectos de gran envergadura.²¹⁷

En ese sentido, resulta interesante destacar algunos de los aspectos tratados por Adam que podrían considerarse como los fundamentos de la teoría del cobro por el uso de la infraestructura:²¹⁸

²¹⁴ Enrique, "Asociaciones Público- Privadas para el Financiamiento de Infraestructura: El Nuevo Rostro del Project Finance" *Themis*, no. 50, pp. 147.

²¹⁵ Sophia Chong y Emily Poole, "Financing infrastructure: A spectrum of country approaches" *Reserve Bank of Australia*, pp. 66.

²¹⁶ Laura Turley y Abby Semple, "Financing Sustainable Public-Private Partnerships" *International Institute for Sustainable Development*, pp. 6.

²¹⁷ José Manuel Vassallo y Rafael Izquierdo de Bartolomé, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. (Caracas: CAF, 2010), 88.

²¹⁸ Vassallo e Izquierdo, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*., 89.

- El carácter de bien divisible que asigna a los caminos, lo que justifica que aquella parte de los costos considerados no indivisibles puedan ser financiados por otra vía diferente a la impositiva (vía precios).
- La aceptación del principio por el cual el beneficiario más directo, el usuario, debe pagar por el uso de la infraestructura.
- El principio que los peajes se establezcan en función del deterioro o uso que haga cada vehículo.
- La utilización del peaje como instrumento de política social (redistribución de rentas) y económica, al permitir gravar más a los “carros de lujo” que a los vehículos de uso necesario (transporte de mercancías), que son soporte del comercio nacional.
- La financiación por medio del peaje asegura que la nueva infraestructura que se construya responda a las necesidades de la demanda, por lo cual se evitan posibles despilfarros.

Para Luis Lucioni, los peajes pueden ser considerados como el mecanismo normal de repago de los usuarios por el uso de la infraestructura vial. Los recursos obtenidos, cuando son recaudados por los gobiernos, representan ingresos genuinos para ser utilizados para desarrollar el sector de infraestructura. Sin embargo, considera que ésta no ha sido la práctica habitual en la región, ya que el sector público, en general, no cobra peajes en las carreteras que opera. Por el contrario, éste es un mecanismo utilizado para retribuir los costos en que incurre el sector privado, en los casos de las concesiones viales. Según el autor estos son los elementos para tener en cuenta:²¹⁹

- Se requiere altos niveles de tráfico: La correcta determinación del volumen de tránsito inicial y su evolución futura es crucial para la estimación de los ingresos del peaje. Sobreestimaciones en los niveles de tráfico puede llevar al fracaso de la concesión o a desembolsos por parte del Estado, no previstos o presupuestados en un monto mucho menor.
- Actitud de los usuarios: una restricción importante para la difusión de este esquema está dada por la actitud de los usuarios. En la región, la población, en general, no está acostumbrada a pagar por las carreteras cuando ellas son

²¹⁹ Luis Lucioni. *La provisión de infraestructura en América Latina: tendencias, inversiones y financiamiento* (Chile: CEPAL, 2009), 49.

públicas y no tiene una disposición favorable a hacer los pagos que se requiere en los casos de concesiones al sector privado.

- Costos administrativos de cobro: Un mal diseño de las concesiones puede incentivar aumentos artificiales en estos costos como mecanismo para compensar pérdidas de rentabilidad por otros conceptos.
- Capacidad de pago: Otro de los problemas que suelen presentarse en las concesiones viales son los niveles que se han establecido para los peajes y la localización de las estaciones de cobro. En este sentido, la autoridad concedente debe velar por que el pago sea razonable y no produzca fuertes reacciones en su contra.

Por su parte, Engel et al. analizan importantes aspectos prácticos sobre la asignación de riesgos del sistema de los peajes en los proyectos de infraestructura viales en Chile. Los autores concluyen que Chile no es el primer país en que se concesionan carreteras, Francia y España tienen una experiencia de más de 30 años en el tema. Sin embargo, la experiencia no ha sido del todo feliz. En España y México, peajes excesivos han causado congestión en caminos alternativos y subutilización de las carreteras concesionadas. Más aún, en ambos países, varios concesionarios han quebrado o han renegociado sus contratos en términos más favorables que los acordados originalmente. Por ello, la experiencia internacional sugiere que es necesario diseñar con cuidado el contrato de concesión para que la participación de los privados en la gestión de carreteras sea exitosa.²²⁰

Asimismo, es importante mencionar que este tipo de cargo a los usuarios se da en los proyectos convencionales de carretera con peaje, donde los ingresos del concesionario estarán determinados por la cantidad y tipo de vehículos que transiten, así como el modelo tarifario establecido. En lo que respecta a la determinación de la tarifa existen diversas metodologías como el precio máximo (*price cap* por su nombre en inglés), ingreso máximo (*revenue cap*) y la basada en la tasa interna de retorno (TIR) para la empresa concesionaria (*rate of return*). Cada una de estas formas de estimar la tarifa inicial de un proyecto generan incentivos o desincentivos distintos sobre las decisiones que tomará la empresa.²²¹

Como podemos observar, bajo el esquema de APPs se espera que los proyectos generen ingresos suficientes para cubrir la inversión en la infraestructura, los costos de operación y

²²⁰ Eduardo Engel, Ronald Fischer y Alexander Galetovic, "Licitación de carreteras en Chile" *Estudios Públicos*, No. 61, pp. 30.

²²¹ Federico Villalobos, "Los conceptos de Fondeo y Financiamiento en el desarrollo de proyectos por medio de participación público-privada (PPP)" *Revista Infraestructura Vial*, No. 34, pp. 13.

mantenimiento, y el repago del financiamiento requerido, sin contar el margen de ganancia razonable al inversionista privado; lo cual en muchos casos, los ingresos derivados del cobro de las tarifas a los usuarios suele ser la única o principal fuente que mantendrá la viabilidad del proyecto.

2.2.4.3.2 Cofinanciamiento del Estado

Ahora bien, si la mayoría de los países de Europa y América Latina han planteado sus concesiones con idea de que sean financiadas en su totalidad o en su mayor parte por el usuario, en los últimos años se está dando una creciente tendencia hacia la subvención total o parcial al usuario, a fin de hacer viables financieramente proyectos con poco tráfico pero que sean socialmente necesarios.²²²

Como bien señala Pedro García, la existencia de financiación privada no impide que el Estado, cuando haga falta viabilizar la operación, la complete con una sustancial financiación pública. Esa cofinanciación resultará imprescindible si la Administración Pública decide realizar un proyecto que carezca de rentabilidad suficiente para atraer a los inversionistas; la mejora de las condiciones consistirá en ofrecer subvenciones, anticipos reintegrables, garantías, préstamos subordinados, cláusulas de *step in-rights*. Sin embargo, con estas ventajas para el contratista, la transferencia de riesgos puede ser aparente y, en consecuencia, el endeudamiento y el déficit pueden acabar computando en el balance público como si fuese un contrato de obras públicas.²²³

Podemos observar que el supuesto de la concesión cofinanciada es más complejo. Su principal característica es la baja rentabilidad económica que reportan para un privado, pero la alta rentabilidad social que representan para la población. En ese sentido, al no ser autofinanciables difícilmente un particular se vería atraído a esta clase de proyectos. Así, es el Estado quien debe ofrecer estímulos para la participación del inversionista, distribuyendo riesgos que no serían asumidos por éste sin una participación económica del Estado que reduzca la incertidumbre generada. Los pagos dados por el Estado pueden representar una cantidad fija o sujeta a variaciones adecuadas a parámetros.²²⁴

²²²Vassallo e Izquierdo, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, 323.

²²³ Pedro García Capdepón, "Los contratos de colaboración público-privada" *Revista Española de la Función Consultiva*, pp. 93.

²²⁴ Ramon Huapaya y Giuliana Vergaray, "Algunos apuntes en relación con la participación público-privada y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos" *Círculo de Derecho Administrativo*, pp. 116.

Ahora bien, Eugenio D' Medina señala que los aportes del Estado pueden constituirse, básicamente, en aportes contingentes y no contingentes.²²⁵

- a) Aportes no contingentes: Son compromisos de desembolsos para mejorar la tasa de rentabilidad sobre activos del proyecto. La idea del término "aporte" es resaltar el carácter asociativo de los proyectos de concesión entre el Estado y el concesionario. En otras palabras, el término alude a que es la responsabilidad de ambos sacar adelante el proyecto.
- b) Aportes contingentes: Están constituidos por el compromiso de desembolsos estatales contra desempeños adversos del proyecto provocados por factores exógenos. Estos factores pueden ser desde catástrofes que afecten las propias infraestructuras, hasta variaciones no previstas del tráfico. Los aportes contingentes actúan como garantías expresadas en montos desembolsables que ofrece el Estado a fin de reducir la variabilidad de ciertos flujos de caja, como por ejemplo el flujo de ingresos o el de la demanda.

Asimismo, según una guía elaborada por el BID, suele existir una participación activa de la entidad pública titular del proyecto a través de la asunción de compromisos de pago, así como aseguramientos en forma de garantías (financieras y no financieras). Estas garantías nacen de la relación contractual entre el sector público y privado, y por lo tanto son distintas a las garantías entre la SPE y sus financiadores.²²⁶

Según Carlos Núñez, el cofinanciamiento estatal es una práctica usual en ciertas concesiones de infraestructura vial en el Perú, puede de forma indirecta (si es que se realiza después de ejecutadas las obras) o directa (si es que se realiza previa o simultáneamente a la ejecución de las obras) influir en el costo del financiamiento del proyecto. Por tanto, la existencia de cofinanciamiento estatal, su monto y su oportunidad son factores importantes a tomar en cuenta al momento de estimar el costo del financiamiento de un proyecto de infraestructura de uso público.²²⁷

²²⁵ *Ibíd*, 101.

²²⁶ Banco Interamericano de Desarrollo, *Asociaciones Público Privadas en Perú: Experiencias, Normativa y Pautas para impulsar su desarrollo* (BID, 2019), 32.

²²⁷ Carlos Núñez, "Apuntes entorno al financiamiento de proyectos de infraestructura de uso público con participación privada", 276.

En esa línea, nuestro marco normativo establece las modalidades de cofinanciamiento que se aplican a los proyectos de APPs. Así, conforme al artículo 22 de la Ley de APPs, estamos ante una APP cofinanciada cuando el Estado otorga: (i) cofinanciamiento al proyecto, o (ii) garantías financieras y no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos. En tal sentido, podemos distinguir dos tipos de aportes por parte del Estado: compromisos firmes y contingentes. En los siguientes apartados desarrollaremos los aspectos de cada uno.

Vale precisar que, el compromiso del Estado suele también requerir la garantía de pago por parte de un tercero, usualmente de entidades multilaterales. Y es que, como dice un viejo aforismo financiero, el valor de la garantía que otorga un gobierno es igual al riesgo crediticio del país. En ese sentido, la credibilidad financiera de la entidad participante del sector público es fundamental, teniendo una incidencia directa en la calificación crediticia del proyecto (en la que el rating del país es el elemento más sensible) y en las posibilidades de obtener financiamiento en los mercados de capitales a tasas competitivas.²²⁸

Por otro lado, existe una clara distinción entre los factores de competencia utilizados en las licitaciones públicas de los proyectos autofinanciados y cofinanciados. En las concesiones que requirieren un cofinanciamiento del Estado, prima el menor pago por parte del Estado, expresado en sus inicios como un pago mensual, como fue el caso de la concesión para el aprovechamiento de las aguas del río Chillón. Últimamente se ha expresado como un pago anual por la operación y mantenimiento de la infraestructura más un pago anual por el servicio de construcción de la obra, siendo la suma de ambos el componente económico del factor de competencia como fue el caso de la concesión de las redes viales IIRSA Norte e IIRSA Sur.²²⁹

Como señalan Vassallo y Pérez de Villar, uno de los mecanismos de financiamiento público comúnmente empleado en los proyectos de APP en los últimos años es el denominado “peaje sombra” o *shadow toll*. Dicho mecanismo consiste en la gestión indirecta de una infraestructura –en el caso de España materializada generalmente sobre la base de un contrato de concesión de obra pública– por la que se transfiere a un consorcio privado el proyecto, construcción, conservación y explotación de una infraestructura durante un plazo fijado contractualmente, de

²²⁸ Enrique Felices, “Asociaciones Público-Privadas para el financiamiento de infraestructura: El nuevo rostro del Project Finance” *Themis*, pp. 145.

²²⁹ René Cornejo, “Inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público” *Themis*, No. 52, pp. 233.

modo que la remuneración del concesionario no provenga de los usuarios sino de la Administración Pública que subvenciona a los usuarios.²³⁰

Los contratos de peaje de sombra son la modalidad de financiamiento de infraestructuras a través del cual el sector privado realiza el proyecto y recupera el costo mediante la provisión de los servicios al sector público, en los términos previamente acordados en el contrato. Ejemplos serían la construcción y gestión de prisiones, hospitales, líneas de ferrocarriles y autopistas, entre otros.²³¹

En tal sentido, podríamos hacer una distinción entre carreteras de peaje "reales" y "sombras": en el primer caso, los ingresos se recaudan directamente del tráfico y se relacionan con el volumen y la capacidad de pago del tráfico que lo utiliza. En el caso de peaje de sombra, el Estado le pagará a la empresa concesionaria en función de la disponibilidad de la carretera, independientemente del volumen de tráfico. La elección de una de las dos estructuras de peaje depende de la naturaleza de la carretera: los peajes "reales" tienden a ser favorecidos por caminos completamente nuevos, mientras que los peajes en la sombra parecen ser la solución cuando el proyecto se refiere a la mejora de un camino existente.²³²

En resumen, el financiamiento público en el peaje de sombra es un término medio entre disponibilidad y demanda. En este esquema, sujeto a riesgo de demanda, los ingresos dependerán del número de usuarios que utilicen la infraestructura pero es la Administración concedente la que paga una tarifa por cada usuario. Se trata de una fórmula relativamente habitual en autopistas que se suele mover dentro de unos niveles máximo y mínimo predefinidos por un sistema de "bandas" que limitan tanto el riesgo como la rentabilidad.²³³

2.2.4.3.2.1 Compromisos firmes

En este punto consideramos conveniente señalar que, el cofinanciamiento, a diferencia del otorgamiento de garantías, involucra la asunción de compromisos firmes por parte del Estado frente al concesionario. De acuerdo al artículo 24.1 de la Ley de APPs, los compromisos firmes son definidos como: "*obligaciones de pago de importes específicos o cuantificables a favor de*

²³⁰ José Manuel Vassallo y Pablo Pérez de Villar, "Diez años de peaje de sombra en España" *Revista de Obras Públicas*, No. 3.506, pp. 19.

²³¹ Vicente Pina y Lourdes Torres, "La financiación privada de infraestructuras públicas: El peaje en la sombra" *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, No. 123, pp. 938.

²³² Olivier, "Private Financing of Transport Infrastructure", pp. 367.

²³³ Jaime Díaz Pérez, "Retos de la Colaboración Público-Privada para el desarrollo de infraestructura públicas (PPP)" *Boletín Económico de ICE*, No. 3012, pp. 21.

su contraparte, correspondiente a una contraprestación por la realización de los actos previstos en el contrato de Asociación Público Privada.”

Los proyectos cofinanciados usualmente requieren de compromisos firmes del Estado. El proyecto cofinanciado típico requiere de aportes dinerarios del Estado para poder cubrir la inversión en el desarrollo de la infraestructura y, por lo general, también para cubrir los costos de la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. Hoy en día la mayor parte de la infraestructura pública que falta construir no es rentable económicamente y, por consiguiente, no despertará el interés del sector privado si es que no cuenta con dichos aportes.²³⁴

Por su parte, el MEF afirma que usualmente los contratos de APPs incluyen compromisos firmes bajo la denominación de retribución por inversión (RPI), pago por obra (PPO) y retribución por mantenimiento y operación (RPMO), dado que son obligaciones de pago por parte de la entidad pública titular del proyecto.²³⁵

Un ejemplo claro de los compromisos firmes asumidos por el Estado son el Certificados de Reconocimiento de Pagos Anuales por Obra (CRPAO) o el Pagos Anuales por Mantenimiento y Operación (PAMO), ambos utilizados en el diseño de proyectos de carreteras como las IIRSA por ejemplo, o en el diseño del proyecto de Aeropuertos del Perú. En ambos casos, el CRPAO se encuentra representado en un certificado anexo al contrato de concesión y será entregado al concesionario una vez que acredite (previa evaluación satisfactoria del regulador) el cumplimiento de las características y compromisos establecidos para la construcción u operación de la obra, durante el periodo de evaluación correspondiente.²³⁶

Sergio Bravo afirma que, debido a las grandes inversiones que necesitaban para el desarrollo de proyectos de carreteras, en el Perú se han desarrollado instrumentos innovadores para reducir la presión financiera de los aportes de capital por parte de las empresas, a lo que se denominó Certificados de Avance de Obras (CAO). Los CAOs permitieron certificar avances de obra, mediante el cual se le otorgaba al concedente el derecho a un flujo proporcional de repago de la inversión en el horizonte definido en el contrato APP.²³⁷

²³⁴ Juan Carlos de los Heros, “Asociaciones Público Privadas: una mirada de cara al futuro” *Círculo de Derecho Administrativo*, pp. 391.

²³⁵ Banco Interamericano de Desarrollo, *Asociaciones Público Privadas en Perú: Experiencias, Normativa y Pautas para impulsar su desarrollo*, 32.

²³⁶ Laura Zúñiga, “El diseño legal de las concesiones cofinanciadas en el Perú” *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 16, pp. 113.

²³⁷ Sergio, “Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú”, 201.

En ese sentido, los Certificados de Reconocimiento de Avances de Obra (CRPAO) se desarrollaron para impulsar el financiamiento de infraestructura a través de esquemas concesionados, inicialmente a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Estos activos representan una obligación incondicional e irrevocable de pago de la República del Perú a favor del concesionario, con cargo al presupuesto anual del Ministerio, los cuales se definen en el contrato de concesión.²³⁸

Un aspecto importante señalado por la CAF es que los CRPAO tienen como deficiencia que generan deuda pública y no penalizan el retorno al capital del sector privado en caso de que éste no cumpla con sus obligaciones contractuales. Por tanto, eventualmente los CRPAO deberán evolucionar hacia mecanismos de fuente de pago alterna, donde sea el sector privado el que adquiera el financiamiento y donde, contractualmente, se incentive de manera más eficiente el otorgamiento de servicios de infraestructura.²³⁹

Coincidimos con Julio V. Gonzáles cuando señala que resulta imprescindible efectuar un análisis de la estructuración financiera y flujos que pueden generar la explotación de la infraestructura para así garantizar la rentabilidad del proyecto, considerando que existen importantes ayudas públicas que cuestionan la mecánica general del proceso, y pueda acabar trasladando el riesgo de financiamiento al sector público.²⁴⁰

Por otro lado, con la promulgación de la Ley de APPs se establece como mecanismo general de pagos al sistema de Pagos por Disponibilidad, considerando que durante la Fase de Estructuración, el OPIP correspondiente debe procurar que los mecanismos de pagos estén vinculados a la prestación del servicio y/o disponibilidad de la infraestructura.

Bajo el mecanismo de Pagos por Disponibilidad, la retribución a favor del concesionario está condicionada a que el proyecto inicie la etapa de operación, es decir, en su 100% al cumplimiento de determinados niveles de servicios mínimos durante la etapa de operación del proyecto, siendo penalizado en el porcentaje total recibido en caso de no alcanzar los mismos, mediante la aplicación de deducciones progresivas conforme a ciertos parámetros o indicadores establecidos en el contrato.²⁴¹

²³⁸ Fernando Aportela y Roberto Durán. *La infraestructura en el Desarrollo Integral de América Latina: Diagnóstico estratégico y propuestas para una agenda prioritaria* (Paraguay: CAF, 2011), 65.

²³⁹ Aportela y Durán. *La infraestructura en el Desarrollo Integral de América Latina: Diagnóstico estratégico y propuestas para una agenda prioritaria*, 65.

²⁴⁰ Julio V. Gonzáles, "Contrato de Colaboración Público-Privada" *Revista de Administración Pública*, No. 170, pp. 37.

²⁴¹ Corporación Andina de Fomento. *Financiamiento privado de infraestructura*, 29. http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/fid_financiamiento_privado_de_infraestructuras.pdf

Sobre el particular, Sergio Bravo señala que si el Estado busca cambiar un sistema de Pago con Fecha Firme (CRPAO) a un sistema de Pago por Disponibilidad debe tener en cuenta las implicancias en las condiciones y los costos del financiamiento. Esto significaría, por ejemplo, que se debería asumir un incremento de costos por migrar de un costo de deuda que correspondería a un financiamiento en el mercado de valores (bonos, notas, etc.) a uno de mercado de créditos bancarios, teniendo las siguientes implicancias: mayores costos de deuda, menores niveles de apalancamiento y menores plazos de repago de la deuda.²⁴²

2.2.4.3.2.2 Compromisos Contingentes

Otra modalidad de cofinanciamiento es la entrega de compromisos contingentes. Al respecto, el artículo 24.1 de la Ley de APPs señala lo siguiente:

2. Compromisos contingentes: son las potenciales obligaciones de pago a favor de su contraparte, estipuladas en el contrato de Asociación Público Privada, que se derivan de la ocurrencia de uno o más eventos correspondientes a riesgos propios del proyecto de Asociación Público Privada.

A estos efectos, debemos tener en cuenta que el marco normativo aplicable recoge dos tipos de garantías que podría otorgar el Estado: (i) garantías financieras y (ii) garantías no financieras.

De acuerdo al numeral 1 del artículo 23.1 de la Ley de APPs, las garantías financieras son aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, otorgados y contratados por el Estado, con el fin de respaldar:

- (i) las obligaciones de la contraparte de la entidad pública titular del proyecto, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos o;
- (ii) las obligaciones de pago del Estado, en el marco de la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.

Mientras que el numeral 2 del artículo 23.1 de la Ley de APPs, señala que las garantías no financieras son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato de APPs que potencialmente pueden generar obligaciones de pago a cargo del Estado, por la ocurrencia de uno o más eventos de riesgos propios del proyecto.

²⁴² Sergio Bravo, "Pagos por Disponibilidad", *Gestión*, 26 de marzo de 2019 <https://gestion.pe/blog/inversioneinfraestructura/2019/03/pagos-por-disponibilidad.html/>

En esa línea, el otorgamiento de garantías financieras puede resultar más deseable que el otorgamiento de préstamos públicos, pues (i) no suponen un desembolso efectivo de recursos del Estado (salvo que exista un incumplimiento del concesionario del proyecto en sus obligaciones de pago de deuda con los financistas); y, (ii) abarata los costos de financiamiento al concesionario, toda vez que una garantía soberana es mucho más atractiva para los financistas, por lo que el concesionario puede conseguir menores tasas de interés y así elaborar una propuesta técnica y económica más competitiva.²⁴³

Sin embargo, se ha sostenido que cuanto mayor sea el compromiso de los gobiernos para compartir los riesgos a los que están sujetos estos proyectos, mayor será el riesgo fiscal. Esto sucede cuando los riesgos asumidos por el sector privado en una asociación público-privada se reducen o eliminan mediante garantías explícitas de los gobiernos. Por ejemplo, los préstamos garantizados por los gobiernos reducen el riesgo financiero de los inversionistas, mientras que las garantías de compra del servicio reducen los riesgos de demanda.²⁴⁴

Tal es el caso de Colombia, en donde el Gobierno decidió poner todo lo que estuviera de su parte para garantizar la viabilidad de los proyectos mediante importantes garantías que mitiguen el riesgo de demanda y que faciliten el financiamiento de los proyectos. En la primera generación de concesiones se otorgó la posibilidad de que los concesionarios solicitaran un porcentaje de los ingresos en dólares americanos para lograr financiamiento internacional. Si bien es cierto que la estrategia del Gobierno colombiano de facilitar la capacidad de financiación de los proyectos parece acertada, también es cierto que el gobierno —y detrás de él toda la sociedad colombiana— está asumiendo un riesgo que puede acabar volviéndose contra el presupuesto público del país.²⁴⁵

Por otro lado, según el propio Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95), la existencia de avales y/o garantías públicas no es en sí mismo un factor determinante para la consolidación de la operación, en la medida en que no representen obligaciones contingentes, y que no se espere su ejecución sistemática, como por ejemplo la garantía de ingresos mínimos, la cual garantiza un nivel de ingresos por debajo del que el mercado puede esperar. Pero entendemos que la emisión de un aval, en la medida en que este pueda ser incondicional, ejecutable a primera

²⁴³ Diana Tassara Lafosse, Diana Garate Moreno y Cecilia Cánepa Olaechea, “Garantías que otorga el Estado en las concesiones de infraestructura” *Ius Et Veritas*, No. 39, pp. 152.

²⁴⁴ Patricio Rozas Balbontín, José Luis Bonifaz y Gustavo Guerra-García. *El Financiamiento de la Infraestructura: Propuestas para el desarrollo sostenible de una política sectorial* (Chile: CEPAL, 2012), 135.

²⁴⁵ José Manuel Vassallo. *Asociación Público-Privada en América Latina: Afrontando el reto de conectar y mejorar las ciudades* (Colombia: CAF, 2018), 84.

demanda, supone que la Administración desde ese momento se convierte en un deudor solidario.²⁴⁶

Por lo expuesto anteriormente, se desprende que existe una clasificación de las garantías utilizadas para la financiación de proyectos de infraestructura a nivel internacional, por un lado las garantías que representan obligaciones que derivan de los riesgos del proyecto, de las cuales no se espera su ejecución automática, y por otro lado, las garantías que representan una obligación incondicional y de ejecución automática por parte del Estado.

De ese modo, Diana Tassara et al. identifican algunas de las modalidades jurídicas que pueden adoptar las garantías financieras y no financieras:

	Garantías Financieras	Garantías No Financieras²⁴⁷
1	Préstamos y bonos emitidos por el propio concedente para financiar proyectos de APP (bonos soberanos, por ejemplo)	Ingreso Mínimo Garantizado (IMAG)
2	Estructuración de un fideicomiso estatal, en el cual el Estado actúa como fideicomitente, los acreedores permitidos adquieren la condición de fideicomisarios y el concesionario es el beneficiario.	Demanda Mínima Anual Garantizada (DMAG)
3	El Estado puede solicitar un préstamo de un organismo para el pago de sus obligaciones, como por ejemplo, el pago del PAO (Pago Anual por Obra) o el PAMO (Pago Anual por Mantenimiento y Operación) en el marco de una concesión de infraestructura vial. ²⁴⁸	Convenios de Estabilidad Jurídica

2.2.4.4 Los principales riesgos en un proyecto de Asociaciones Público Privadas (APPs)

²⁴⁶ Andrés Rebollo, "APPs institucionales, financiación de infraestructuras y contabilidad pública", 83.

²⁴⁷ Según Diana Gárate, el IMAG y DMAG son garantías que otorga el Estado a favor del concesionario por las cuales se compromete a garantizar a este último un nivel mínimo de ingresos. Así, el IMAG garantizará en forma directa un importe mínimo que deberá percibir el Concesionario; mientras el DMAG garantizará una demanda mínima del servicio a una tarifa determinada, garantizando así, en última instancia, un nivel mínimo de ingresos.

²⁴⁸ Un ejemplo es la contratación por parte del Gobierno Nacional de una garantía parcial de crédito con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) hasta el monto de US\$ 60 millones para asegurar el PAO en el proyecto IIRSA Norte, respaldando al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

La doctrina es unánime en señalar que la clave en este tipo de proyectos está en la efectiva asignación y mitigación de los riesgos, en donde estos son identificados y asignados a la parte que está en mejor capacidad para asumirlos, con el objetivo de conseguir eficiencia en las etapas de construcción, operación y mantenimiento del proyecto.

Como señala Juan Carlos de los Heros, un riesgo es definido como la probabilidad de ocurrencia de un evento que pueda afectar al proyecto. Todo proyecto está sujeto a riesgos, los cuales no pueden preverse con certidumbre y, asimismo, tampoco es posible mitigarlos o eliminarlos en su totalidad. Como consecuencia de ello, los riesgos deben ser correctamente administrados.²⁴⁹

En esa línea, el MEF aprobó a través de la Resolución N° 167-2016-EF-15, los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas, como un instrumento metodológico a fin de que el Organismo Promotor de la Inversión Privada respectivo, estructure y diseñe los futuros Contratos de APP, considerando el principio de Valor por Dinero. En dicho documento se establece un listado de los riesgos más relevantes del proyecto divididos en dos etapas: i) etapa de diseño y construcción, y ii) etapa de operación y mantenimiento.

En ese sentido, resulta de suma importancia identificar, en las fases de formulación y estructuración del proyecto de APP, los riesgos que podrían surgir durante la ejecución del contrato. En ese orden, a continuación presentamos los principales aspectos de cuatro riesgos estudiados ampliamente por la doctrina nacional e internacional, los cuales consideramos tienen estrecha vinculación con el tema de investigación.

2.2.4.4.1 Riesgo Financiero

Los riesgos económico-financieros derivan, principalmente, de los parámetros financieros establecidos en el contrato, de los incumplimientos de los compromisos y el refinanciamiento. Los riesgos de los parámetros financieros están constituidos por los riesgos de inflación, los riesgos de variaciones en las tasas de interés y el riesgo cambiario, que pueden originarse cuando los ingresos y los gastos se registran en monedas diferentes. Los riesgos de

²⁴⁹ Juan Carlos de los Heros y Luis Ernesto Marí, “Una revisión del Project Finance” *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 16, (2016): 158.

refinanciamiento surgen cuando, al final del período constructivo, la parte privada no puede acceder a un financiamiento de largo plazo para sustituir la deuda de corto plazo.²⁵⁰

Los riesgos financieros proceden del entorno macroeconómico, pueden ser asegurados en el mercado pero además pueden ser directamente mitigados por la propia estructura del modelo de desarrollo y gestión de la infraestructura. Los inversionistas y financistas pueden verse afectados por variables macroeconómicas como el tipo de cambio, la inflación o los tipos de interés, va a depender del modelo escogido y, en particular, de los mecanismos de financiamiento.²⁵¹

Como señala Finnerty, si una parte importante del financiamiento para un proyecto se compone de pasivos a un tipo de interés flotante, existe el riesgo de que los intereses al alza podrían comprometer la capacidad del proyecto para amortizar su deuda. Para ello, señala que durante la década de los ochenta se diseñaron varios instrumentos financieros nuevos que permitieron eliminar la exposición al riesgo del tipo de interés, en donde implicaba negociar la deuda a un tipo de interés fijo para el proyecto. Entre ellos tenemos el contrato de tipo de interés y los swaps.²⁵²

Asimismo, el riesgo financiero surge de distintas situaciones en que se toman pasivos en moneda extranjera para financiar proyectos que generan ingresos en moneda local. Cuando esta última pierde valor frente a la moneda externa, si tal devaluación es relevante, puede menoscabarse significativamente la capacidad del deudor para pagar oportunamente. Estos problemas cambiarios pueden controlarse tomando pólizas de seguros.²⁵³

Con el propósito de mitigar los riesgos financieros la práctica internacional ha adoptado formas contractuales que tiene como función principal crear medidas que disminuyan o eliminen estos tipos de riesgos. Allí encontramos los contratos futuros, entendidos como acuerdos negociados generalmente en bolsa o mercado organizado, que obliga a las partes a comprar o vender un número de valores (activo subyacente) en una fecha futura y determinada y con un precio establecido previamente. La celebración de este tipo de acuerdos genera seguridad para las

²⁵⁰ Patricio Rozas, José Luis Bonifaz y Gustavo Guerra-García. *El financiamiento de la infraestructura: Propuestas para el desarrollo sostenible de una política sectorial* (Chile, CEPAL: 2012), 95.

²⁵¹ José Antonio Trujillo Valle, "Financiación de infraestructuras: Los riesgos y su mitigación" *Banco Interamericano de Desarrollo*, 2004, pp. 2-3.

²⁵² John D. Finnerty. *Financiamiento de proyectos: Técnicas modernas de ingeniería económica* (México, Prentice Hall: 1998), 44-45.

²⁵³ Pedro García Morales, "Marco legal de las concesiones de infraestructura de uso público" *Revista Chilena de Derecho*, No. 125, pp. 125.

partes que obtendrán en el momento adecuado las condiciones necesarias para continuar con los proyectos.²⁵⁴

Por otro lado, el riesgo financiero también está vinculado a la etapa de obtención del financiamiento para la ejecución del proyecto. Es importante mencionar que en los proyectos de APPs, el riesgo de financiamiento es enteramente asumido por el concesionario, siendo además su obligación obtener los recursos financieros —tanto de deuda como de equity— necesarios para hacer frente a las obligaciones estipuladas en cada contrato. El contrato no limita el endeudamiento del concesionario, pero si establece un mínimo de equity que debe acreditar el mismo.²⁵⁵

Como señala Laura Zúñiga, el análisis de este tipo riesgo está orientado a determinar si el proyecto financiado será capaz de generar los fondos necesarios para cubrir sus costos incluyendo el pago del financiamiento, para lo cual se determinará si el valor presente del proyecto es positivo. En este marco se analizará si las posibles variaciones del producto o servicio y su demanda en el tiempo podrían afectar la capacidad de generación de flujos de caja.²⁵⁶

Asimismo, en los Lineamientos de Asignación de Riesgos aprobados por el MEF, se establece que el riesgo de financiamiento consiste en la imposibilidad de negociación y firma de un contrato de financiamiento del proyecto en el plazo previsto en el contrato de concesión. En tal sentido, señala que el riesgo debe ser asignado al concesionario en la medida que, es el responsable de obtener el financiamiento para ejecutar las inversiones del proyecto. Generalmente, la no obtención del financiamiento en el plazo establecido para tal fin (y su prórroga en caso de existir) dará lugar a la resolución contractual por incumplimiento del concesionario.

De esa manera, un hito crucial en la ejecución de un proyecto de APPs es el Cierre Financiero, en donde se comprueba si efectivamente el proyecto es bancable. Como señala un estudio elaborado por EY, durante el Cierre Financiero el concesionario asegura la obtención de los fondos necesarios para cubrir los componentes económicos identificados en el proyecto, entre estos: las inversiones de la obra, costos del personal del vehículo de propósito especial, cuentas de reserva, intereses, garantías y comisiones del financiamiento, entre otros. Asimismo, el

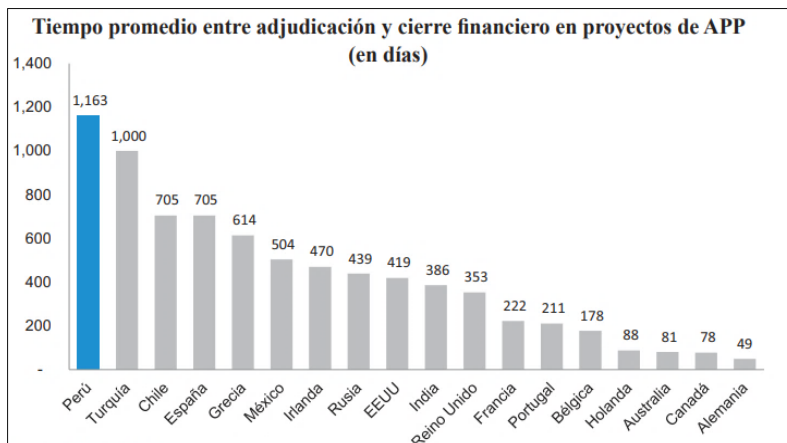
²⁵⁴ Maximiliano Rodríguez Fernández, “La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción” *Revista E-Mercatoria*, No. 1, pp. 10.

²⁵⁵ José Manuel Vassallo. *Asociación Público-Privada en América Latina: Afrontando el reto de conectar y mejorar las ciudades* (Colombia, CAF: 2018), 63.

²⁵⁶ Laura Zúñiga, “Project Finance de proyectos de infraestructura” *Themis*, no. 62 (2012): 267.

estudio resaltó el tiempo promedio que se demora el concesionario en obtener dichos recursos entre la adjudicación y el cierre financiero de proyectos APP por país.²⁵⁷ (véase en el Gráfico N° 9)

Gráfico N° 9: Tiempo promedio entre adjudicación y cierre financiero en proyectos de APPs



Fuente: IJ Global Database

Como se puede apreciar, el Perú es el país en que más tiempo entre la adjudicación de una APP y su cierre financiero. Las demoras del Estado en expropiaciones, liberación de interferencias y otorgamiento de permisos contribuyen a esta situación, y generan sobrecostos en la transacción. En este contexto, para avanzar con la bancabilidad del proyecto, se suele compensar el riesgo de las demoras originadas por el Estado, con garantías del Gobierno y/o la extensión del plazo de concesión.²⁵⁸

Por otra parte, en Uruguay ha necesitado pasar por un proceso de aprendizaje, que se ha traducido en un largo período para la primera adjudicación de las rutas 21 y 24, aún en búsqueda de cierre financiero al momento de desarrollar este análisis. Se espera que, a partir de la misma, y de cambios regulatorios realizados, se pueda generar una mayor celeridad en el desarrollo de estas iniciativas. No obstante, sigue siendo un proceso incipiente, con actores con poca experiencia a nivel general en esta clase de proyectos, tanto en el sector público como el sector privado.²⁵⁹

En ese contexto, alcanzar el anhelado Cierre Financiero del financiamiento constituye pues, en algunos casos, una tarea espinosa, lo cual resulta penoso ya que es un hito relevante para la concesión desde muchos puntos de vista. Por un lado, se aseguran los recursos necesarios para que el concesionario pueda desarrollar el proyecto. Por otro, se logra la participación de

²⁵⁷ EY. *Agilizando la ruta del crecimiento: II Parte del Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025* (Lima: AFIN, 2016), 59.

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Financiamiento privado de la infraestructura de América Latina y el Caribe: Chile, Perú y Uruguay como casos de estudio* (Washington: BID, 2017): 60.

inversionistas institucionales locales y extranjeros en el desarrollo de la infraestructura y de servicios públicos en el Perú.²⁶⁰

Adicional a ello, dependiendo la estructuración de cada proyecto y las circunstancias en cada país, el Estado tiene la opción de requerir o no que la acreditación de los recursos financieros se realice y negocie al momento de presentar las ofertas económicas durante el proceso de selección. Sin duda las buenas prácticas internacionales indican que los financistas deben participar, opinar en la etapa de licitación, y que algunos países incluso los postores hacen el cierre financiero a la firma del contrato.²⁶¹

No hay un planteamiento universalmente válido sobre esta materia, ya que depende del mercado financiero de cada país, así como de la ruta de licitación que se haya definido. En términos generales, hablando de manera general, nos encontramos con dos situaciones:²⁶²

- Mercados donde el diálogo competitivo y otros procesos interactivos o negociados son estándar, y en estos es usual (pero no regla única) que el paquete de financiamiento se cierre anticipadamente,
- Mercados más acostumbrados a método de licitación de una sola etapa (licitación abierta sin lista corta), o donde este es el modelo de licitación único. En este caso, los cierres de financiamiento pueden ser pospuestos a después del cierre comercial o firma del contrato.

2.2.4.4.2 Riesgo de Construcción

Otro periodo importante dentro de la ejecución del proyecto de APPs es la etapa de construcción. La etapa de construcción es la etapa crítica para todo el éxito de la concesión. Tanto el Gobierno como el concesionario deben cumplir importantes obligaciones para terminar la obra a tiempo. Es necesario mencionar que del diseño de la ingeniería del proyecto de infraestructura depende gran parte del éxito de la etapa de construcción y su entrega a tiempo. Este aspecto exige un equilibrio entre las necesidades públicas y eficiencia de costos, debido a la particular naturaleza de la infraestructura de uso público.²⁶³

²⁶⁰ José Francisco Meier y Diego Harman, "Comentarios a los modelos de contratos de concesión para la construcción y mantenimiento de infraestructura de servicios públicos en el Perú y que afectan la obtención del financiamiento" *Revista Advocatus*, no. 22 (2010): 251.

²⁶¹ Banco Mundial. *Guía de la Certificación en Asociaciones Público Privadas de APMG*, (Washington, 2016), 131.

²⁶² *Ibíd*, 132.

²⁶³ Pedro García Morales, "Marco legal de las concesiones de infraestructura de uso público" *Revista Chilena de Derecho*, No. 25, pp. 119.

Eurostat²⁶⁴ ha definido el riesgo de construcción como aquel que «cubre aspectos que afectan al estado inicial de la ejecución de obras. En la práctica cubre acontecimientos tales como retrasos en la entrega, incumplimiento de criterios especificados, costes significativos, deficiencias técnicas y factores externos negativos —incluidos los riesgos ambientales—, que conllevan pagos indemnizatorios a terceros. Lo cual se aplica tanto a los supuestos de sobrecostes que recaen directamente en la Administración como a aquellos en los que hay pagos por parte de la entidad pública que acaban suponiendo que asume las consecuencias de un mal diseño o de planificación de la infraestructura.»²⁶⁵

De ese modo, el contrato de construcción es parte integral en la estructuración de todo proyecto de infraestructura. La gran mayoría de proyectos requieren la construcción de obras civiles que involucran un alto grado de tecnología y de dificultad. De acuerdo a lo anterior, cuando mencionamos los riesgos con la terminación de la obra, hacemos referencia a los riesgos relacionados con la no realización, terminación o retraso en la finalización. Dentro de ese grupo podemos mencionar²⁶⁶:

- a) La incapacidad del proyecto para cumplir con las especificaciones técnicas y de capacidad requeridas
- b) Escasez de materia prima necesaria para la ejecución de las obras
- c) Escasez del personal calificado para adelantar el proyecto
- d) Riesgos físicos (tiempos adversos, eventos de fuerza mayor)

Ahora bien, los factores de riesgo en la construcción antes mencionados pueden traer como consecuencia un incremento en las necesidades de financiamiento de las inversiones, lo que obliga a la SPE a buscar más aportes de capital de sus promotores o más financiamiento de los financistas. Estas nuevas fuentes de financiamiento, que podrían ser obtenidas en condiciones más onerosas, incrementan el servicio de deuda a los financistas y disminuyen la rentabilidad de los promotores, toda vez que los flujos de caja esperados no aumentan por el solo hecho de haber aumentado el costo de construcción. En casos extremos, esto podría traer como consecuencia que los promotores abandonen el proyecto en vista que los sobrecostos destruyen la viabilidad del mismo.²⁶⁷

²⁶⁴ Eurostat es la oficina de estadística de la Unión Europea situada en Luxemburgo. Su misión es proporcionar estadísticas de alta calidad para Europa.

²⁶⁵ Julio V. Gonzáles, “Contrato de Colaboración Público Privada” *Revista de Administración Pública*, No. 170, pp. 20.

²⁶⁶ Maximiliano Rodríguez Fernández, “La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción” *Revista E-Mercatoria*, No. 1, pp. 5.

²⁶⁷ Alex Albújar Cruz, “El Project Finance: una técnica para viabilizar proyectos de infraestructura” *ESAN*, pp. 29.

Según Frederic y Dejan, una vez que la SPE obtiene la buena pro para ejecutar el proyecto, esta sociedad celebra un contrato de llave en mano con un subcontratista de construcción para la entrega de la infraestructura. El subcontratista suele ser uno de los accionistas de la SPE, lo que reduce significativamente el riesgo de selección adversa. Sin embargo, si bien el riesgo de construcción se transfiere al subcontratista a través de un precio fijo, la SPE todavía está expuesta a una serie de riesgos y sobrecostos de construcción, pues el subcontratista puede no estar capacitado o ser responsable para asumirlos en su totalidad.²⁶⁸

Andrés Rebollo afirma que el riesgo de construcción debe quedar transferido a la SPE mediante el contrato de gestión, estableciendo los siguientes puntos:²⁶⁹

- a) El riesgo de sobrecostos de construcción debe ser enteramente asumido por la SPE (y por extensión, tal y como sucede en un esquema concesional, por los terceros contratistas, merced al contrato de construcción “back to back” o contrato espejo que reflejará todas las condiciones del contrato de gestión en cuando a la obligación de construcción), no dando derecho el sobre coste a revisiones al alza del precio del contrato.
- b) El riesgo de retrasos en la finalización de construcción y puesta en marcha también debe ser enteramente asumido por la SPE, así como, por extensión, tal y como sucede en un esquema concesional, a los terceros contratistas, merced al contrato de construcción “back to back” o contrato espejo que reflejará todas las condiciones del contrato de gestión en cuando a la obligación de construcción).

Coincidimos con Ligia cuando señala que, frente a la cadena contractual que genera la construcción y explotación del proyecto, es importante que el contratista principal asuma todos los riesgos derivados de las labores subcontratadas. De esta forma se da cobertura a esos riesgos, pero también se facilita la posibilidad de exigir responsabilidad en caso de un eventual incumplimiento. En esta medida, las relaciones internas entre contratista y subcontratista y sus limitaciones de responsabilidad no le serán oponibles a la entidad contratante ni a los proveedores de financiación. Como puede verse, ese derecho de intervención (step-in right),

²⁶⁸ Frederic Blanc-Brude y Dejan Makovsek, “Construction Risk in Infrastructure Project Finance” *EDHEC Business School*, pp. 5

²⁶⁹ Andrés Rebollo, “APPs institucionales, financiación de infraestructuras y contabilidad pública” *Reflexiones*, No. 2, pp. 110.

que se activa en caso de incumplimiento, es efectivamente garantizado por esta disposición contractual que se recomienda regular.²⁷⁰

2.2.4.4.3 Riesgo de Disponibilidad

El concepto de disponibilidad implica que el concesionario debe cumplir con estándares de calidad y niveles de servicio previamente determinados en la estructuración del proyecto, de acuerdo con los objetivos que el Estado busca cumplir atendiendo al interés general y la realización de los fines del Estado. Como contrapartida a la disponibilidad de la infraestructura y del servicio, el privado tiene derecho a recibir una remuneración y, si se hubiere pactado, a percibir unos desembolsos de recursos públicos, pero es necesario que se tenga claridad en lo que implica lograr la disponibilidad para que pueda tener derecho a estos.²⁷¹

De acuerdo con lo anterior, el riesgo de disponibilidad está compuesto por aquellas posibilidades de daño que puede presentarse durante la explotación del activo, en donde el volumen de servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la convenida en el contrato. Esto quiere decir que hay que efectuar un análisis de los pagos que percibe el contratista con relación a los servicios que presta, que dichos pagos sean consecuencia de haber alcanzado el nivel contractualmente determinado de calidad del servicio.²⁷²

Según la CAF, el riesgo de disponibilidad se refiere a las consecuencias para el sector privado de no suministrar los servicios especificados en el contrato en la cantidad o calidad requerida. Para considerar que el sector privado asume este riesgo, los pagos realizados por la administración han de depender de forma sustancial del efectivo cumplimiento por el concesionario de las condiciones establecidas en el contrato.²⁷³

Como se puede apreciar, el riesgo de disponibilidad está directamente vinculado con los pagos a favor del concesionario como contraprestación por la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública. Es así que, un informe del Programa para el impulso de Asociaciones Público Privadas en México señala que los mecanismos de pagos en un contrato de APP se basan en el principio de disponibilidad de los servicios, el cual consiste

²⁷⁰ Ligia Catherine Arias, "Perspectiva legal de la financiación de proyectos Project Finance y el manejo del riesgo" *Revista de Derecho Privado*, No. 23, pp. 235.

²⁷¹ David Gómez Torres y María Angélica Ruiz, "Del contrato de concesión vial al contrato de APP por disponibilidad de la infraestructura y calidad del servicio en los proyectos de infraestructura vial en Colombia" (Tesis del curso Contratación Estatal, Pontificia Universidad Javeriana, 2015), 7.

²⁷² Julio V. Gonzáles, "Contrato de Colaboración Público Privada" *Revista de Administración Pública*, No. 170, pp. 20.

²⁷³ Vassallo e Izquierdo. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, 74.

en la posibilidad de uso y acceso por parte del Estado y los usuarios de las instalaciones o servicios. En ese sentido, los pagos por la ejecución de la obra solamente se realizan en el momento que la infraestructura se encuentre operando a favor de los usuarios.²⁷⁴

En esa línea, Federico Villalobos señala que los pagos directos del Estado basados en disponibilidad y desempeño consisten en pagos realizados por el Estado siempre y cuando la infraestructura esté disponible y cumpla con determinados indicadores de desempeño. Al igual que sucede con las tarifas directas sobre los usuarios, la metodología de determinación inicial y el ajuste de los pagos que realice el Estado serán determinantes en la asignación de riesgos y establecimiento de incentivos.²⁷⁵

En esa línea, un factor determinante en la calidad del servicio la constituye el Pago por Disponibilidad (aunque no es la única alternativa de pago en una APP). El Pago por Disponibilidad implica que el privado solamente tendrá derecho a percibir determinado ingreso, en tanto y en cuanto brinde un nivel de servicio óptimo, de calidad. Es decir, en la medida que no entregue dicho servicio de calidad, no tendrá derecho a percibir el ingreso establecido, ni siquiera el ingreso necesario para recuperar la inversión (CAPEX). Esto, reiteramos, cuando se opta por la alternativa más radical en lo que se refiere a priorización del rendimiento.²⁷⁶

Actualmente, en el Perú existen diferentes opiniones e interpretaciones entorno a la aplicación del riesgo de disponibilidad en el mecanismo de pagos a favor del concesionario, toda vez que el Estado ha intentado facilitar al sector privado la obtención del financiamiento del proyecto, a través de los pagos por hitos constructivos²⁷⁷ y CRPAO. Sobre esta discusión profundizaremos en el análisis e interpretación de las entrevistas a los expertos desarrollado en el Capítulo IV de esta investigación.

Sin perjuicio a ello, es importante adelantar el planteamiento de la siguiente interrogante: si se aplican los esquemas de pagos periódicos fijos efectuados por el sector público a favor del privado, ¿de qué tipos de riesgos compartidos estamos hablando? Según Víctor Vaca y Eduardo

²⁷⁴ Germán Millán, "Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos" *Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos*, pp. 44.

²⁷⁵ Federico Villalobos, "Los conceptos de fondeo y financiamiento en el desarrollo de proyectos por medio de participación público-privada (PPP)" *Revista Infraestructura Vial*, No. 34, pp. 13

²⁷⁶ Pierre Nalvarte Salvatierra, "Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público-Privadas" *Derecho & Sociedad*, No. 49, pp. 332.

²⁷⁷ Para efectos prácticos utilizaremos la definición de Hito Constructivo del Contrato de Concesión del PTAR Titicaca. "Es la culminación del avance Obra correspondiente a un conjunto de actividades o subpartidas, que han sido agrupadas con el fin de controlar su ejecución física dentro del proceso constructivo de las Obras, cuyas condiciones para su conformación y aplicación se establecen en el Anexo 15 del Contrato."

Ortega, en realidad, si no hay riesgo compartido, los proyectos de APPs en nada se distinguen con los contratos tradicionales de servicios u obra.²⁷⁸

2.2.4.4.4 Riesgo Político

El riesgo político es difícil de definir debido a que es un fenómeno que se encuentra entre una organización y el entorno político, e involucra diversos conceptos de riesgos e incertidumbres y fuentes. Ahora bien, el riesgo político ha sido calificado ampliamente como el riesgo derivado de la interferencia adversa del gobierno central en las operaciones comerciales de una organización o decisiones políticas que impactan en una inversión.²⁷⁹

Como señala José Antonio Trujillo, la principal dificultad para atraer capital privado para el desarrollo de proyectos de infraestructura en economías emergentes y en transición reside en la presencia de incertidumbre de naturaleza política y regulatoria, cuya cobertura no siempre es posible o plenamente satisfactoria, y en la existencia de entornos macroeconómicos inestables. A estas fuentes de riesgo, siempre correlacionadas, se suman los riesgos intrínsecos a los proyectos que, en algunos casos, están además negativamente influidos por los primeros.²⁸⁰

De ese modo, el riesgo político viene dado por la probabilidad de que el Estado cambie las reglas de juego, en especial en lo concerniente a las políticas orientadas a la promoción y facilitación de la inversión privada, sea una vez que se haya iniciado la construcción de las obras de infraestructura o cuando estas se encuentren concluidas.²⁸¹

El riesgo vinculado a los cambios en el contexto político del país y las variaciones en las políticas regulatorias constituye uno de los aspectos de menor control por parte del inversionista. Esto se debe a que solo el Estado debe tomar la iniciativa para modificar el marco normativo vinculado al desarrollo del proyecto de inversión, ni siquiera puede hacerlo el organismo público que se constituye como contraparte en el correspondiente contrato para la ejecución del proyecto.²⁸²

²⁷⁸ Víctor Baca Oneto y Eduardo Ortega, "Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción en el Derecho peruano" *Círculo de Derecho Administrativo*, No. 13, pp. 41.

²⁷⁹ Nigel Smith y Mark Gannon, "Political risk in light rail transit PPP projects" *Management, Procurement and Law*, No. 161, pp. 180.

²⁸⁰ José Antonio Trujillo, "Financiación de infraestructuras: Los riesgos y su mitigación" *Banco Interamericano de Desarrollo*, pp. 4-5

²⁸¹ Alex Albújar, "El Project Finance: Una técnica para viabilizar proyectos de infraestructura", 40.

²⁸² Ana Reátegui et al., "Project finance para proyectos de APP en el Perú: evaluación tributaria, contable y financiera" *Serie Gerencia para el Desarrollo 71*, pp. 64.

En tal sentido, en algunos países en que los inversionistas participan en el desarrollo de la infraestructura, ciertas organizaciones multilaterales y agencias estatales han desarrollado el seguro contra riesgo político. También hay aseguradores privados que cubren este riesgo. En cuanto a las organizaciones multilaterales, el Banco Mundial participa activamente como prestamista, y ese factor es visto por otros inversionistas como una herramienta que reduce el riesgo en mercados emergentes. Además, el Banco Mundial protege contra este tipo de riesgo a través de MIGA, la Agencia de Garantía de Inversiones Multilaterales.²⁸³

Estas experiencias demuestran que los proyectos de APPs deben estar protegidos contra la tendencia de los gobiernos en interferir de manera descoordinada con el desarrollo y operación de un proyecto. Esto requiere incluir lineamientos en el contrato pero también es necesario contar con funcionarios públicos capacitados que propongan estrategias eficientes en el desarrollo de grandes proyectos.²⁸⁴

Asimismo, un tema vinculado al riesgo político es el tema de corrupción e institucionalidad del Estado, aspectos relevantes que los inversionistas buscan controlar al momento de participar en el desarrollo de infraestructura pública. Es notorio que los casos de corrupción han venido afectando gravemente las instituciones en nuestro país, generando desconfianza en las actuaciones públicas, especialmente en los mecanismos de participación del sector privado.

Irma Sandoval señala que se ha demostrado que bajo condiciones de corrupción estructural, las APP sintetizan lo peor del ámbito público y privado. Las APP abren el camino para la generación a escala amplia de casos de riesgo moral e impunidad, ya que el Estado puede llegar a cubrir a los inversionistas de la responsabilidad que deben asumir.²⁸⁵

Esta situación ha llevado que algunos países planteen diversas respuestas específicas para afrontar el problema. Sin embargo, cabe señalar que se debe garantizar la sanción y el castigo de los responsables, la colaboración eficaz para poner fin a la impunidad, la recuperación de los activos y la reparación de los daños ocasionados por el hecho ilícito y, por el otro lado, asegurar la continuidad y conclusión de los proyectos, su operación y mantenimiento, la

²⁸³ Pedro García, "Marco legal de las concesiones de infraestructura de uso público", 124.

²⁸⁴ Hugo Priemus, Bent Flyvbjerg y Bert Van, "Decisión-Making on Mega Projects: Cost benefits analysis, planning and innovation" *Transport Economics, Management and Policy*, pp. 208.

²⁸⁵ Irma Sandoval Ballesteros, "Corrupción y desafíos organizacionales en un mundo de asociaciones público-privadas" *Gestión y Política Pública*, No. 2, pp. 400-401.

seguridad de los puestos de trabajo, la recuperación de la inversión y el desarrollo de la economía.²⁸⁶

2.2.4.5 Project Finance como mecanismo de financiamiento de APPs

2.2.4.5.1 Concepto y características esenciales

Comenzaremos definiendo el concepto del Project Finance. Es correcto decir que el Project Finance se refiere a una familia particular de mecanismos de financiación utilizados para lograr objetivos bastante grandes, entre ellos el desarrollo de proyectos de gran envergadura, particularmente gestionados por corporaciones multinacionales, gobiernos, bancos, organizaciones multilaterales regionales, como el Banco Mundial o el Banco Asiático Regional.²⁸⁷

El término ocupa un lugar destacado, específicamente con respecto a las necesidades de infraestructura, capital de riesgo público y privado. Usualmente se refiere a grandes proyectos, como la construcción de proyectos de infraestructura como carreteras, sistemas de metro o aeropuertos. Es una técnica que se ha utilizado para recaudar grandes cantidades de capital y promete continuar haciéndolo, tanto en países desarrollados como en desarrollo.²⁸⁸

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD) en el contexto del Acuerdo sobre Créditos de Exportación define al Project Finance como²⁸⁹:

- a) El financiamiento de una unidad económica particular en la cual un prestamista se satisface al considerar los flujos de efectivo y las ganancias de esa unidad económica como la fuente de fondos, de los cuales se pagará un préstamo y a los activos de la unidad económica como garantía para el préstamo.
- b) Financiación de transacciones de exportación con una compañía de proyecto independiente (legal y económicamente), SPE, con respecto a proyectos de inversión que generan sus propios ingresos.

²⁸⁶ Roberto de Michele, Joan Prats y Isaiás Losada, "Efectos de la corrupción en los contratos de asociaciones público-privadas: Consecuencias de un enfoque de tolerancia cero" *BID*, pp. 23.

²⁸⁷ Pretorius, Frederik, et al. *Project Finance for Constructions and Infrastructure: Principles and Case Studies* (UK: Blackwell, 2008), 6.

²⁸⁸ Andrew Fight. *Introduction to Project Finance* (UK: Elsevier Science & Technology, 2005), 1.

²⁸⁹ OECD, *Agreement on Officially Supported Export Credits* (Paris, 2013).

- c) Distribución adecuada de riesgos entre los socios del proyecto, por ejemplo, accionistas públicos privados o solventes, exportadores, acreedores, compradores.
- d) Un flujo de efectivo suficiente durante todo el período de reembolso para cubrir los costos operativos y el servicio de la deuda para fondos externos.
- e) Deducción prioritaria de los ingresos del proyecto para los costos operativos y el servicio de la deuda.
- f) Recurso limitado o nulo a los patrocinadores de los accionistas/patrocinadores del sector privado del proyecto después de su finalización.

Al respecto, Yescombe identifica como principales características del Project Finance los siguientes aspectos:²⁹⁰

- a) El proyecto casi siempre se relaciona con una infraestructura de gran envergadura con etapas largas de construcción y operación.
- b) Los prestamistas dependen de los flujos futuros generados por el proyecto para pagar los intereses, comisiones y deuda. En este punto es importante tener en cuenta la constitución de la SPE, la cual tiene como objetivo principal la gestión del proyecto.
- c) Existe un alto ratio de deuda/capital, en donde la deuda cubre el 70%-90% del costo capital del proyecto. El efecto de este alto apalancamiento es reducir el costo combinado de la deuda y capital, y por ende, el costo general del financiamiento del proyecto.
- d) Es probable que los activos físicos del proyecto valgan mucho menos que la deuda si se venden después de un incumplimiento en el financiamiento. Entonces, la principal seguridad para los prestamistas son los contratos, licencias u otros derechos del proyecto, que son la fuente de su flujo de efectivo.
- e) El proyecto tiene duración limitada, basada en factores tales como, la duración de los contratos o licencias, o las reservas de recursos naturales. De esa manera, la deuda de financiación del proyecto debe pagarse en su totalidad al final de la vida del proyecto.

²⁹⁰ Edward Yescombe. *Principles of Project Finance* (USA: Elsevier Science & Technology, 2013) 7-8.

Según Finnerty, el Project Finance consiste en la obtención de fondos para financiar la inversión de un proyecto económicamente separable, en el cual los proveedores de fondos se basan principalmente en el flujo de caja del proyecto como fuente de fondos para el servicio de su deuda e intereses, así como el retorno para el capital invertido en el proyecto.²⁹¹

En esa misma línea, Tony Merna et al. señalan que el mecanismo de Project Finance consiste en el financiamiento de un proyecto independiente (o conjunto de proyectos) mediante la estructuración de un grupo de acuerdos entre prestamistas, patrocinadores de proyectos y terceros interesados que crean una forma de unidad económica; los prestamistas e inversores recurrirán principalmente a la unidad económica para generar flujo de efectivo como la única fuente de reembolso del capital, intereses y las garantías.²⁹²

Como se ha indicado anteriormente, el Project Finance constituye un mecanismo de apalancamiento financiero a través del cual se estructura una compleja organización de derechos y obligaciones para el desarrollo de proyectos de infraestructura, de modo que presenta claras diferencias con otro tipo de financiamientos como el Corporate Finance. En esa línea, Ana Reategui et al. identifica las principales características del Project Finance:²⁹³

- a) Se desarrolla en proyectos de inversión a gran escala y tienen un alto nivel de riesgo
- b) Se sostiene en la generación de flujos de caja futuros del proyecto de inversión. Estos deben ser más que suficientes para atender el pago de la deuda principal y la remuneración a los fondos prestados o aportados.
- c) Se desarrolla por medio de una sociedad nueva, una persona jurídica distinta a la que desarrolla el proyecto, denominada SPE, y puede adoptar diversas formas societarias.
- d) Debe existir una considerable inversión inicial con el fin de generar ingresos de caja seguros y regulares, la cual se constituirán de recursos propios (capital) y deuda.
- e) La deuda del proyecto deberá ser reembolsada en su totalidad al final del proyecto de inversión.
- f) El proyecto de inversión debe tener un periodo largo de desarrollo a fin de alcanzar una adecuada rentabilidad.

²⁹¹ John D. Finnerty. *Project Financing: Asset-based financial engineering* (John Wiley & Sons: México, 2013), 2.

²⁹² Tony Merna et al. *Project Finance in Construction: A Structured Guide to Assessment* (UK: Blackwell, 2010) 12-13.

²⁹³ Ana Reategui et al., "Project finance para proyectos de APP en el Perú: evaluación tributaria, contable y financiera", 45.

- g) Se debe efectuar una correcta identificación y eficiente distribución de riesgos, para asegurar el éxito del proyecto de inversión.

Como podemos observar, una de las principales características del Project Finance, por no decir la más importante, es que el financiamiento a ser otorgado estará basado en los flujos de caja que el proyecto generará. Dado que en principio el financiamiento será pagado en su totalidad con los flujos que el proyecto genere, los bancos y demás instituciones que financiarán el proyecto pondrán un especial cuidado en el análisis de los flujos de caja que el proyecto estará en capacidad de generar, haciendo uso de modelos financieros.²⁹⁴

Como señala Georgina, el foco no es la solidez o valor de los activos de garantía de quienes promueven el proyecto; sino que factor principal es el potencial que tiene el proyecto en sí mismo para poder generar los flujos financieros para hacer frente a la deuda que se contrajo y pagar el capital que se invirtió, mediante los flujos de efectivo y otros ingresos del proyecto, los que a su vez ejercen de garantía del crédito.²⁹⁵

Otro aspecto importante es la constitución de la Sociedad de Propósito Especial (SPE), persona jurídica nueva y constituida por los sponsors con el único propósito de llevar a cabo la ejecución del proyecto. Esta nueva sociedad es la que suscribe el contrato de APP con el Estado, por lo que es también la que adquiere los respectivos derechos y obligaciones. Es ella la que asume también las obligaciones producto del financiamiento recibido para la ejecución del proyecto y no directamente los sponsors.²⁹⁶

Antes de que se realice la licitación para el proyecto, el sponsor constituye una SPE. El sponsor es el inversionista responsable de licitar, desarrollar y gestionar el proyecto, son esenciales para el éxito del proyecto. Esto significa que los prestamistas examinarán cuidadosamente las características del sponsor antes de comprometer recursos. Los sponsors pueden ser operativos, en el sentido que pertenecen a la industria y asegurarán el negocio para sí mismos como subcontratistas; o financistas interesados en los arreglos financieros para el proyecto.²⁹⁷

En ese escenario, el efecto jurídico es la creación de una empresa vehículo especial cuyas acciones son, en principio al menos, propiedad del o de los sponsors. El sponsor simplemente

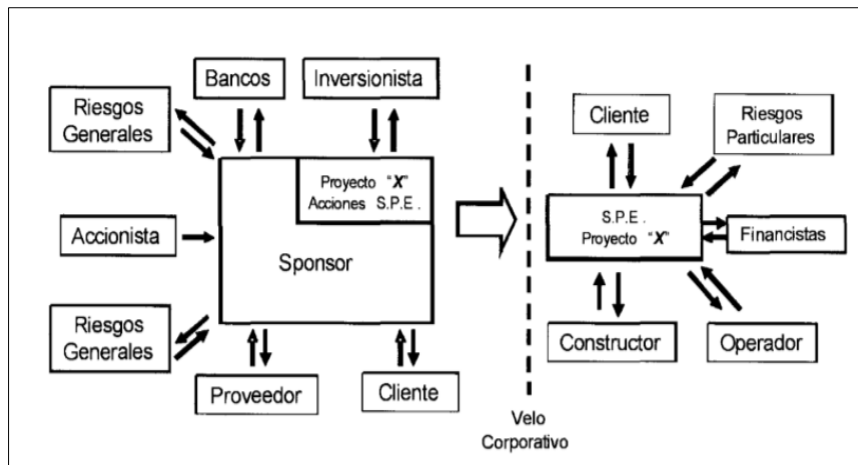
²⁹⁴ Juan Carlos de los Heros y Luis Ernesto Marín, "Una Revisión al Project Finance" *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 16 (2016): 147.

²⁹⁵ Georgina Cipoletta, "Financiamiento de la infraestructura para la integración regional" *Serie Financiamiento para el Desarrollo*, no. 259 (2015): 69.

²⁹⁶ Pierre Nalvarte y James Calderón, "Conceptos básicos del Project Finance en APP" *Derecho & Sociedad*, no. 45 (2015): 112.

²⁹⁷ Eduardo Engel, Ronald D. Fischer y Alexander Galetovic, "The economics of infrastructure finance: Public-private partnerships versus public provision" *European Investment Bank*, no. 1 (2010): 44.

refleja en su balance un número de acciones representativas del capital social de la SPE de tal forma que la relación entre la SPE y el sponsor es corporativamente similar a la de una subsidiaria con su matriz. El esquema es el siguiente²⁹⁸:



Fuente: Carlos Núñez, 2008.

En esa línea, la SPE es un componente básico del Project Finance que facilita la gestión del proyecto, controla los riesgos y segrega los flujos de efectivo. Dicho instrumento ha sido contemplado en varias legislaciones y también se utilizan para mecanismos de financiación específicos, como la titulización de ingresos futuros. Así, la SPE puede ser fundamental para la forma en que los prestamistas coordinan sus contribuciones de capital en un proyecto.²⁹⁹

En resumen, la SPE tendrá como objeto exclusivo llevar a cabo el proyecto, para lo cual ejecutará todas aquellas actividades que resulten necesarias para el cumplimiento de su objeto, además de obtener el financiamiento teniendo la calidad de deudora frente a los prestamistas.

Otro aspecto importante del Project Finance, es el “recurso limitado” que tienen los prestamistas del proyecto, es decir, solo pueden asegurar el pago de su deuda con los ingresos de la SPE, evitando recurrir al capital de los inversionistas. De modo que las obligaciones de la SPE no están garantizadas con los bienes de los inversionistas de capital, la deuda está asegurada únicamente con los flujos del proyecto.³⁰⁰

Como señala Finnerty, en el Project Finance los sponsors proporcionan, a lo sumo, un acceso limitado a los flujos de efectivo de sus demás activos que no formen parte del proyecto.

²⁹⁸ Carlos Núñez, “Apuntes entorno al financiamiento de proyectos de infraestructura de uso público con participación privada”, 271.

²⁹⁹ Frederik Pretorius et al. *Project Finance for Constructions and Infrastructure: Principles and Case Studies* (UK: John Wiley & Sons, Incorporated, 2008) 232.

³⁰⁰ APMG International, “Public-Private Partnership – Introduction and Overview” en *The APMG Public-Private Partnership (PPP) Certification Guide* (Washington: World Bank, 2016), 95.

Además, en general comprometen los activos del proyecto para generar seguridad sobre el financiamiento, sin embargo ningún de dichos activos son de su titularidad.³⁰¹

En ese sentido, se considera que el Project Finance sería un financiamiento “sin recurso o recurso limitado”, ya que sería un financiamiento que se otorga en base a los activos y potencialidades del propio proyecto, y en el cual los activos, negocios o garantías de los promotores no jugarían rol alguno, es decir, constituiría un financiamiento “sin recurso a los activos de los promotores.”³⁰²

Sin embargo, coincidimos con Miguel Ronceros cuando señala que aun cuando un Project Finance puro sería un financiamiento sin recurso, lo cierto es que en la práctica casi ningún Project Finance se diseña como tal, de hecho las garantías de los promotores juegan un rol fundamental para la viabilidad del financiamiento, por lo menos durante cierta etapa del proyecto, y en especial en aquellos casos en que nos encontramos frente a proyectos que requieren la construcción de infraestructura nueva, inexistente al momento de la entrega de la concesión.³⁰³

Por otra parte, los riesgos que asumen los inversionistas también son elementos claves en los contratos de APP, y esencialmente en la estructura de financiamiento del proyecto. Un principio básico de la teoría financiera moderna nos dice que existe una correlación positiva entre el riesgo y el costo de las finanzas (expresado como rendimiento), de modo que cuanto mayor sea el riesgo que un prestamista asume, mayor será la tasa de rendimiento requerida de la inversión. Los fondos que se prestan a los gobiernos tienden a tener el riesgo más bajo y, por lo tanto, las tasas de interés más bajas. En el otro extremo, la equidad del sector privado es de alto riesgo y, por lo tanto, exige la tasa de rendimiento más alta.³⁰⁴

El manejo eficiente de los riesgos envueltos en la operación es fundamental en operaciones como el Project Finance, lo cual depende de la cuidadosa redacción de las cláusulas contractuales, acompañadas de efectivos mecanismos de resolución de controversias; así como en el uso de sistemas de cobertura del riesgo, como contratos de seguro y transacciones en el mercado de derivados financieros, y en la especial documentación exigida para el manejo del

³⁰¹ Finnerty, *Project Financing*, 2.

³⁰² Miguel Ángel Ronceros, “Aproximaciones al Project Finance” *Ius Et Veritas*, no. 31 (2005), 368.

³⁰³ *Ibíd.*

³⁰⁴ Laura Turley y Abby Semple, “Financing Sustainable Public-Private Partnerships”, 4.

riesgo ambiental. Todas estas son formas de instrumentalizar el manejo del riesgo y buscar la mayor efectividad posible.³⁰⁵

Como señalan David Gardner y James Wright, el financiamiento del proyecto es en gran medida un ejercicio de asignación equitativa de los riesgos de un proyecto entre los diversos interesados del proyecto. De hecho, la génesis de la técnica de financiación se remonta a este principio: los comerciantes romanos y griegos utilizaron técnicas de financiación de proyectos para compartir los riesgos inherentes al comercio marítimo. Bajo una relación de Project Finance, los riesgos de construir y operar el activo se pasan al sector privado a través de los contratos principales y subcontratados, de esa manera los sponsors estarían fuertemente incentivados financieramente para garantizar el desempeño total del activo.³⁰⁶

Por ejemplo, en caso exista un alto riesgo de ingresos insuficientes para operar el proyecto, es evidente que generaría que los inversionistas no estén dispuestos a financiar la SPE en su totalidad, ya que cada riesgo percibido se tiene en cuenta para definir los flujos esperados y las tasas de descuento apropiadas. Sin embargo, es útil separar lo que puede considerarse como situaciones de ingresos insuficientes, es decir, aquellas caracterizadas por un bajo rendimiento esperado del proyecto dados sus riesgos objetivos, de aquellos problemas causados por riesgos subjetivos de carácter político o regulatoria, que podría mitigarse bajo los contratos correctos. En la mayoría de los casos, estos riesgos representan situaciones de pérdida extrema o cuyas consecuencias económicas son desconocidas o, al menos, muy difíciles de evaluar.³⁰⁷

Según Mascareñas, en el Project Finance es esencial definir una metodología para sistematizar el estudio de riesgos, para lo cual propone:³⁰⁸

1. Identificar los riesgos inherentes al proyecto o externos al mismo
2. Identificar alternativas de cobertura de riesgo
3. Elaborar una matriz de riesgos donde se cuantifique el impacto potencial de los mismos y se determine las acciones a seguir.

Asimismo, es importante identificar las etapas del ciclo de vida del proyecto a fin de gestionar adecuadamente cada riesgo de la manera más eficiente posible. Yescombe considera que la vida de un proyecto se puede dividir en tres fases³⁰⁹:

³⁰⁵ Ligia Catherine, "Perspectiva legal de la financiación de proyectos Project Finance y el manejo de riesgo", 243.

³⁰⁶ David Gardner y James Wright, "Project Finance" *HSBC*, 1, <https://www.hsbcnet.com/gbm/attachments/products-services/financing/project-finance>

³⁰⁷ José A. Trujillo et al. "Financiación de infraestructuras: Los riesgos y su mitigación", 13.

³⁰⁸ Juan Mascareñas. *Innovación financiera: Aplicaciones para la gestión empresarial* (Madrid: McGraw Hill, 1999).

³⁰⁹ Yescombe, *Principles of Project Finance*, 29.

1. Desarrollo: El período durante el cual se concibe el proyecto, los contratos del proyecto se negocian, se firman y entran en vigencia, y el capital y la deuda de financiamiento del proyecto se ponen en práctica y están disponibles para su extracción; el final de este proceso se conoce como cierre financiero. Esta fase es más compleja de lo que parece a primera vista y puede continuar fácilmente durante varios años.
2. Construcción: El período durante el cual se retira la financiación y se construye el proyecto.
3. Operación: El período durante el cual el proyecto opera comercialmente y produce flujo de efectivo para pagar el servicio de la deuda a favor de los prestamistas y el rendimiento del capital de los inversionistas.

En síntesis, las principales condiciones a fin que el Project Finance se convierta en un mecanismo efectivo para el financiamiento bancario de proyectos de infraestructura son: (i) un marco sólido de APP y un programa de una cartera de proyectos bien estructurada con asignación equitativa de riesgos entre las partes interesadas; (ii) sponsors de proyectos de calidad con solvencia financiera y credibilidad; y (iii) un marco regulatorio bancario nacional sensible a la financiación de proyectos en relación con la financiación corporativa.³¹⁰

Por lo expuesto, el crecimiento y la difusión de las APP en todo el mundo está estrechamente relacionado con el desarrollo del Project Finance, una técnica financiera basada en los préstamos contra el flujo de caja de un proyecto separado legal y económicamente en una sociedad independiente. Se pueden aprovechar múltiples ventajas de este mecanismo, considerando la ejecución eficiente en la estructuración del proyecto, principalmente la asignación adecuada de los riesgos.

2.2.4.5.2 Stakeholders

La estructuración de los proyectos de APPs es compleja e implica altos costos iniciales pues existe la necesidad de conciliar los objetivos de un gran número de partes involucradas. Del lado del sector público, hay autoridades que crean e implementan políticas de APPs, así como aquellas que planifican los proyectos. Del lado del sector privado, hay inversionistas, prestamistas y empresas que prestan servicios de construcción y operativos. La mayoría de

³¹⁰ Catiana Garcia-Kilroy y Heinz P. Rudolpg. *Private Financing of Public Infrastructure through PPPs in Latin America and the Caribbean* (Washington: The World Bank, 2017) 46.

estas partes requieren una comprensión de las cuestiones de política y finanzas, y cómo su parte del proyecto está vinculada y afectada por los roles desempeñados por otras partes.³¹¹

En ese sentido, como ya se ha explicado anteriormente, en la etapa de estructuración financiera de un proyecto de APP, especialmente bajo el mecanismo del Project Finance, existe un gran número de participantes que se involucran activamente durante todo el proceso. A continuación, nos vamos a referir brevemente a los principales actores involucrados: los sponsors, el Estado, los financistas, los constructores y los asesores financieros y legales.

2.2.4.5.2.1 Sponsors

Los sponsors son las empresas que se encuentran detrás de la SPE, son los socios de la misma. En el caso de las APP, son las empresas que durante la etapa del concurso público, cumplieron con acreditar los requisitos técnicos y financieros del mismo. Normalmente son empresas grandes, con experiencia, garantía y respaldo financiero.³¹²

Antes de presentar una oferta para el proyecto, el sponsor constituye la SPE, siendo el inversionista de capital responsable de organizar el proceso de licitación, desarrollar y administrar el proyecto. El sponsor es el “reclamante” residual y es esencial para el éxito del proyecto. Esto significa que los prestamistas examinarán cuidadosamente las características del sponsor antes de comprometer recursos. Los sponsors pueden ser: operativos, en el sentido de que pertenecen a la industria y asegurarán negocios para ellos como subcontratistas; o financieros, ya que están interesados en los arreglos financieros para el proyecto.³¹³

En esa línea, Carlos Acosta y Roció Llanos señalan que el sponsor del proyecto es el primer sujeto involucrado en el desarrollo del proyecto, ya que él está encargado de la idealización del proyecto, asimismo una vez ya proyectado el emprendimiento debe obtener el financiamiento y convencer a los inversionistas que su proyecto es rentable. Posteriormente, debe promover la realización y la gestión de la obra, ello con el objetivo de obtener ganancias económicas o en todo caso ventajas derivadas de la misma obra.³¹⁴

Los sponsors aportan generalmente entre el diez y el treinta por cien (10 - 30%) del capital total requerido, proporcionan la tecnología, la gestión de las operaciones, construcción, influencia financiera, contactos locales, transporte, suministros, etc., teniendo como principal objetivo

³¹¹ Yescombe, *Principles of Project Finance*, 30.

³¹² Nalvarte y Calderón, “Conceptos Básicos del Project Finance en APP”, 112.

³¹³ Engel, Fischer y Galetovic, “Finance and Public-Private Partnerships”, 196.

³¹⁴ Carlos Acosta y Roció Llanos, “Aproximación a la estructura contractual y financiera del Project Finance” *Círculo Financiero Corporativo*, no. 266 y 267 (2012): 13.

atraer fuentes de financiamiento, generar fondos suficientes para el proyecto, colocación y distribución de los riesgos entre las distintas entidades financieras prestamistas, aislar los riesgos del proyecto, etc.³¹⁵

2.2.4.5.2.2 Estado

Como menciona Carlos Núñez, aquellos proyectos que implican la concesión de una obra de infraestructura de uso público, como una carretera, puerto o aeropuerto, suponen la existencia de una entidad estatal concedente. Normalmente el concedente es la entidad pública que se encargaría de desarrollar el proyecto construyendo la infraestructura y garantizando la prestación del servicio, si éste no fuese entregado a un desarrollador y administrador privado. Por ejemplo, en nuestro país el concedente en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público es el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.³¹⁶

En ese sentido, el Estado tiene como objetivo principal satisfacer el interés público y lograr la culminación del proyecto de infraestructura de uso público, de manera que se alcance el principio de valor por dinero que justificaría la ejecución bajo la modalidad de APPs. Asimismo, en caso sea necesario el Estado analiza la posibilidad de otorgar garantías para asegurar la rentabilidad del proyecto o si el sponsor tiene dificultades para obtener el financiamiento.³¹⁷

El Estado siempre interviene en la estructuración financiera de un proyecto de infraestructura pública, en sus tres niveles de gobierno, ya sea siendo el concedente del proyecto, ante quien la sociedad concesionaria deberá acreditar el cumplimiento de los estándares mínimos de operación y servicio, así como de la construcción del proyecto. Asimismo, será el Estado quien otorgará las licencias y autorizaciones que requiere la sociedad concesionaria para viabilizar el proyecto. A su vez, a través de los entes reguladores será quien supervise el cumplimiento de las obligaciones asumidas.³¹⁸

Es importante mencionar que, uno de los principios básicos del concedente debe ser mantener las condiciones iniciales cuando se suscribió el contrato de concesión con el postor ganador. El concedente tiene que verificar que la tasa interna de retorno del inversionista se mantiene en

³¹⁵ Marco Antonio Trigos, "El Project Finance" *Ius Inkari*, no. 6 (2017): 364.

³¹⁶ Núñez, "Apuntes entorno al financiamiento de proyectos de infraestructura de uso público con participación privada", 268.

³¹⁷ Dejan Romih, "Project Finance" *Lex Localis*, no. 2 (2008): 178.

³¹⁸ Zúñiga, "Project Finance de proyectos de infraestructura", 268.

los mismos niveles con que se adjudicó el proyecto. Ante ello, el concedente utilizará y tendrá como base el modelo económico financiero que elaboró Proinversión, así como el postor, durante la estructuración del proyecto. Principalmente, el concedente utilizará el modelo financiero en los siguientes momentos: (i) verificación de obligaciones contractuales, (ii) interpretación de contratos, (iii) renegociación de contratos, y (iv) procesos de fijación tarifaria.³¹⁹

Ahora bien, tras la ambiciosa reforma del marco normativo e institucional de las APP que ha buscado fortalecer las instituciones del Estado y a los usuarios del sistema de APP, hemos podido observar un sistema jurídico más sólido a través de procesos más detallados y transparentes, sin embargo es evidente que aún hay aspectos por mejorar, considerando que se refiere a temas tan especializados y complejos como son las APP. Este esfuerzo demanda necesariamente cambio integral del Estado, incorporando conocimiento desde fuera del sistema, así como diseminarlo entre las propias entidades públicas (por ejemplo, desde el MEF o Proinversión hasta sectores y gobiernos subnacionales). Por otro lado, también se requiere una articulación más eficaz entre las entidades del Estado involucradas en el desarrollo de APP, incluyendo una reingeniería de las funciones de ciertas instancias cuando exista una innecesaria multiplicidad de entidades competentes que terminen disminuyendo la funcionalidad del sistema.³²⁰

2.2.4.5.2.3 Financistas

Como hemos mencionado a lo largo de la presente investigación, los proyectos de infraestructura de uso público requieren una sustancial cantidad de capital para iniciar con la construcción y operación del proyecto, en donde una gran fracción del financiamiento depende de la deuda otorgada por un syndicado de prestamistas, como bancos e inversionistas institucionales, así como del mercado de bonos.³²¹

En general, las entidades financieras juegan un papel importante y fundamental en el sistema financiero. Prestan directamente a las empresas, emprenden financiación e inversiones a largo plazo mediante la titulización y la emisión de bonos garantizados; usan sus recursos para participar en la suscripción de valores de deuda emitidos por compañías, usando el balance de

³¹⁹ Benjamín de La Torre, “Nota Técnica de modelos financieros para esquemas de Asociación Público Privada” *Banco Mundial*, 2011, 9.

³²⁰ Patricia Benavente y Alonso Segura, “Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana” en *Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: beneficios y riesgos*. (Lima: PUCP, 2017), 58.

³²¹ Joel M. Stern, *The revolution in Corporate Finance*, 226-227.

los bancos; y participan en mercados de derivados, incluidos swaps que afectan el costo de capital.³²²

Los financistas están involucrados en la evaluación de los contratos secundarios, los problemas financieros y riesgo asociados al proyecto de infraestructura. El modelo inicial desarrollado por la SPE, basado en estimaciones de tiempo, principalmente, CAPEX, OPEX y generación de ingresos, forma la base de la evaluación de las entidades financieras. A partir de los costos estimados, los ingresos y sus plazos, se puede desarrollar un *Capital Cash Flow* (CCF) sobre la base de un paquete financiero desarrollado por el prestamista para reflejar los flujos de efectivo. Una evaluación de este flujo se determina la economía del proyecto y los índices de cobertura especificados.³²³

En ese contexto, el rol de los bancos en los proyectos puede ser bastante variado, podrían cubrir actividades como asesoramiento en la estructuración financiera, prestamistas, garantes e inversionistas. Existen múltiples bancos o instituciones financieras que administran dichos servicios incluyendo diversas variables dependiendo el tipo de proyecto.

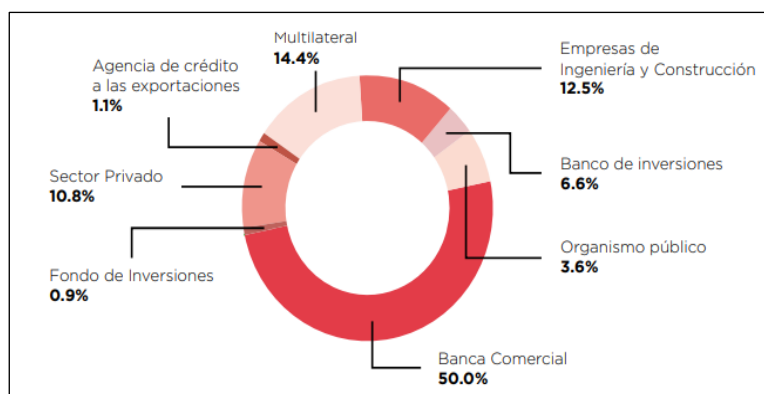
Con relación a las instituciones que participan en el financiamiento de la inversión privada en infraestructura en el Perú, la banca comercial representa la mayor participación, con la mitad del monto de financiamiento total de los proyectos de infraestructura entre 2006 y 2016 (véase el gráfico N° 10). Considerando el total del financiamiento de la banca comercial, en la mayor parte han participado bancos comerciales extranjeros (88%), siendo el BNP Paribas aquel con mayor participación (21% del monto financiado por la banca comercial).³²⁴

Gráfico N° 10: Instituciones financieras que participan en el financiamiento de infraestructura en el Perú (2006-2016)

³²² Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), "The role of banks, equity markets and institutional investors in long-term financing for growth and development" *Report for G20 Leaders* (2013): 6.

³²³ Tony Merna et al. *Project Finance in Construction: A Structured Guide to Assessment*, 52-53.

³²⁴ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Financiamiento privado de la infraestructura de América Latina y el Caribe: Chile, Perú y Uruguay como casos de estudio* (Washington: BID, 2017): 14.



Fuente: Infrastructure Journal Global Database

Asimismo, los inversionistas institucionales tienen una participación importante en el financiamiento de proyectos de infraestructura, por ejemplo, las AFPs pueden invertir en infraestructura de manera directa e indirecta. La inversión directa se da con la compra de instrumentos de deuda o acciones emitidas por las empresas concesionarias de los proyectos de infraestructura. En cambio, la inversión indirecta se da a través de otros instrumentos o mecanismos como compra de cuotas de participación en fondos de inversión especializados en infraestructura, o de instrumentos de deuda, bonos corporativos o acciones emitidas por empresas vinculadas a proyectos de infraestructura, pero cuya captación no necesariamente se destina a la inversión en el desarrollo de infraestructura.³²⁵

Ahora bien, para obtener el financiamiento, el concesionario deberá acercarse a distintas instituciones financieras, nacionales o internacionales, con el fin que las mismas se comprometan a otorgar (o a facilitar la obtención de) los montos necesarios para la ejecución de las obligaciones del contrato de concesión. En dicho acercamiento el concesionario deberá presentar un paquete de garantías que disminuya los riesgos que asumirán los financistas y que haga atractivo el financiamiento. De no ser suficientes las garantías, el financiamiento podría ser más costoso e inclusive no llevarse a cabo. Los acreedores buscarán que siempre obtengan el mayor número de garantías posible, al margen de poder requerir garantías por parte de los accionistas o empresas vinculadas al concesionario.³²⁶

Por otra parte, como hemos señalado anteriormente, dependiendo del mecanismo de financiamiento utilizado en el proyecto de APP, los recursos pueden ser otorgados por las

³²⁵ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Financiamiento privado de la infraestructura de América Latina y el Caribe: Chile, Perú y Uruguay como casos de estudio (Washington: BID, 2017): 16.

³²⁶ José Francisco Meier y Diego Harman, "Comentarios a los modelos de contratos de concesión para la construcción y mantenimiento de infraestructura de servicios públicos en el Perú y que afectan la obtención del financiamiento" Revista Advocatus, no. 22 (2010): 250.

empresas vinculadas, accionistas de los concesionarios (equity) o a través de entidades financieras (deuda). Para este último caso, hemos podido observar que la mayoría de los contratos de concesión establecen la posibilidad de calificar a los financistas como Acreedores Permitidos³²⁷, incluyendo también el concepto de Endeudamiento Garantizado Permitido, el cual puede definirse como regla general, en las operaciones de financiamiento o crédito, emisión de valores mobiliarios y/o dinero tomado en préstamo de cualquier Acreedor Permitido.

Al respecto, Silvia Elías señala que los Acreedores Permitidos son las instituciones o inversionistas que el Estado ha considerado que pueden otorgar financiamiento al concesionario por lo que, previa calificación como tales por parte del concedente, podrán participar en la operación de Endeudamiento Garantizado Permitido, y por tanto acceder a las garantías previstas en el contrato de concesión en respaldo del financiamiento que estos otorguen.³²⁸

Por su parte, el MEF a través del Lineamiento para el Diseño del Contrato de APPs señala que los Acreedores Permitidos son los financistas o prestamistas del proyecto que han sido calificados por el concedente y que ostentan los derechos y garantías establecidos en el respectivo contrato, además de caracterizarse por asumir el riesgo del proyecto. Asimismo, establece una lista de quienes no podrán ser Acreedores Permitidos en ningún caso:³²⁹

- a) Aquellos con vinculación económica con el concesionario
- b) Aquellos declarados inelegibles por algún organismo multilateral

³²⁷ En términos generales, los contratos de concesión señalan que los Acreedores Permitidos serán las siguientes instituciones:

- (i) Cualquier institución multilateral de crédito de la cual el Estado de la República del Perú sea miembro;
- (ii) cualquier institución o cualquier agencia gubernamental de cualquier país con el cual el Estado de la República del Perú mantenga relaciones diplomáticas;
- (iii) cualquier institución financiera comercial designada como Banco Extranjero de Primera Categoría conforme a la Circular respectiva emitida por el Banco Central de Reserva del Perú;
- (iv) cualquier otra institución financiera internacional aprobada por el Concedente que tenga una calificación de riesgo no menor a "A" evaluada por una entidad de reconocido prestigio aceptada por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV);
- (v) cualquier institución financiera nacional aprobada por el Concedente que tenga una calificación de riesgo no menor a "A", asignada por una clasificadora de riesgo nacional;
- (vi) todos los inversionistas institucionales así considerados por las normas legales vigentes (tales como las Administradoras de Fondos de Pensiones-AFP) que adquieran directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el concesionario;
- (vii) cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el concesionario mediante oferta pública.

³²⁸ Silvana Elías, "Tratamiento del Endeudamiento Garantizado Permitido en los contratos de concesión de infraestructura de transporte aeroportuario" *Derecho & Sociedad*, no. 45 (2015): 120.

³²⁹ Aprobado mediante Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01 publicada con fecha 17 de mayo de 2019.

- c) Aquellos vinculados con la comisión de un delito de corrupción, lavado de activos o terrorismo, debidamente declarada por la autoridad competente

A todas luces, el rol que cumplen las instituciones financieras involucradas en el financiamiento de la APP resulta de suma importancia para la viabilidad del proyecto, especialmente la figura de los Acreedores Permitidos, quienes adquiere derechos propios de la concesión. Si la entidad es calificada como Acreedor Permitido, el financiamiento que otorgue podrá estar garantizado con los derechos derivados de la concesión. Por el contrario, si la entidad no ostenta tal calidad, podrá prestar dinero o financiar la operación, mas no gozará de tales garantías por los recursos que desembolse.³³⁰

2.2.4.5.2.4 Constructores

El contrato principal dentro de la estructura del Project Finance es el contrato de concesión entre la SPE y el concedente. Sin embargo, en segundo lugar tenemos la relación contractual entre la SPE y la empresa constructora, a través de la cual la SPE contrata empresas que gestionen el diseño y la construcción (por lo general, y dependiendo del país, a través de convenios conocidos como contratos de Ingeniería, Adquisiciones y Construcción, o EPC, por sus siglas en inglés —Engineering, Procurement and Construction—, y las operaciones y el mantenimiento —O&M—). Estos contratistas suelen estar afiliados a los inversionistas de capital.³³¹

En esa línea, Laura Zúñiga señala que los contratos EPC se tratan de los contratos suscritos por la sociedad concesionaria con el constructor en virtud de los cuales este último se encargará de la construcción de la infraestructura que conforma el proyecto. Este contrato reviste de especial importancia, dado que es en la etapa de construcción donde se requieren las mayores inyecciones de capital y en las cuales se pueden enfrentar los mayores riesgos de incumplimiento. Los contratos de construcción de este tipo de proyectos son en su mayoría llave en mano lo cual significa que el contratista estará a cargo de la construcción integral de la obra del suministro y equipamiento necesario incluyendo la realización de pruebas con lo cual se deberá entregar un proyecto completamente operativo.³³²

³³⁰ Elías, “Tratamiento del Endeudamiento Garantizado Permitido en los contratos de concesión de infraestructura de transporte aeroportuario”, 119.

³³¹ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). “Financiamiento de las APP” en *Asociaciones Público-Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y El Caribe* (Lima: BID, 2015), 8.

³³² Laura Zúñiga, “Project Finance de proyectos de infraestructura” *Themis*, no. 62 (2012): 271.

En ese contexto, según Caballero, los constructores son actores importantes que pueden o no tener vinculación empresarial con el concesionario, aunque en el Perú en una gran mayoría de casos existe una estrechísima relación entre concesionarios y constructores.³³³

La experiencia técnica y el monitoreo altamente especializados son cruciales en la fase de construcción, la cual implica altos riesgos, debido a la complejidad de muchos proyectos de infraestructura. Es más probable que haya cambios en el diseño, demoras en la construcción y aumentos significativos de costos. Por ello, a menudo las propias empresas de construcción proporcionan capital, esto puede crear problemas de incentivos, como el cobro excesivo de los costos de construcción. Sin embargo, los contratos de construcción a precio fijo pueden limitar los problemas de incentivos, pero implican transferencias sustanciales de riesgo a las empresas de constructoras.³³⁴

Ahora bien, el riesgo de construcción en principio debe quedar transferido a la SPE a través del contrato de concesión, sin embargo, por extensión, tal y como sucede en un esquema concesional, el riesgo también recae en los terceros contratistas, merced al contrato de construcción “*back to back*” o contrato espejo, que reflejará todas las condiciones del contrato de concesión en cuanto a la obligación de construcción. Lo mismo sucede con el riesgo de retrasos en la finalización de construcción y puesta en marcha que también es asumido totalmente por la SPE.³³⁵

2.2.4.5.2.5 Asesores

Los sponsors contratan varios asesores externos durante el desarrollo del proyecto y especialmente durante la evaluación económica financiera. Pueden desempeñar un papel valioso, especialmente si el sponsor no ha emprendido muchos de estos proyectos en el pasado. La contratación de asesores con un vasto historial de trabajo en proyectos exitosos nacionales como internacionales también le da credibilidad al proyecto frente a los prestamistas.³³⁶

Los asesores son las compañías que realizan los análisis del proyecto, independientes a los accionistas y sus intereses, demostrando la viabilidad del modelo financiero propuesto, lo estructuran operativamente y sirven de atracción frente a los inversionistas. Asimismo, definen los riesgos y los reparten entre quienes pueden soportarlo, teniendo como objetivo proponer

³³³ Núñez, “Apuntes entorno al Financiamiento de proyectos de infraestructura de uso público con participación privada”, 270.

³³⁴ Torsten, “Understanding the challenges for infrastructure finance”, 10.

³³⁵ Rebollo, “APPs institucionales, financiación de infraestructuras y contabilidad pública”, 109-110.

³³⁶ Yescombe. *Principles of Project Finance*, 34-35.

una estructura financiera adecuada. Dentro de los tipos de asesores involucrados en el proceso de financiación, encontramos a los siguientes:³³⁷

1. Asesores legales: equipo de expertos jurídicos que asesoran a cada participante involucrado en la financiación del proyecto. En particular brindan asesoría legal a la SPE a fin de presentar de forma objetiva los aspectos legales, implicancias fiscales y marco legislativo que afecte al proyecto.
2. Asesores financieros: Una de las claves del éxito de la estructuración financiera es incorporar a los expertos financieros lo antes posible, incluso antes de iniciar las gestiones administrativas o pedir precios a los constructores del proyecto. Normalmente el asesor financiero permanecerá durante todo el ciclo del proyecto controlando la evolución de las principales variables que afecten el flujo de caja esperado.

Por su parte, el asesor legal tendrá a cargo la elaboración de los acuerdos y la documentación legal que implica la estructuración de cualquier financiación del proyecto, es importante también su participación desde los inicios para asegurar que los acuerdos que se toman desde el punto financiero o técnico no tengan algún vacío legal o existan malinterpretaciones en las cláusulas en un futuro.³³⁸

Como se puede observar, el sponsor recibe valiosa ayuda por parte de los asesores en la formulación y estructuración de un proyecto de APPs, así como en la identificación de posibles socios o proveedores de financiación, condiciones de la estructuración, etc. Es habitual que entre las funciones del asesor financiero estén: (i) definir los objetivos del proyecto, (ii) determinar posibles estructuras de financiación, (iii) identificar y evaluar riesgos, y (iv) elaboración de memorándum informativo.

2.2.5 Teoría y práctica de las renegociaciones de los contratos de concesión

En este capítulo abordaremos el marco conceptual de los principios que sustentan el fenómeno de las renegociaciones contractuales en los proyectos de concesión, así como la descripción del marco legal aplicable a las modificaciones contractuales de APPs durante los tres primeros

³³⁷ Diego Gómez y Juan Jurado, "Financiación global de proyectos: Project Finance" *ESIC Editorial*, no. 1 (2001): 60.

³³⁸ Raúl Julián y Juan Mascareñas, "La financiación de proyectos: Project Finance" *Universidad Complutense de Madrid*, no. 45 (2014): 7 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407394

años en nuestro país, en donde identificaremos las implicancias que se presentan en dicho proceso, evidenciando los posibles escenarios de las adendas de bancabilidad en la actualidad.

De acuerdo a un estudio realizado por Gonzalo Ruiz, una renegociación generalmente implica una propuesta de una de las partes, una etapa de negociación y un acuerdo sobre los términos de los cambios contractuales. El análisis del número de renegociaciones (es decir, la cantidad de veces que ocurren estos procesos) es relevante, particularmente para contextos en los que el alto número de modificaciones del contrato es una tendencia predominante. Por eso, acertadamente se concluye que las renegociaciones de contratos de concesión en Perú ha sido la regla, más que la excepción.³³⁹

Como hemos mencionado en la parte introductoria de esta investigación, de acuerdo a lo señalado por la doctrina y al análisis de los contratos de concesión de carreteras, se puede observar una alta incidencia de suscripción de adendas en nuestro país durante los tres primeros años, especialmente en el sector transporte. De acuerdo a Fénix Suto et al., la mayor incidencia en la renegociación de los contratos de concesión se produce en los primeros tres años de la concesión, toda vez que el 45% de adendas de los contratos del sector transportes han sido suscritas en dicho periodo.³⁴⁰

Asimismo, de acuerdo a un estudio realizado por la Contraloría General de la República entre los años 2000 y 2013 se celebraron 103 adendas a los contratos de concesión en dicho periodo, en donde de las treinta y nueve (39) adendas analizadas, dieciocho (18) de ellas, es decir el 46%, fueron suscritas antes de los tres (3) años contados a partir de la firma del contrato de concesión, un plazo corto teniendo en cuenta que el plazo promedio de vigencia de las concesiones es de veintisiete (27) años.³⁴¹

Asimismo, en un estudio realizado por María Teresa Quiñones y Jenny Aliaga, en donde revisaron 95 proyectos de APPs adjudicados por Proinversión entre 1998 y 2017, se encontró que más del 70% de estos fueron objeto de adendas y existían, al menos 45 adendas en proyecto a noviembre de 2018. Adicional a ello, realizaron una revisión de 79 adendas en 24 contratos asociados a proyectos cofinanciados adjudicados desde el 2004, cuando fue adjudicada la

³³⁹ Gonzalo Ruiz, "Incompleteness and Renegotiation of Concession Contracts: An Empirical Evaluation" *Journal of Applied Economic Sciences*, no. 2 (2015): 9.

³⁴⁰ Fénix Suto et al., "Renegociaciones de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora", 79

³⁴¹ Contraloría General de la República. *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público Privadas en el Perú* (Lima: Súper Gráfica, 2015), 142.

primera concesión cofinanciada, hasta el 2017; en donde encontraron que los proyectos cofinanciados han sido de 3.29 por contrato, bastante superior al de los contratos autofinanciados, que fue de 1,31 por contrato.³⁴²

Según Juan Carlos Morón y Zita Aguilera las principales causas de renegociación en los contratos administrativos de larga duración son las siguientes³⁴³:

- a) La ocurrencia de un caso fortuito o de fuerza mayor
- b) El cambio de prioridades del Estado respecto a cómo atender el interés público, lo cual puede generar perjuicios económicos al contratista y modificar el equilibrio económico financiero del contrato.
- c) La necesidad de modificar un contrato para incluir avances tecnológicos ocurridos luego de su suscripción. Ello suele ocurrir en industrias como las telecomunicaciones, donde los cambios tecnológicos son frecuentes y sus consecuencias poco previsibles.
- d) La obligación de incluir nuevas formas técnicas, ambientales, tributarias, o de otra índole, lo que puede alterar el equilibrio en cuanto a los riesgos asumidos por las partes.
- e) Los errores del expediente técnico sirven de sustento al contrato, lo que generará que el proyecto o sus especificaciones no sea los adecuados para satisfacer la necesidad pública.
- f) El incumplimiento por el concedente de las obligaciones a su cargo

Por otra parte, Gonzalo Ruiz señala que existen tres grupos de factores pueden explicar la alta frecuencia de las renegociaciones con respecto a los contratos de concesión peruanos: i) factores que se relacionan con el diseño del proyecto y el proceso de adjudicación, en particular el grado de integridad del contrato, la complejidad y el plan de incentivos; ii) factores relacionados con hechos y eventos ocurridos durante la ejecución del contrato y, al menos parcialmente, atribuibles a la ejecución imperfecta de las obligaciones contractuales, iii) otros factores relacionados con los recursos asignados a la supervisión del contrato.³⁴⁴

³⁴² María Teresa Quiñones y Jenny Aliaga, "La renegociación de contratos de concesión en el Perú. Aproximación teórica y empírica a sus causas y consecuencias" *Ius Et Veritas*, no. 58 (2019): 90.

³⁴³ Juan Carlos Morón y Zita Aguilera, "La modificación convencional de los contratos administrativos: necesidad, límites y regulación" en *Tendencias Actuales de Contratación Pública* (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), 325-328.

³⁴⁴ Gonzalo Ruiz, "Incompleteness and Renegotiation of Concession Contracts: An Empirical Evaluation" *Journal of Applied Economic Sciences*, no. 2 (2015): 3.

En ese contexto, debido a la mayor incidencia de renegociaciones en los contratos de concesión, en el año 2008 se introdujo a través del artículo 9.2 del Decreto Supremo N° 146-2008-EF³⁴⁵, el procedimiento y las causales de renegociación de los contratos de APP, estableciendo como regla general la prohibición de suscripción de adendas durante los tres primeros años, salvo excepciones que analizaremos en el presente capítulo.

En ese sentido, si bien el objetivo de dicha inclusión era reducir la suscripción de adendas, hemos podido observar que al parecer no resultó como esperaban, pues a la fecha se han realizado diversas modificaciones en los contratos de concesión que han generado múltiples consecuencias en el sistema de APPs. Es importante recordar que el marco legal aplicable ha sido modificado en varias oportunidades durante los últimos años, tanto en el procedimiento, actores involucrados, así como en las excepciones a la prohibición de los tres primeros años en la suscripción de adendas.

En síntesis, podemos apreciar que en el transcurso de los años se ha generado una fuerte intención por parte del Estado en controlar o reducir la frecuencia de la suscripción de adendas en los contratos de concesión, ¿lo han logrado? en nuestra opinión, todavía existe trabajo por hacer, se debe partir por reconocer que la construcción de infraestructura y la provisión de servicios públicos es una tarea inherente del Estado, no del sector privado, la cual ha evolucionado a través de los años, a fin que se pueda reducir la brecha de infraestructura y brindar eficientemente los servicios públicos. En tal sentido, es importante encontrar un equilibrio entre los intereses del sector privado y la Administración Pública, de manera justa y eficiente, en base a una asignación de riesgos adecuada, un proceso transparente y sobre todo con resultados para la sociedad.

2.2.5.1 Los contratos de concesión como contratos incompletos

Partiendo de la premisa que el contrato de concesión es el instrumento legal mediante el cual se cumplen los acuerdos pactados entre el Estado y los concesionarios, se ha observado una

³⁴⁵ Artículo 9.- Procedimiento y causales de renegociación del contrato de Asociación Público-Privada (...)

9.2. Durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de su suscripción, los sectores competentes no podrán suscribir adendas a los contratos de APP, salvo que se tratara de: a) la corrección de errores materiales; b) de requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; o c) de precisar aspectos operativos para la mejor ejecución del contrato o se sustentara la necesidad de adelantar el programa de inversiones y dicha modificación no implicase un cambio del contrato, de autosostenible a cofinanciado, ni se aumentasen los pagos a cargo del Estado previstos en el contrato. En cualquier caso, las partes procurarán respetar en lo posible la naturaleza de la APP, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero para ambas partes.

tendencia a suscribir adendas para modificar el texto original de los contratos de concesión, sea para incorporar temas nuevos a la dinámica contractual o temas imprevisibles a la fecha de diseño de los contratos, para suplir vacíos del texto contractual o para esclarecer cláusulas de este, entre otros.³⁴⁶

Solo en Latinoamérica, la mayoría de las concesiones otorgadas desde 1980 al 2000 fueron renegociadas dentro de un lapso promedio de 2.2 años desde su adjudicación; sin perjuicio de ello, el sector transportes presenta un tiempo promedio mayor de 3.1 años, frente al 1.6 en lo que corresponde a agua y saneamiento. En el 61% de los casos, las renegociaciones fueron solicitadas por el concesionario y en el 26%, por el Estado. Estas se producen con menor frecuencia en sectores más competitivos, como por ejemplo, telecomunicaciones.³⁴⁷

En esa línea, Engel et al.³⁴⁸ señalan que uno del principal problema que enfrentan las APP es la renegociación de los contratos de concesión. Existen varias razones justificables para renegociar un contrato, por ejemplo, un entorno cambiante, nueva información o descubrimiento de errores de diseño. Todas las partes, incluido el sector público, podrían ganar renegociando los contratos en algunos de dichos casos. Sin embargo, uno de los problemas de la renegociación es que es difícil discriminar entre renegociaciones justificables y no justificables.

De acuerdo a Guasch³⁴⁹, las incidencias de los procesos de renegociación de los contratos de concesión tienen como origen la naturaleza incompleta de estos, y aquellos constituyen, por tanto, un mecanismo o herramienta idónea para superar los problemas resultantes de dicha imperfección.

Como señalan Juan Carlos Morón y Zita Aguilera, por regla general, el contrato administrativo de larga duración deviene en un contrato naturalmente incompleto e imperfecto porque al no poderse prever por anticipo todos los innumerables supuestos de contingencias futuras que pueden afectarlo, o por el alto costo de advertir todas las variables posibles, poseen vacíos que solo se detectan cuando el evento ocurre en la fase de ejecución. Si lo pudieran hacer, cuando aparecieran esos eventos, se trataría solamente de la aplicación del contrato a ese supuesto

³⁴⁶ *Ibíd.*, 88.

³⁴⁷ Guasch, *Concesiones de infraestructura, cómo hacerlo bien*, 30-36.

³⁴⁸ Engel et al. *Finance and Public-Private Partnerships*, 211.

³⁴⁹ *Ibíd.*, 96.

específico previsto y acontecido. Como ello no es posible, entonces, corresponde modificarlo.³⁵⁰

Las concesiones de obras públicas suelen calificarse como contratos incompletos debido a que es imposible tener en cuenta al principio todos los eventos que pueden darse a lo largo de la vida del contrato. En el caso de contratos incompletos, como es el caso de la mayoría de los contratos de concesión, las renegociaciones pueden ser eficientes si hacen que todos los agentes implicados ganen en bienestar tras dicha renegociación.³⁵¹

En tal sentido, un contrato completo es difícil de lograr porque las partes siempre enfrentan incertidumbres que requieren que las partes renegocien, infrinjan o litiguen. Debido a lo incompleto del contrato, las partes contratantes están expuestas al riesgo de tener disputas, riesgo moral o selección adversa.³⁵²

Según Carlos Barreto, en un contrato entre el sector público y privado surgen ineficiencias debidas a la inversión específica a la relación (donde las partes están mejor si completan el proyecto en conjunto), que produce un beneficio del cual se intenta extraer el máximo provecho. Ambas partes quieren apropiarse del beneficio, y esto genera costos de transacción, pues incentiva a renegociar el contrato (ineficiencia ex post). La incertidumbre durante periodos largos lleva a una revisión constante de los contratos y genera nuevos costos de transacción.³⁵³

Por su parte Jon Stern señala que todos los contratos a largo plazo tienen un problema fundamental, ninguno puede contemplar todas las contingencias posibles y mucho menos cubrirlas adecuadamente. Además de los riesgos conocidos, existen grandes incertidumbres. En consecuencia, surgirán grandes sorpresas económicas y comerciales, tanto positivas como negativas. Por lo tanto, todos los contratos a largo plazo son seriamente "incompletos", es

³⁵⁰ Juan Carlos Morón y Zita Aguilera, "La modificación convencional de los contratos administrativos: necesidad, límites y regulación" en *Tendencias Actuales de Contratación Pública* (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), 5.

³⁵¹ María de los Ángeles Baeza y José Manuel Vasallo, "Renegociaciones de los contratos de concesión de autopistas de peaje en España y su influencia sobre los incentivos en la licitación". (Ponencia presentada en XV Congreso Panamericano Ingeniería de Tránsito y Transporte sobre renegociaciones de contratos de concesión, Colombia, 14 setiembre, 2008)

³⁵² Nur Syaimasyaza y Khairuddin Abdul, "Incomplete Contract in Private Finance Initiative (PFI) contracts: causes, implications and strategies" *Elsevier*, no. 222 (2016): 96.

³⁵³ Carlos Barreto, "Modelo de asociación pública-privada: Un enfoque de teoría de contratos" *Revista de Economía Institucional*, no. 25 (2011): 254.

necesario procesos de monitoreo y revisión que permitan la modificación de contratos de una manera transparente y responsable.³⁵⁴

Según Harly Laudo y Ruth Blanco, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que la posibilidad de renegociar y modificar contratos de concesión se da con el fin de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad. Para los autores estas posibilidades existen y son necesarias en virtud de la consideración aceptada por la Corte, en que las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a que no es posible prever todas y cada una de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto contractual.³⁵⁵

En ese contexto, los contratos administrativos nacen para durar y así permitir atender las necesidades continuadas o permanentes de la colectividad, que necesitan de una intervención prolongada. De este modo, las prestaciones están determinadas desde un inicio pero están sujetas a revisión permanente, lo que demanda su adaptabilidad a un entorno cambiante. Por eso estos contratos necesitan diseñarse anticipando los cambios o eventos que justifican la mutación de manera objetiva, asignando adecuadamente los riesgos que son previsibles según su naturaleza.³⁵⁶

Podemos observar que la doctrina es unánime al afirmar que los contratos administrativos son intrínsecamente contratos incompletos, las partes no pueden prever ex ante todas las posibles situaciones que pueden ocurrir después de la suscripción del contrato, por lo que se ven obligadas iniciar un proceso de renegociación y modificar las principales cláusulas del contrato.

En ese contexto, nos encontraremos ante un contrato incompleto cuando se inicia un proceso de renegociación por motivos u eventos que inicialmente no fueron previstos, y por ende, resultan extraordinarios durante la ejecución contractual. La imperfección de los contratos que da lugar a su renegociación se origina, principalmente, a causa de los siguientes factores³⁵⁷:

³⁵⁴ Jon Stern, "Relationship between Regulation and Contract in Infrastructure Industries" *Department of Economics*, no. 14 (2012): 1.

³⁵⁵ Harly Laudo y Ruth Blanco, "Renegociación de contratos de concesión vial" *Revista Republicana*, no. 19 (2015): 176.

³⁵⁶ Juan Carlos Morón y Zita Aguilera. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019), 34.

³⁵⁷ Fénix Suto et al., "Renegociaciones de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora" 36.

- a) La imposibilidad de las partes o, en todo caso, los altos costos que implica describir de forma detallada en un contrato todas las posibles contingencias que podrían afectar su desarrollo;
- b) También se presentan aquellos supuestos que, si bien pueden ser identificados, son de difícil o imposible verificación por parte de terceros y, consecuentemente, presentan serios problemas para los tribunales de justicia;
- c) Existen contingencias que no pueden preverse, más aún en el caso de los contratos de concesión que contemplan largos plazos de vigencia;
- d) Los agentes presentan límites a su racionalidad, dado que frecuentemente cometen errores y necesitan de un periodo de aprendizaje para alcanzar la contratación óptima, lo que solo es posible a largo plazo. La renegociación es un mecanismo de corrección.

Como señalan Muriel Menchola y Merry Chamorro, resulta imposible prever todas las contingencias que se pudieran generar durante dicho horizonte de tiempo, (y más aún en relación a los cambios que pudieran sufrir dichas variables dinámicas) debido a la racionalidad limitada de las partes o, en todo caso, a razón de los altos costos de transacción en los que las partes tendrían que incurrir para regular cada una de las posibles contingencias que podrían devenir, así como sus consecuencias. De ahí que los contratos de concesión sean contratos incompletos.³⁵⁸

En esa línea, se infiere que no todas las renegociaciones de los contratos administrativos son negativas de por sí, compartimos lo expresado por Guasch³⁵⁹:

“No siempre una renegociación es indeseable, algunas son pertinentes y constituyen esfuerzos que pueden mejorar el bienestar general. Sin embargo, las que deben evitarse son las renegociaciones oportunistas, tanto en concesiones existentes como futuras. El tema clave es cómo diseñar mejores contratos de concesión y cómo lograr que las partes cumplan con los términos acordados en la concesión, para asegurar una eficiencia del sector a largo plazo y una vigorosa expansión de las redes.”

³⁵⁸ Muriel Menchola y Merry Chamorro, “Algunas Reflexiones sobre Ejecución de los Contratos de Concesión: Interpretación, Modificación y Solución de Controversias” *Derecho & Sociedades*, no. 45 (2015): 92.

³⁵⁹ Guasch, *Concesiones de infraestructura, cómo hacerlo bien*, 17.

Ahora, si bien los contratos administrativos son incompletos, es importante que los contratos traten de manejar la mejor forma posible los riesgos previsibles y tener la suficiente flexibilidad para evitar el fracaso de las concesiones, con los costos que ello traería a la sociedad. En este sentido, los costos de transacción asociados a la concesión y complejidad de los contratos justifican un grado de intervención importante del gobierno, que puede ser similar al observado en la regulación tradicional.³⁶⁰

Desde la perspectiva de la política pública, Eduardo Saavedra destaca la importancia de fortalecer las instituciones reguladoras y judiciales para evitar ambigüedades excesivas en la franquicia de infraestructura y el comportamiento oportunista de las partes. Cuantas más ambigüedades en los contratos, estén peor preparadas las instituciones judiciales y reguladoras en el país, es más probable que termine con sostenimiento del problema o con los "elefantes blancos" en la infraestructura.³⁶¹

A primera vista, la renegociación contractual ha sido considerado como indeseable dado que refleja las ineficiencias de los contratos e impone un alto costo social y puede inducir un comportamiento oportunista de las partes privadas y públicas. Por otro lado, dada la naturaleza incompleta de los acuerdos contractuales a largo plazo, una renegociación exitosa (que lleva a revisar los términos de intercambio dentro del contrato) puede mejorar el bienestar, en lugar de reducir sus ventajas, como se percibe típicamente en la teoría de la negociación estándar. El tema de la confianza y la comunicación ha sido central en la superación de la incompletitud del contrato.³⁶²

En principio podemos afirmar que, cualquiera sea la causa, las renegociaciones frecuentes son costosas, generan incertidumbre y reducen la transparencia, ya que las nuevas condiciones se determinan mediante procesos que no son competitivos y dependen más bien de la capacidad negociadora de los concesionarios y los gobiernos. En consecuencia, tienen costos, las renegociaciones frecuentes elevan el costo del capital, puesto que los inversionistas exigen una prima de riesgo en compensación del peligro de que se cambien las normas.³⁶³

³⁶⁰ Alfredo Dammert, "Equilibrio Económico – Financiero en los Contratos de Concesión en Obras de Infraestructura" *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 7 (2009): 339.

³⁶¹ Eduardo Saavedra, "Renegotiating incomplete contracts: Over and Under-Investment in public infrastructure franchising" *Revista de Análisis Económico*, no. 1 (1998): 167.

³⁶² Sérgio Domingues y Dejan Zlatkovic, "Renegotiating PPP contracts: reinforcing the P' in partnership" *Transport Reviews*, no. 35 (2015): 3-4 <https://repository.uantwerpen.be/desktop/irua>

³⁶³ Marianne Fay y Mary Morrison. *Infraestructura en América Latina y el Caribe: Acontecimientos recientes y desafíos principales* (Colombia: Banco Mundial, 2007): 43.

2.2.5.2 El Principio de Mutabilidad en los contratos de concesión

Como hemos manifestado anteriormente, los contratos de APPs se caracterizan por ser contratos de larga duración, permitiendo que los inversionistas puedan recuperar sus inversiones durante el periodo de ejecución contractual, producto de la prestación y/o explotación del servicio objeto de la concesión. En ese sentido, en la estructuración y diseño de dicho contrato se debe prever los mecanismos contractuales para procurar la satisfacción del interés público, vinculado directamente con la ejecución del proyecto y garantizando la continuidad del servicio.

En línea con lo anterior, encontramos a Pérez Hualde que afirma lo siguiente³⁶⁴:

“El contrato de servicios públicos está destinado “ab initio” a cambiar. Lo normal es que cambie. Entre otras palabras, lo previsible es que cambiará y no lo contrario. (...) Al momento de su celebración, ambas partes saben y conocen que el contrato sufrirá múltiples variaciones. Algunos provenientes de la innovación tecnológica, que el concesionario está obligado a incorporar, otras veces como consecuencia de la reformulación de las políticas de servicios públicos o de urbanismo, o de seguridad. También por razones de economía. Y, consecuentemente, esos cambios provocarán merecidos y adecuados incrementos de modo de preservar la remuneración del concesionario.”

Uno de los principios rectores del contrato administrativo es el principio de Mutabilidad, el cual afirma que el contrato administrativo puede ser modificado dentro de ciertos límites por la administración pública contratante, en aras del interés público y en clara contradicción al principio contractual proveniente del derecho romano *pacta sunt servanda*, por lo cual se considera al de Mutabilidad, como el más importante de los principios rectores del contrato administrativo.³⁶⁵

En ese contexto, la doctrina clásica administrativa ha señalado que el principio que predomina en la ejecución del contrato administrativo a fin de salvaguardar la satisfacción de las necesidades públicas comprometidas es el de Mutabilidad, el cual consiste en la atribución del *ius variandi* que tiene el Estado contratante, operando de manera implícita, siempre y cuando la misma se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico.³⁶⁶

³⁶⁴ Alejandro Pérez, “Renegociación de los Contratos de Servicios Públicos” *Derecho Administrativo*, no. 7 (2009): 276-277.

³⁶⁵ Jorge Fernández, “El contrato Administrativo” en *Derecho Administrativo* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016): 171-172.

³⁶⁶ Gaspar Ariño. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos* (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968) 225 – 226.

De acuerdo con ello, De Solas Rafecas señala que el fundamento del *ius variandi* se encuentra en lo siguiente:³⁶⁷

“El contrato administrativo es un instrumento al servicio de fines esencialmente públicos que, precisamente por ser tales, son intransferibles para la Administración, siendo el contratista un colaborador de ésta. Y ello conduce a una consecuencia clara: lo fundamental es que el fin público se cumpla, aun cuando ello pueda implicar la modificación del contrato celebrado. Por ello puede afirmarse que la potestad del *ius variandi* encuentra su razón de ser en la inmutabilidad del fin perseguido en el contrato.”

Nos encontramos ante una potestad sometida al interés público, la cual se utilizará cuando existan necesidades nuevas o causas imprevistas. En relación a la presencia del interés público, el Tribunal Supremo Español ha tenido ocasión de señalar, en sentencia de 29 de junio de 1986 que: “el *ius variandi* debe ejercerse atendiendo al interés público que demanda la prestación del servicio y que constituye su causa o finalidad, no están justificado su ejercicio en aras de un interés particular como es el económico del concesionario, en detrimento del propio servicio y de los derechos de los demás interesados en su prestación”. Se trata obviamente de una “prerrogativa excepcional sometida a interpretación restrictiva” (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1998).³⁶⁸

Como señala Pedro Coviello, el *ius variandi* obedece a la prerrogativa del Estado, pero, por otro lado, también lo hace a la importancia de ajuste a las necesidades sobrevenientes, dado que muchos de los contratos a los que nos referimos son de larga extensión temporal. Por ejemplo, una concesión de servicio público o un contrato de obra pública.³⁶⁹

A todas luces el surgimiento de los principios de la contratación pública, alguno de los cuales incluso se afirman como globales, ha moldeado una facultad de la Administración Pública que se encontraba bastante asentada y que – escudada en su fundamento de interés público – era ampliamente aceptada en términos casi absolutos, o al menos, con bastantes menos límites que los que hoy se plantean. Esta nueva configuración del *ius variandi* que conlleva un respeto a los mencionados principios ha sido más lograda por unas legislaciones que por otras, cuestión

³⁶⁷ José María De Solas Rafecas y Gaspar Ariño. *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*. (España: Tecnos, 1990), 42.

³⁶⁸ Jaime Rodríguez-Arana, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas” *Revista de Derecho Público*, no. 70 (2015): 207.

³⁶⁹ Pedro Coviello, “El contrato administrativo: ¿Lex inter-partes o *ius variandi*? *Revista de la Facultad de Derecho*, no. 66 (2011): 184.

que queda de manifiesto de la comparación del escenario normativo europeo, español y chileno.³⁷⁰

Por otra parte, como señala Néstor Shimabukuro, el principio de Mutabilidad o flexibilidad afirma que, si el contrato ha sido celebrado a efectos de satisfacer el interés público, resulta totalmente admisible la modificación de las prestaciones originalmente convenidas, pues lo contrario, implicaría mantener un contrato innecesario, dificultoso o gravoso para lograr dicha finalidad. Con lo cual, si el interés público exige la modificación del contrato, este deberá modificarse, salvaguardando los derechos que le asisten a los contratistas tales como la indemnización y compensación correspondiente, así como el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato.³⁷¹

Ahora bien, la posibilidad de modificar unilateralmente los contratos se ha configurado en el ordenamiento jurídico-positivo y en la jurisprudencia como una potestad reglada (teóricamente excepcional) sometida a una serie de requisitos sustantivos y procedimentales; sin perjuicio de ello, también existe el reconocimiento de un margen para la realización de modificaciones consensuadas entre las partes, siempre que no se alteren los criterios que fundamentaron la adjudicación del contrato.³⁷²

En tal sentido, el Principio de Mutabilidad no solo abarca la atribución del *ius variandi* del Estado, sino la modificación contractual por iniciativa de ambas partes, de acuerdo a lo señalado por Cassagne³⁷³:

“(…) nada impide, en principio que la Administración y el contratista puedan acordar la modificación del contrato administrativo, siempre que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad del interés público tenida en vista al celebrar el acuerdo originario de voluntades.”

Así, la modificación puede ser fruto de un acuerdo entre las partes o de una decisión unilateral del contratante, y en todo caso debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, además de sustentada y probada. La Corte también reconoció que la modificación puede ser

³⁷⁰ Paulina Navarrete, “La modificación de los contratos públicos: Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile” *Aletheia*, no. 2 (2016): 58 <http://www.liberlex.com/archivos/modico.pdf>

³⁷¹ Nestor Shimabukuro, “Principio de Mutabilidad o Flexibilidad en la modificación del contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura suscrito en el marco jurídico de Asociaciones Público-Privadas” *Derecho & Sociedades*, no. 45 (2015): 19-20.

³⁷² Silvia Díez, “El Régimen de modificación de los contratos públicos: Los nuevos límites del *ius variandi* y la autonomía de la voluntad” *La Nueva Contratación Pública* (2015): 50.

³⁷³ Juan Carlos Cassagne. *El contrato administrativo* (Buenos Aires, 2009), 94-95.

necesaria cuando se origine por falta de previsión, siempre que no se altere la esencia del contrato y se convierta en otro tipo de negocio jurídico, caso en el cual se debe proceder a la celebración de un nuevo contrato.³⁷⁴

Coincidimos con Ramón Huapaya cuando señala que, debido a la larga duración de los contratos de concesión es necesario variar las condiciones o plazo de ejecución de ciertas prestaciones acordadas, sea porque ya no son rentables o útiles, o por circunstancias técnicas o económicas, acordadas por las partes. Por tanto, si en el camino de ejecución del contrato se hace necesario modificarlo, el contrato público debe regirse por esta regla de la mutabilidad, pero siempre respetando y teniendo en consideración que en nuestro ordenamiento la mutabilidad no puede ser invocada en forma unilateral por el Estado, sino que debe ser ejercida en forma consensuada y sobre todo, transparente.³⁷⁵

Sin perjuicio de ello, no olvidemos que la modificación consensuada puede suponer un obstáculo a los principios de la libre competencia y buena fe que deben presidir la contratación de las administraciones públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos al adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran conocido la variación que posteriormente se produce por acuerdo de las partes. Asimismo, la modificación por mutuo acuerdo no necesariamente se lleva a cabo en razón del interés público por cuanto en dicho caso no es preciso señalar razones que justifiquen dicho cambio, tan sólo primaría la voluntad comercial de las partes.³⁷⁶

Asimismo, es evidente que el contratista a través de la modificación del contrato puede mejorar la rentabilidad de su oferta inicial sin miedo a la competencia; la Administración, confrontada ante una petición de modificación del contratista, prefiere el acuerdo a la ruptura o resolución del contrato, ya que esto último tiene un enorme costo burocrático y es contraproducente en términos de rentabilidad política y económica. En general, puede decirse que más que potestad exorbitante, el *ius variandi* se convirtió en un modo de ajustar la oferta a las necesidades del contratista.³⁷⁷

³⁷⁴ Harly Leudo y Ruth Blanco, "Renegociación de contratos de concesión vial" *Revista Republicana*, no.19 (2015): 178.

³⁷⁵ Ramón Huapaya, "Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura" *Ius Et Veritas*, no. 46 (2013): 323.

³⁷⁶ Adolfo Céspedes, "La *potestas variandi* de la Administración Pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos" *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 1 (2006): 213.

³⁷⁷ José María Baño, "De *ius variandi* a la libre competencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos" *Fundación Democrática y Gobierno Local*, no. 1 (2012): 142.

En tal sentido, la contratación pública se ha identificado como una de las actividades gubernamentales más vulnerable a la corrupción. Según Francisco Vásquez³⁷⁸, un contrato que es modificado ocasiona la falta de integridad de la actuación administrativa. El riesgo de favoritismo hacia el contratista conlleva la ruptura total de la oferta que sirvió de base para la elección de la mejor oferta. Debe evitarse en definitiva el favoritismo hacia el contratista en contra de los demás licitadores, sólo entonces estaremos convencidos de que su oferta es realmente la más eficiente. De lo contrario, de nada servirá el proceso de licitación, que estará totalmente distorsionado y desnaturalizado.

Por otro lado, podemos observar que Jorge Santistevan y Álvaro Loredó consideran que la teoría de las atribuciones exorbitantes que el Estado puede utilizar en el marco tradicional de los contratos administrativos se encuentra a favor de la renegociación contractual, puesto que la finalidad es mantener la continuidad de los contratos y de los servicios públicos inherentes. Ello supone la necesaria mutabilidad del contrato con el Estado y el derecho que le corresponde a este -aunque también por igual al particular- de mantener el contrato por encima de otras consideraciones que, en otro ámbito, podrían conducirnos a su resolución y a una posterior discusión sobre la indemnización.³⁷⁹

Por lo expuesto, consideramos que el Principio de Mutabilidad contempla tanto la potestad del *ius variandi* del Estado -la cual debe utilizarse estrictamente conforme al marco jurídico aplicable y principios rectores- como la posibilidad de una solicitud de modificación por parte del concesionario, siempre y cuando dichas opciones persigan la misma finalidad: proteger el interés público, y con ello, la continuidad de la prestación de los servicios públicos.

2.2.5.3 Marco normativo actual sobre las modificaciones contractuales en APPs

Como hemos podido observar, la renegociación de los contratos de concesión es un fenómeno que ha venido desarrollándose en los últimos años, teniendo como base principalmente el concepto de mutabilidad de los contratos de concesión, el cual manifiesta la potestad del *ius variandi* del Estado, y la naturaleza forzosamente incompleta por el largo periodo de ejecución contractual. Así pues, nos encontramos, por un lado con el Estado, como representante del

³⁷⁸ Francisco Vásquez, "La modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia" *Revista de Estudios Locales Cunal* (2013): 568-569.

³⁷⁹ Jorge Santistevan y Álvaro Loredó, "El equilibrio económico financiero en los contratos que suscribe el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública" *Ius Et Veritas*, no. 33 (2016): 38.

interés público reflejado en la continuidad de la ejecución obras o prestación del servicio público, y del otro lado, tenemos al sector privado, con el interés de modificar cualquier aspecto que impida obtener la rentabilidad esperada.

En ese contexto, el proceso de renegociación de un contrato de APP comprenderá un análisis exhaustivo y fundamentado, generalmente de las causas que motivan la modificación contractual, el impacto que generará en los términos originales, así como los actores que formarán parte de ella. Esto será evaluado en los informes y opiniones por parte del concedente, el organismo regulador, así como del MEF y la Contraloría General de la República, de ser el caso.³⁸⁰

A partir de la revisión de la literatura y análisis de las adendas a los contratos de concesión de carreteras que identificamos en este trabajo, nos llamó la atención varios factores: la recurrencia de algunas causales, la cantidad de adendas suscritas, como también el corto periodo entre la fecha de firma de los contratos y la suscripción de las adendas. Por ello, considerando las implicancias que involucra dicho proceso, es importante explicar los principales aspectos de las modificaciones contractuales bajo el marco normativo actual de APPs, de modo que podamos identificar los procedimientos y acciones que conlleva la suscripción de las adendas.

Ahora bien, las modificaciones contractuales deberán realizarse teniendo en consideración las disposiciones previstas dentro el marco legal vigente en materia de APPs desarrollado en nuestro país, tanto la Ley de APPs como su Reglamento.

Así, el numeral 55.1 de la Ley de APPs señala lo siguiente respecto a las modificaciones contractuales:

*55.1 El Estado, de común acuerdo con el inversionista, **puede modificar el contrato de Asociación Público Privada**, manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establezca el Reglamento. (resaltado agregado).*

Como se puede observar, la mencionada norma faculta a las partes a modificar de común acuerdo el contrato de APP, en la medida que se cumpla con ciertos principios durante el

³⁸⁰ Fénix Suto et al., “Renegociaciones de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora” 64.

proceso de renegociación contractual, como por ejemplo, el deber de mantener el equilibrio económico financiero, lo cual supone que en el contrato exista un equilibrio entre los derechos y las obligaciones que las partes asumen, condición que debe mantenerse durante toda la vigencia del contrato.³⁸¹

Otro aspecto importante que se debe mantener durante el proceso son las condiciones de competencia del proceso de promoción, con lo cual se busca cautelar que las reglas a introducirse en el contrato no terminen por variar las condiciones de competencia que fueron determinadas para la selección del inversionista privado.³⁸²

Sobre el particular, el artículo 134.3 del Reglamento de la Ley de APPs señala que la evaluación de las condiciones de competencia se realiza sobre la base de la siguiente información:

1. Las condiciones de competencia del proceso de promoción previamente identificadas en el Informe de Evaluación Integral que sustentó la Versión Final del Contrato.
2. Las disposiciones establecidas en el contrato
3. Los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro
4. Las condiciones no imputables al inversionista que afecten el desenvolvimiento del proyecto

Por su parte, el artículo 55.2 de la Ley de APPs señala que una vez recibida la solicitud de adenda, se inicia el proceso de evaluación conjunta que convoca el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local a las entidades públicas competentes que deben emitir opinión a la adenda propuesta, así como al inversionista. En esta etapa se puede solicitar información sobre el diseño de proyecto y contrato al Organismo Promotor de la Inversión Privada, quien tuvo a cargo del proceso de promoción.

En este punto, es necesario destacar que la actual normativa en materia de APPs involucra una participación más activa por parte de Proinversión durante el proceso de renegociación contractual, según el artículo 136.3 del Reglamento de la Ley de APPs, la entidad pública titular del proyecto le puede requerir a Proinversión que informe sobre la estructuración económica financiera originaria y asignación original de riesgos del proyecto que estuvo a cargo de éste.

³⁸¹ Fénix Suto et al. *Renegociaciones de contratos de concesión en infraestructura de transporte: Diagnóstico, Análisis y Propuestas de mejora*, 43-44.

³⁸² Ministerio de Economía y Finanzas. "El Marco de las Asociaciones Público Privadas: Antecedentes, Marco Normativo, Definiciones y Principios", 54-55.

Asimismo, el artículo 138.2 de la citada norma señala que la entidad pública titular del proyecto debe solicitarle su opinión no vinculante sobre la propuesta de modificación contractual, para lo cual Proinversión evalúa la asignación original de riesgos, las condiciones de competencia del proceso de promoción previamente identificados en el Informe de Evaluación Integral que sustentó la Versión Final de Contrato.

Ello evidencia que es fundamental la participación y acompañamiento de Proinversión durante el proceso de renegociación contractual, pues ésta es la única entidad que cuenta con información exacta sobre la estructuración y diseño del proyecto que puede ayudar a determinar si es conveniente realizar o no la modificación contractual.

De igual manera, el citado artículo establece que una vez culminado de proceso de evaluación conjunta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local evalúa y fundamenta las modificaciones contractuales propuestas, para luego solicitar opinión no vinculante al organismo regulador, de corresponder, así como opinión favorable al MEF³⁸³, e Informe Previo a la Contraloría General República³⁸⁴, respecto a las materias de su competencia.

Es importante mencionar que, de acuerdo al numeral 55.5 de la Ley de APPs, los acuerdos que establezcan modificaciones al contrato de APP que no cuenten con opinión favorable del MEF, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

Asimismo, en virtud del artículo 137.2 del Reglamento de la Ley de APPs, cualquier modificación contractual propuesta debe respetar el objeto del proyecto original y no demandar un monto adicional que supere el 15% del Costo Total del Proyecto, caso contrario la entidad pública titular del proyecto evalúa la posibilidad y conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una modificación al contrato de APP.

2.2.5.4 Las excepciones al límite temporal de tres años para la suscripción adendas en los contratos de APP

³⁸³ En virtud del artículo 138.4 del Reglamento de la Ley de APPs la entidad pública titular del proyecto debe solicitar opinión vinculante al MEF en caso las modificaciones contractuales involucren cambios en: (i) cofinanciamiento, (ii) garantías, (iii) parámetros económicos y financieros, (iv) equilibrio económico financiero del contrato, y (v) contingencias fiscales del Estado.

³⁸⁴ De acuerdo al artículo 55.7 de la Ley de APPs el Informe Previo tiene el carácter de no vinculante y versa sobre los aspectos que comprometen el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con lo previsto en el inciso l) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

En efecto, si bien la normativa en materia de APPs faculta a las partes a solicitar modificaciones a los contratos, uno de los aspectos resaltantes de la norma es que restringe la suscripción de adendas durante el límite temporal de tres años, salvo que se presenten ciertas excepciones conforme establece el Reglamento de APPs, esto quiere decir que, la regla general en el marco de renegociaciones contractuales es la prohibición de la suscripción de adendas durante dicho límite temporal.

En esa línea, el artículo 135 del Reglamento de la Ley de APPs establece lo siguiente:

Artículo 135. Límite temporal para la suscripción de modificaciones contractuales

Durante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del Contrato, no pueden suscribirse modificaciones contractuales a los Contratos de APP, salvo que se trate:

- 1. La corrección de errores materiales*
- 2. Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto*
- 3. La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del Contrato*
- 4. El restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del Contrato suscrito, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37.*

Como puede advertirse, es indudable la importancia del citado artículo dentro del proceso de renegociaciones contractuales en APPs, puesto que se materializa una restricción temporal por el periodo de tres años para la suscripción de adendas, y además se identifican cuatro excepciones a la regla general, lo cual muestra que el Estado intenta evitar que la incorporación de modificaciones contractuales durante los primeros años de vigencia, considerando el alto porcentaje de adendas en dicho periodo, y las consecuencias que ello implica, altos costos de transacción y un amplio periodo de negociaciones.

Desde una posición diferente, tenemos a Néstor Shimabukuro quien considera que:³⁸⁵

Tal restricción constituye en sí misma una traba o contingencia legal, tanto para la seguridad y estabilidad jurídica contractual, toda vez que la renegociación del contrato constituye en sí misma un verdadero instrumento para superar las contingencias o riesgos que puedan producirse en la fase de ejecución del contrato, siempre que medie un previo análisis y/o una

³⁸⁵ Shimabukuro, "Principio de Mutabilidad o Flexibilidad en la modificación del contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura suscrito en el marco jurídico de Asociaciones Público-Privadas", 29.

evaluación mesurada y razonada de las causales por cuales se solicita la revisión de las condiciones y los términos pactados.

En esa misma línea, Fénix Suto et al. señalan que en su momento el artículo 9 del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, el cual introducía la restricción temporal de la suscripción de adendas, era contraria a las facultades reglamentarias, en tanto incluye disposiciones que no se encuentran contempladas por la Ley; más aún, no cumple el objetivo de reducir la suscripción de adendas durante el periodo inicial de los contratos de concesión y es, además, contrario a la naturaleza incompleta de estos, cuya renegociación es un proceso natural.³⁸⁶

De igual manera, Muriel Menchola y Mery Chamorro consideran que si el Estado tiene reparos respecto a la suscripción de adendas, sólo basta con la regulación sobre el procedimiento a seguir para llegar a su suscripción, es decir, que el concedente cuente, previamente a la firma de la adenda, con la opinión técnica previa del organismo regulador, a efectos de la suscripción de una adenda, el concedente contará también con la opinión del OPIP y del Ministerio de Economía y Finanzas.³⁸⁷

Ahora bien, es importante prestar atención a la evolución del marco normativo sobre modificaciones contractuales desarrollado desde la entrada en vigencia del régimen de las APPs, esto es desde la promulgación del Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la 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, hasta el marco legal actual, en donde se ha tenido hasta cinco textos diferentes de las excepciones a la restricción para la suscripción de adendas³⁸⁸, de los cuales podemos resumir lo siguiente:

- a) A través del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, primer reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, se reguló por primera vez la restricción temporal de tres años para la suscripción de adendas -no se encontraba regulado en el TUO de Concesiones- de modo que dicha inclusión marca el inicio de una nueva etapa para los procesos de renegociaciones contractuales de APPs en nuestro país.

³⁸⁶ Fénix Suto et al. *Renegociaciones de contratos de concesión en infraestructura de transporte: Diagnóstico, Análisis y Propuestas de mejora*, 81.

³⁸⁷ Muriel Menchola y Mery Chamorro, "Algunas reflexiones sobre ejecución de los contratos de concesión: Interpretación, Modificación y Solución de Controversias" *Derecho & Sociedad*, no. 45 (2015): 97.

³⁸⁸ Decreto Supremo N° 146-2008-EF (09-12-2008), el Decreto Supremo N° 144-2009-EF (25-06-2009), el Decreto Supremo N° 127-2014-EF (31-05-2014), el Decreto Supremo N° 068-2017-EF (28-03-17), Decreto Supremo N° 240-2018-EF (29-09-2018).

- b) De acuerdo al artículo 9 del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, los supuestos de modificación contractual durante los tres primeros años en dicho momento eran los siguientes: la corrección de errores materiales y por requerimientos de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero.
- c) Luego de ello, mediante el Decreto Supremo N° 144-2009-EF se incluyeron dos nuevos supuestos a los anteriormente citados: la precisión de aspectos operativos y la necesidad de adelantar las inversiones.
- d) Después de seis años de vigencia del Decreto Supremo N° 146-2008-EF como Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, entra en vigencia el nuevo Reglamento a través del Decreto Supremo N° 127-2014-EF, el cual elimina como supuesto de excepción a “la necesidad de adelantar inversiones”.
- e) Luego de ello, en el año 2015, mediante el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 410-2015-EF se estableció un marco normativo unificado para la promoción de la inversión privada mediante APPs y Proyectos en Activos, en donde se mantuvo la restricción de tres años para la suscripción de adendas, así como las tres excepciones: (i) corrección de errores materiales, (ii) requerimientos de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero, y (iii) precisiones por aspectos operativos.
- f) Posteriormente, debido al complejo contexto político originado por la renegociación del contrato de concesión del Aeropuerto Chinchero, se aprobó el Decreto Supremo N° 068-2017-EF, a través del cual se sustituyó la causal “requerimientos de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero” por “hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto”, eliminando supuestamente la posibilidad de renegociar un contrato de APP por solicitudes de acreedores permitidos.
- g) Finalmente, en el año 2018 se publicó el Decreto Legislativo N° 1362, que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 240-2018-EF, en el cual encontramos el actual marco legal para solicitar modificaciones contractuales, el cual establece cuatro excepciones a la restricción temporal de los tres primeros años: (i) la corrección de errores materiales, (ii) hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan

modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto, (iii) la precisión de aspectos operativos y, (iv) el restablecimiento del equilibrio económico financiero.

En suma, si bien han pasado varios años desde el inicio del marco legal de APPs con la publicación del Decreto Legislativo N° 1012 que incorpora la restricción temporal de tres años, observamos que las causas de excepción no han sido modificadas sustancialmente, desde el principio se consideraron como causales a las modificaciones por solicitudes de acreedores permitidos vinculados al cierre financiero y por errores materiales, los cuales se mantienen hasta la fecha.

Eso quiere decir que, desde el año 2008 el Estado ha tenido que realizar seguimiento y una evaluación permanente del desarrollo, incluyendo las causas y consecuencias, de los procesos de renegociaciones contractuales en APPs, verificando si han resultado eficiente los cambios en el marco normativo respecto al procedimiento de evaluación y sobre todo a las excepciones introducidas, lo cual a nos lleva a la siguiente pregunta: ¿el problema es el marco normativo aplicable o el diseño y estructuración de los proyectos de APPs?, pues al final observamos que pocos meses después de firmado el contrato de concesión, las adendas se originan principalmente por “errores materiales” o “modificaciones en los aspectos técnicos y financieros del diseño inicial del proyecto”.

Hemos visto que los contratos de concesión son por naturaleza incompletos, en la medida que es imposible prever todos los hechos que pueden surgir durante la etapa de ejecución contractual, siendo natural e inevitable que las partes inicien procesos de renegociación contractual para adecuar dichas circunstancias al contrato, resaltando que deben ser cambios necesarios para la continuidad del proyecto, y generalmente ser calificados como aspectos nuevos que no pudieron preverse en el diseño original del contrato.

En ese contexto, nos preguntamos, ¿los cambios normativos introducidos en los procesos de modificaciones contractuales solucionan la alta incidencia en la suscripción de adendas? ¿no es conveniente enfocarnos en mejorar la estructuración ex ante del proyecto para disminuir las adendas durante los primeros años?

Como hemos visto en el transcurso de los años el Estado se ha visto obligado a establecer una prohibición temporal de tres años para la suscripción de adendas debido a las frecuentes modificaciones de los contratos de concesión. Sin embargo, observamos que primero se

establecieron dos supuestos de excepción a la regla general, y en la actualidad aumentaron a cuatro excepciones, lo cual nos indica que también existe la necesidad por flexibilizar la restricción temporal, a efectos que las partes encuentren una mayor posibilidad modificar aspectos necesarios para continuar la ejecución del proyecto.

Sobre ese punto, nos interesa profundizar las implicancias de la última modificación en los supuestos de excepción a través del Decreto Supremo N° 068-2017-EF, en donde se elimina la excepción referida a “los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos, vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato”, y se incluye el supuesto “los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto”.

En nuestra opinión, resulta confuso el objetivo de la nueva excepción para la suscripción de adendas, toda vez que no se tiene información sobre la interpretación del concepto de “los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto”, e incluso no se tiene la seguridad si con el actual marco legal se va a permitir o no modificar los contratos de APPs por “requerimientos sustentados de los acreedores permitidos, vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato”, puesto que de la redacción de dicha excepción se desprende que estamos ante una causal abierta, ¿cuál es el criterio para calificar un hecho como sobreviniente? ¿los requerimientos de los acreedores permitidos vinculados al cierre financiero podrán ser calificados como hechos sobrevinientes? ¿considerando el contexto actual, el funcionario público del gobierno nacional, regional y/o local a cargo de la evaluación de la suscripción de la adenda tendrá la capacidad para interpretar y calificar dicho supuesto?

Patricia Benavente y Alonso Segura, señalan que la nueva excepción es un criterio más legalista, que alude a hechos imprevisibles a la fecha de celebración del contrato. Asimismo, se elimina como causal de renegociación la imposibilidad del concesionario de lograr cierre financiero (salvo, presumiblemente, por razones imprevisibles al momento de celebrarse el contrato). De esa manera, consideran que su efectividad para reducir la incidencia de adendas dependerá de la rigurosidad y la consistencia técnica de los funcionarios a cargo de su aplicación.³⁸⁹

³⁸⁹ Patricia Benavente y Alonso Segura, “Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana” en *Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: beneficios y riesgos*. (Lima: PUCP, 2017), 56.

Respecto a la inclusión de la nueva excepción, en el año 2017 el exministro Alfredo Thorne señaló que: “*Se han introducido candados institucionales para la firma indiscriminada de adendas, las adendas de bancabilidad sólo se podrán celebrar en casos excepcionales*”.³⁹⁰

Se puede apreciar que el Ministerio de Economía y Finanzas tuvo la intención de reducir o eliminar las famosas adendas de bancabilidad, situación generada por el proceso de renegociación contractual del proyecto del aeropuerto internacional Chinchero, el cual produjo un contexto político bastante difícil, puesto que al final se resolvió el contrato de concesión, la obra estuvo paralizada por cinco años (ahora se ejecuta mediante obra pública), generando altos sobre costos al Estado, actualmente inmerso en un arbitraje internacional con el consorcio Kuntur Wasi.

En ese contexto, se han identificado en diversas investigaciones que existe una alta cantidad de adendas suscritas por temas de bancabilidad, observando que una de las modificaciones contractuales más frecuentes se refiere a la actualización de la definición de Acreedores Permitidos, así como los derechos que el Estado les otorga. Al respecto, Fénix Suto et al. han identificado que el 62.5% de las adendas analizadas versaba sobre la modificación de la definición de acreedores permitidos; el 50% se refería a las garantías que podían constituirse en su favor; y el 25% a los step-in rights.³⁹¹

Asimismo, de acuerdo a la investigación Céspedes y Paz otra razón para suscribir adendas de bancabilidad fue para incorporar el Certificado de Reconocimiento de derechos sobre Pago Anual por Obras (CRPAO), el cual viabilizó en su momento, la bancabilidad de ciertos proyectos de infraestructura de transporte público.³⁹²

Como resaltamos en la sección del riesgo de financiamiento, en un estudio elaborado por EY se identificó que el Perú es uno de los países donde alcanzar el cierre financiero toma más tiempo desde su adjudicación. Ello indica que los contratos de APPs no han sido adecuadamente diseñados para obtener el financiamiento en el plazo y condiciones establecidos, lo cual no deja de llamarnos la atención, pues hasta la fecha no se han

³⁹⁰ La web de Gestión, acceso el 7 de junio de 2017, <http://gestion.pe/economia/thorne-sobre-nueva-ley-app-se-pondrancandados-celebracion-indiscriminada-adendas-2183966>

³⁹¹ Suto et al. *Renegociaciones de contratos de concesión en infraestructura de transporte: Diagnóstico, Análisis y Propuestas de mejora*, 124.

³⁹² Josselyne Céspedes y Miguel Ángel Paz. “Alteración en la asignación de riesgos en las concesiones cofinanciadas de infraestructura de transporte de uso público mediante modificaciones contractuales” (Tesis para optar el Grado de Magister en Regulación de Servicios Públicos, PUCP, 2018), 82-89.

estandarizado cláusulas de bancabilidad adecuadas para evitar contingencias luego de firmado el contrato.

Coincidimos con María Teres Quiñones y Jenny Aliaga cuando señalan que tanto el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 como el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, en su momento admitieron como excepción a la prohibición de renegociar el contrato dentro de los primeros tres años a los “requerimientos sustentados de los acreedores permitidos, vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato”, con lo cual Proinversión aceptaba y asumía que las cláusulas que se negaba a incluir durante la estructuración del contrato, podrían ser incorporadas luego mediante una adenda de bancabilidad. Recién con la aprobación del Decreto Supremo N° 068-2017-EF, se enfocaron en el tema de bancabilidad y se exigió a Proinversión o a la entidad licitante competente un análisis preliminar de la bancabilidad.³⁹³

Ahora, ¿con la inclusión del análisis preliminar de la bancabilidad y la “prohibición de las adendas de bancabilidad” se va a lograr que se cumpla con el cierre financiero en las condiciones y plazo pactado? En nuestra opinión, no sólo se debería modificar la norma aplicable, y con ello restringir automáticamente las solicitudes de modificación por parte de los financistas – se presentan dichas solicitudes en la medida que existe una falta de evaluación o verificación con dichos intervinientes – sino enfocarse en mejorar el diseño y estructuración del contrato de APP, lo cual incluye tener un proceso mucho más abierto con los financistas, en el cual se evidencie que hay un trabajo de bancabilidad eficiente, logrando un equilibrio en los aspectos financieros, y con ello, la viabilidad del proyecto.

CAPÍTULO 3: METODOLOGÍA

3.1 Diseño de la Investigación

La presente investigación tiene un diseño empírico pues permite la obtención y la elaboración de datos empíricos a través de instrumentos de medición, así como el conocimiento de los hechos fundamentales que caracterizan los fenómenos jurídicos que son objeto de análisis en este trabajo.³⁹⁴

³⁹³ Quiñones y Aliaga, “La renegociación de los contratos de concesión en el Perú. Aproximación teórica y empírica a sus causas y consecuencias”, 97.

³⁹⁴ Edelsys Hernández Meléndrez. “Metodología de la Investigación, cómo escribir una tesis”. (Tesis en la Escuela Nacional de Salud Pública), 31.

La presente investigación empírica tendrá como objeto de estudio las normas jurídicas y los hechos económico-sociales y políticos que concurren al nacimiento, vigencia y eficacia del fenómeno jurídico en estudio, considerando multidisciplinariamente a un sector de la realidad y al comportamiento de los intervinientes dentro del proceso.³⁹⁵

Es así que, el conocimiento empírico se convierte en científico al extraerlo de la realidad con métodos y herramientas precisas. Se integra en un sistema de conceptos, teorías y leyes, puede generalizarse y pronosticarse. El conocimiento científico resiste la confrontación con la realidad, descarta explicaciones metafísicas y utiliza fuentes de primer nivel.³⁹⁶

En esa línea, el principal objetivo de este trabajo es obtener evidencia sobre el tema de investigación a través de pruebas concretas y verificables, a fin de generar conocimiento, respuestas y conclusiones que comprueben nuestra hipótesis y respondan a las preguntas de investigación.

3.1.1 Tipo

La presente investigación alcanza un nivel explicativo, un nivel profundo de la investigación social, a través del cual se explica la causa de un fenómeno jurídico, insertándolo a un contexto teórico, a fin de poder extraer conclusiones sobre su desarrollo en la sociedad.³⁹⁷

Como señala Ezequiel, el nivel explicativo intenta dar cuenta de la realidad o de hacerla comprender a través de leyes científicas o teóricas, con el objetivo principal de responder a los porqués del problema de investigación, ¿por qué ocurre dicho fenómeno? ¿cuáles son sus factores determinantes? ¿de dónde proceden? ¿cómo se transforman?³⁹⁸

De acuerdo a Hernández et al., los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos, es decir, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales, con la finalidad de explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta, o por qué se relacionan dos o más variables.³⁹⁹

³⁹⁵ Jorge Witker Velásquez. *La investigación jurídica* (México: Publilex, 2011): 132.

³⁹⁶ Daniel S. Behar. *Introducción a la Metodología de la Investigación* (México: Shalom, 2008): 8.

³⁹⁷ Ezequiel Ander-Egg. *Técnicas de la investigación social* (Buenos Aires: LUMEN, 1995): 12.

³⁹⁸ *Ibíd.*

³⁹⁹ Roberto Hernández, Carlos Fernández y Pilar Baptista. "Definición del alcance de la investigación a realizar: exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa" en *Metodología de la Investigación*. (México: McGraw-Hill, 2006), 108.

En la presente investigación explicaremos el desarrollo del fenómeno de las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas en nuestro país, especialmente, las implicancias en la suscripción de las adendas de bancabilidad, a fin de identificar las principales causas que motivan las solicitudes de modificaciones contractuales por parte de los concesionarios y financistas durante los primeros años.

3.1.2 Enfoque

El diseño general de la investigación ha seguido un enfoque de investigación cualitativa, el cual se fundamenta en una perspectiva interpretativa centrada en el entendimiento del significado de las acciones de seres vivos, principalmente los humanos y sus instituciones, que busca conocer las interpretaciones de los participantes en la investigación respecto de sus propias realidades.⁴⁰⁰

El enfoque cualitativo es un enfoque para explorar y comprender el significado que los individuos o grupos atribuyen a un problema social o humano. Como señala Creswell, el proceso de investigación involucra preguntas y procedimientos emergentes, los datos típicamente recolectados en el entorno del participante, el análisis de datos que se basa inductivamente en detalles y tema generales.⁴⁰¹

Según Nadia Ugalde y Francisco Balbastre este tipo de diseño es idóneo para estudiar los cambios que tienen lugar en los procesos de carácter social y organizativo. Dada la implicación del investigador cualitativo en el contexto de su estudio, el mismo se encuentra en una posición más favorable para ver las vinculaciones entre los eventos y las actividades, así como para explorar las interpretaciones que las personas hacen de los factores que producen dichas interconexiones. De esa manera, la investigación cualitativa ofrece una oportunidad mucho mayor para estudiar los procesos que tienen lugar en la vida social.⁴⁰²

En esa línea, en el presente trabajo de investigación recopilamos información sobre el fenómeno jurídico de estudio a través dos instrumentos de medición: análisis de datos y entrevistas. Dichos instrumentos nos ayudaron a probar la hipótesis planteada y obtener datos sobre el problema de la investigación, a partir de la información oficial sobre las concesiones

⁴⁰⁰ Roberto Hernández, Carlos Fernández y Pilar Baptista. "Definición del alcance de la investigación a realizar: exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa" en *Metodología de la Investigación*. (México: McGraw-Hill, 2006), 9.

⁴⁰¹ John Creswell. *Research and Design Qualitative, Quantitative and Mixed Methods Approaches* (USA: SAGE, 2014), 30.

⁴⁰² Nadia Ugalde y Francisco Balbastre, "Investigación cuantitativa e investigación cualitativa: buscando las ventajas de las diferentes metodologías de investigación" *Ciencias Económicas*, no. 2, (2013): 182.

de carreteras en ejecución, así como del conocimiento de los expertos, quienes compartieron sus opiniones, percepciones, y experiencias sobre el tema de investigación.

En ese contexto, primero realizamos un análisis de datos que comprendió la revisión de dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras y las adendas suscritas durante los tres (03) primeros años, lo cual nos permitió identificar los principales aspectos de los contratos de concesión, así como las causas que generaron las modificaciones contractuales de dichos proyectos durante los tres primeros años.

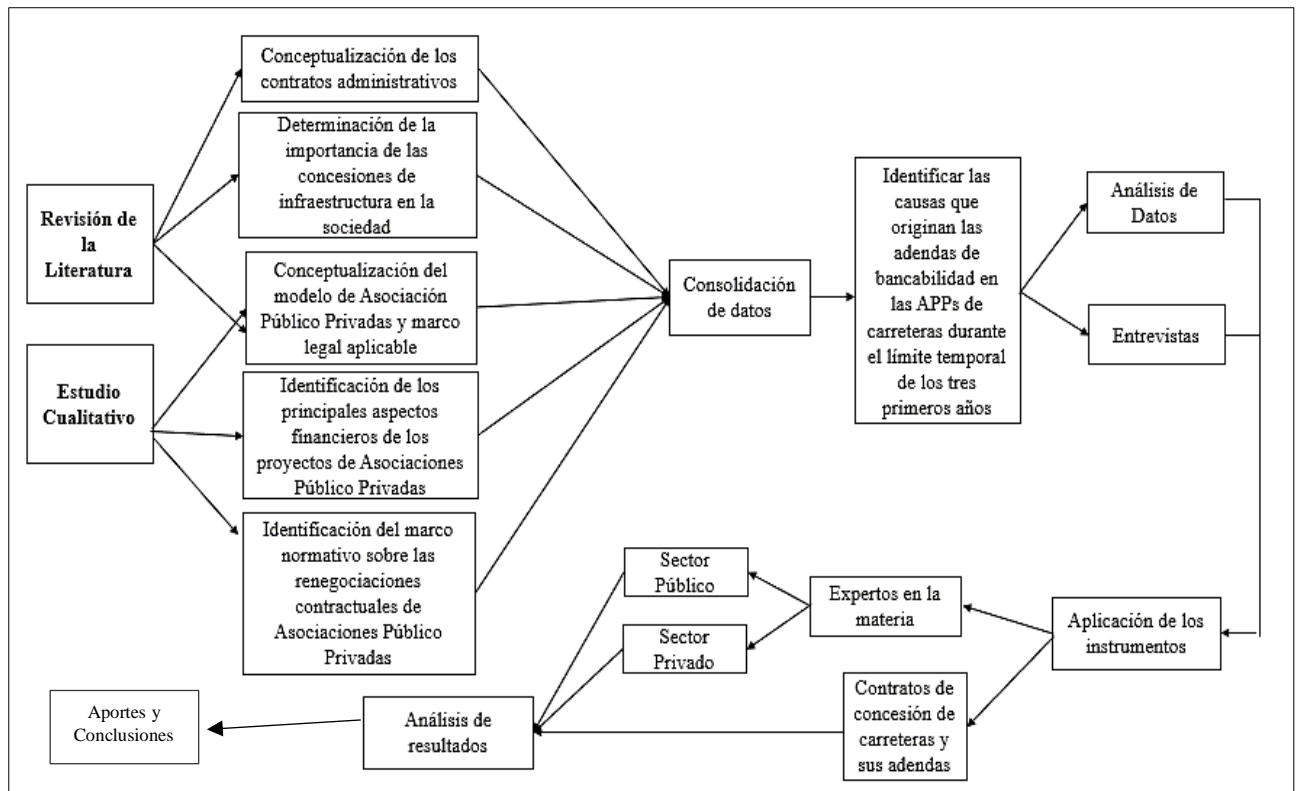
Luego de ello, dicho estudio sirvió como base para comprobar el número de renegociaciones contractuales en las concesiones viales, identificando las adendas suscritas durante los tres primeros años, especialmente el número de adendas de bancabilidad solicitadas por los concesionarios, incluyendo los principales aspectos financieros involucrados en dichos procesos.

Por otro lado, entrevistamos a dieciocho (18) expertos en la ejecución de proyectos de APP, quienes nos manifestaron sus opiniones respecto al fenómeno de las renegociaciones contractuales de las APPs, especialmente las implicancias entorno a las adendas de bancabilidad, pudiendo obtener información detallada sobre la estructuración financiera de los proyectos y el desarrollo de los procesos de promoción. En tal sentido, recolectamos información valiosa sobre la situación actual de los procesos de renegociaciones contractuales, fundamentalmente entorno a las adendas de bancabilidad, la cual pudimos analizar e interpretar, consiguiendo hallar elementos importantes que nos ayudaron a cumplir con el objetivo de este trabajo.

Finalmente, consolidamos la revisión de la literatura y los resultados de los instrumentos de medición (entrevistas y análisis de datos), a efectos de desarrollar ideas para contribuir con lineamientos o mejores prácticas que optimicen la estructuración financiera de los proyectos de Asociaciones Público Privadas durante el proceso de promoción de la inversión privada, y por tanto se pueda observar una disminución de adendas de bancabilidad durante los primeros años de vigencia del contrato de APP.

Para mayor claridad sobre el diseño de la presente investigación, se ha elaborado el Gráfico N° 11 que resume las etapas, los procedimientos, y la metodología de investigación para lograr los objetivos de investigación, en donde se aprecia el diseño general de la investigación.

Gráfico N° 11: Diseño General de la Investigación



Elaboración propia.

3.2 Muestra

En el presente trabajo de investigación se realizó una muestra por conveniencia, en base a los contratos de concesión de carreteras que se encuentran actualmente en ejecución, habiendo un total dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras, así como las adendas suscritas durante los tres primeros años. Se puede observar que el análisis de datos tuvo como objetivo estudiar las modificaciones contractuales del sector transporte, específicamente las concesiones viales dentro un periodo determinado.

Asimismo, se seleccionaron dieciocho (18) expertos en materia de ejecución de proyectos de Asociaciones Público Privadas, entre los cuales se identificaron funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio de Transporte y Comunicaciones, Proinversión y OSITRAN, así como consultores en el sector privado. La lista de los expertos se detalla en el Capítulo IV de la presente investigación.

3.3 Instrumentos de medida

De acuerdo a Creswell, los investigadores cualitativos recopilan datos mediante el análisis de documentos, observando el comportamiento de individuos o a través de la aplicación de

entrevistas a los participantes a través de un protocolo, un instrumento para recopilar datos.⁴⁰³ En esa línea, en la presente investigación se utilizaron como instrumentos de medición a la entrevista y el análisis de dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras y sus adendas.

Con relación a las entrevistas, se identificó a dieciocho (18) expertos en la estructuración y ejecución de proyectos de APPs, tanto especialistas en el marco legal aplicable como en el área financiera, siendo ambos aspectos sustanciales en los procesos renegociaciones contractuales de APPs. A partir de ello, elaboramos un listado de seis preguntas (denominado Guía de Entrevistas) sobre el alcance de los procesos de renegociaciones de los contratos de APP, así como las implicancias de las adendas de bancabilidad durante los tres primeros años, logrando la construcción de conceptos respecto a las preguntas de investigación. La lista de entrevistados será detallada en el Capítulo IV de la presente investigación.

Asimismo, realizamos un análisis de los dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras a nivel nacional que actualmente se encuentran en etapa de ejecución, supervisados por OSITRAN, así como de las adendas suscritas durante los tres primeros años. Dichos contratos y adendas se detallarán en el Capítulo IV de esta investigación.

3.4. Validación del Instrumento

De manera previa a las entrevistas, se efectuó la validación de la Guía de Entrevista mediante el desarrollo de preguntas preliminares sobre el tema de investigación, que fueron aplicadas a dos (02) expertos, pudiendo verificar que las preguntas hayan sido elaboradas adecuadamente, es decir, que cumplan con el objetivo de obtener respuestas claras sobre el problema de la presente investigación.

Los resultados preliminares que arrojó la validación de la Guía de Entrevista consisten principalmente en la necesidad de precisar la redacción y determinar los conceptos de algunas preguntas, con el objetivo que los entrevistados expresen de manera clara el conocimiento que tienen sobre el tema de investigación.

La Guía de Entrevista se encuentra adjunta en el Anexo N° 1.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN DEL ESTUDIO CUALITATIVO

⁴⁰³ Creswell. *Research and Design Qualitative, Quantitative and Mixed Methods Approaches* (USA: SAGE, 2014), 236.

Como explicamos en el capítulo anterior, en el presente trabajo realizamos una investigación cualitativa que recolecta y analiza datos cualitativos para conocer a profundidad el fenómeno jurídico de los procesos de renegociaciones contractuales de Asociaciones Público Privadas en nuestro país, especialmente las implicancias de las adendas de bancabilidad, a efectos de comprender y reflexionar sobre los criterios que se aplican en la etapa de estructuración de los proyectos.

Coincidimos con Irene cuando señala que la investigación cualitativa es multi metódica, naturalista e interpretativa. Es decir, que los investigadores indagan en situaciones naturales, intentando dar sentido o interpretar los fenómenos en los términos del significado que las personas les otorgan. La investigación cualitativa abarca el estudio, uso y recolección de una variedad de materiales empíricos -estudio de caso, experiencia personal, introspectiva, historia de vida, entrevista, textos observacionales, históricos, interaccionales y visuales- que describen los momentos habituales y problemáticos y los significados en la vida de los individuos.⁴⁰⁴

En ese sentido, en primer lugar realizamos un análisis de datos a través de la revisión de dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras a nivel nacional, así como las adendas suscritas durante los tres primeros años, en donde empezamos exponiendo los principales aspectos de las concesiones viales, así como los motivos que se evidencian para la suscripción de cada una de las adendas. Luego de ello, cuantificamos dicha información, hallando el total de adendas suscritas en el subsector de concesiones viales hasta la fecha y el número de las adendas suscritas durante los tres primeros años. Asimismo, dentro de dicho análisis identificamos las materias recurrentes en las adendas, dándole mayor énfasis en los aspectos financieros que fueron solicitados con mayor frecuencia en las modificaciones contractuales por los financistas y concesionarios.

Posteriormente, se realizaron dieciocho (18) entrevistas a expertos en la ejecución de proyectos de APPs a partir de la aplicación de seis (06) preguntas enfocadas en determinar los elementos involucrados en el proceso de renegociaciones contractuales, así como las implicancias de las adendas de bancabilidad, evidenciando los criterios que se desarrollan en la etapa de estructuración de los proyectos de APPs.

⁴⁰⁴ Irene Vasilachis. Estrategias de la investigación cualitativa (España: Gedisa, 2019): 2.

La selección de los entrevistados tuvo como base a los actores involucrados en las etapas de estructuración y transacción de un proyecto de APP de alcance nacional, entre los cuales encontramos a funcionarios de entidades públicas como el Ministerio de Economía y Finanzas, Proinversión, Ministerio de Transporte y Comunicaciones, además de especialistas en el sector privado en materia jurídica y expertos en el financiamiento de proyectos APPs, ambos de reconocido prestigio académico.

En resumen, nuestro objetivo principal en el presente capítulo fue obtener información valiosa como resultado de la aplicación de los instrumentos de medición, pudiendo de ese modo analizar y reducir dichos resultados dentro de ciertos patrones, categorías o temas, para luego interpretarlos mediante el uso de esquemas o tablas que consolide dicha información. Según Creswell, este proceso resulta de un análisis de “alto nivel” que busca reflejar la intención del investigador de asegurar la comprensión del fenómeno objeto de estudio.⁴⁰⁵

4.1 Análisis de Datos

Tal como señalamos anteriormente, a efectos de la presente investigación realizamos un análisis de dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras a nivel nacional suscritos entre los años 2003 y 2014, así como de las adendas suscritas durante los tres (03) primeros años, con el objetivo de identificar los alcances de las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de concesión en dicho sector, con especial énfasis en los aspectos financieros que originaron las solicitudes de modificaciones contractuales.

Dado el gran volumen de los contratos de concesión, en primer lugar nos enfocamos en organizar la información de cada contrato en carpetas, dentro de las cuales identificamos las adendas suscritas durante los tres primeros años, así como los informes técnicos que sustentan las modificaciones contractuales, de forma que pudimos localizar fácilmente los documentos de cada proyecto. Dichos documentos oficiales fueron obtenidos directamente de la página institucional de OSITRAN actualizada al 2017, sin embargo nos vimos en la necesidad de solicitar información adicional mediante el Acceso a la Información Pública, ya que no encontramos todos los informes técnicos con los sustentos en la página web institucional.

⁴⁰⁵ John Creswell, “El procedimiento cualitativo” en *Diseño de la investigación. Aproximaciones cualitativas y cuantitativas* (USA: SAGE, 2014), 143.

Nótese que las concesiones viales mencionadas refieren a la primera generación de concesiones en el Perú, en donde Proinversión recién estaba iniciando funciones y atribuciones transferidas por la fusión de cuatro instituciones⁴⁰⁶, y el marco legal vigente en los primeros contratos era el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, TUO de Concesiones y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, quedando aún un largo camino para el marco normativo actual de APPs.

Asimismo, cabe mencionar que, si bien dentro del análisis se ha incluido algunas adendas y concesiones hoy inmersas en casos de corrupción, aún se encuentran en proceso de investigación, por lo que de igual manera consideramos importante incluirlas a efectos de tener una evaluación integral de la totalidad de los proyectos de viales actualmente en ejecución contractual.⁴⁰⁷

Ahora bien, luego de haber organizado la información, efectuamos la revisión detallada de los documentos, de la cual obtuvimos los primeros resultados relevantes sobre las renegociaciones contractuales en dicho subsector: el total de adendas suscritas por cada contrato de concesión, así como las que fueron suscritas durante tres (03) primeros años (véase en la Tabla N° 1).

Luego de ello, a fin de estructurar los datos obtenidos de la revisión de información, procedimos a organizar en tablas los principales aspectos de cada contrato de concesión, en donde identificamos las características de los proyectos, así como las adendas suscritas dentro del límite temporal de los tres (03) primeros años, explicando el contexto y los motivos que originaron el inicio de los procesos de renegociaciones contractuales.

Después dicho análisis, presentamos los resultados finales a través de tablas donde cuantificamos los datos a partir de la información obtenida del instrumento cualitativo (documentos oficiales). En la primera tabla evidenciamos el número de adendas suscritas por cada contrato de concesión y la causa que las originó (errores materiales, financiamiento, ejecución de obras), logrando determinar la frecuencia que observamos cada materia, y finalmente mostrar la causa que originó mayores modificaciones contractuales (véase la Tabla N° 2).

⁴⁰⁶ La Dirección Ejecutiva del Fondo de Promoción de la Inversión Privada (FOPRI), la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (CONITE) y la Gerencia de Promoción Económica de PROMPERU.

⁴⁰⁷ La web de Proética, acceso el 08 de noviembre de 2020, <https://www.proetica.org.pe/casos-emblematicos/caso-lava-jato/>

Adicional a ello, a efectos de ahondar en el problema de investigación, realizamos un segundo nivel de análisis de la información, en el cual identificamos las principales cláusulas financieras que fueron objeto de modificación en los contratos de concesión de carreteras, a fin de comprender el alcance de los aspectos financieros que se discuten entre el concedente, concesionario y potenciales financistas durante los primeros años de suscrito el contrato, es decir, cuando el proyecto de APP aún se encuentra en la etapa de Cierre Financiero (véase la Tabla N° 3).

Finalmente, para tener una mejor comprensión sobre la trascendencia de los procesos de renegociaciones contractuales de APPs en nuestro país, consideramos importante incluir la revisión de los principales aspectos de tres (03) relevantes contratos de concesión (Aeropuerto Internacional Chinchero, Línea 2 del Metro de Lima y Gasoducto Sur Peruano) que generaron contextos políticos complicados y cuestionados por muchos especialistas, políticos, economistas, entre otros, a partir de la presentación de solicitudes de adendas en los últimos años, y que a la fecha resultan proyectos controversiales puesto que significan grandes oportunidades y beneficios para la sociedad en general.

4.1.1 Identificación de los contratos de concesión de carreteras

A continuación, presentamos la Tabla N° 1 en donde detallamos los dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras a nivel nacional, que a la fecha se encuentran en las etapas de ejecución de obras, operación y mantenimiento, identificando el total de adendas suscritas en cada contrato, así como las adendas suscritas durante los tres (03) primeros años.

Tabla N° 2: Detalle de los contratos de concesión de carreteras a nivel nacional

	Contrato	Total Adendas	Adendas durante los tres primeros años
1	Red Vial N° 5: Ancón - Huacho - Pativilca	5	2
2	Red Vial N° 6 : Pucusana - Cerro Azul – Ica	9	1
3	IIRSA Norte: Paita - Yurimaguas	7	3
4	IIRSA Sur - Tramo 2: Urcos - Inambari	8	4
5	IIRSA Sur - Tramo 3: Inambari - Iñapari	7	4
6	IIRSA Sur - Tramo 4: Inambari - Azángaro	7	3
7	Empalme 1B - Buenos Aires - Canchaque	3	2
8	IIRSA Sur - Tramo 1: San Juan de Marcona - Urcos	2	1
9	IIRSA Sur - Tramo 5: Matarani - Azángaro - Ilo	3	1

10	Red Vial N° 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Puerto Salaverry	3	-
11	Tramo Vial: Óvalo Chancay/ Dv. Variante Pasamayo - Huaral - Acos	2	1
12	Tramo Vial: Mocupe - Cayaltí - Oyotún	1	-
13	Autopista del Sol: Trujillo - Sullana	2	-
14	IIRSA Centro - Tramo 2: Pte. Ricardo Palma - La Oroya - Huancayo y La Oroya - Dv. Cerro de Pasco	2	-
15	Tramo Vial: Dv. Quilca - Dv. Arequipa - Dv. Matarani - Dv. Moquegua - Dv Ilo - Tacna - La Concordia	1	1
16	Longitudinal de la Sierra - Tramo 2: Ciudad de Dios - Cajamarca - Chiple - Cajamarca - Trujillo - Dv. Chilete - Emp. PE-3N	-	-
	TOTAL	62	23

4.1.2 Análisis de los contratos de concesión de carreteras y sus adendas

Luego de ello, en la presente sección presentamos tablas con los principales aspectos de los contratos de concesión antes identificados, entre ellos, el objeto de la concesión, la clasificación del proyecto de Asociación Público Privada (si es un proyecto autofinanciado o cofinanciado), el plazo de vigencia de la concesión, los montos de inversión, entre otras características relevantes para el análisis.

Asimismo, describimos el contexto de los procesos de renegociaciones de cada contrato de concesión, evidenciando los motivos que originaron la suscripción de las adendas durante los tres (03) primeros años, dando especial énfasis en la revisión de los temas financieros involucrados en las modificaciones contractuales, así como en el periodo que transcurrió entre cada una las adendas.

Contrato de Concesión Red Vial N° 5: Ancón - Huacho - Pativilca

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	NORVIAL S.A
Clasificación APP	Autosostenible
Plazo de vigencia de la concesión	25 años
Fecha de suscripción	15 de enero de 2003
Objeto de la concesión	Construcción, Mantenimiento y Explotación de la infraestructura de servicio público del Tramo Ancón- Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte
Compromiso de inversión referencial	US\$ 61'400 000

Retribución al Estado	5,50% de los ingresos mensuales por concepto de peajes
N° de adendas	5
N° de adendas durante los tres primeros años	2

i) Adenda N° 1

La presente adenda fue suscrita el 8 de noviembre de 2004, luego de un año de firmado el contrato de concesión, a través de la cual los potenciales Acreedores Permitidos propusieron la modificación de diversas cláusulas a fin de otorgar el financiamiento requerido para la ejecución de obras.

Mediante Carta N° NOR308-03 de fecha 14 de agosto de 2003, NORVIAL S.A informa al MTC sobre los avances del financiamiento gestionado con International Finance Corporation (IFC) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) por un monto total de US\$ 36 millones. En dicha comunicación, el Concesionario indica que ambas instituciones han solicitado aclaraciones y modificaciones al contrato de concesión.

Las principales modificaciones solicitadas por el Concesionario y financistas se centran en:

- Otorgar a los Acreedores Permitidos el derecho de subsanación en caso el concesionario incurriese en causal de resolución, estableciéndose procedimientos y plazos para ejercer dicho derecho.
- Incluir una sección relativa a Fuerza Mayor, en la que se define dicho evento y se regule la suspensión del plazo de la concesión, así como el procedimiento en caso de resolución del contrato.
- Incorporar como causal de terminación del contrato de concesión el no restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero.
- Determinación del plazo para el inicio de las obras de la Segunda Etapa
- Regular el otorgamiento de garantías a favor de los Acreedores Permitidos estableciéndose un procedimiento para la autorización de la constitución de la hipoteca del derecho de concesión.
- Garantizar a los Acreedores Permitidos el pago de sus acreencias en caso tenga lugar la resolución del contrato de concesión.

ii) Adenda N° 2

La presente adenda fue suscrita el 31 de octubre de 2005, después de dos (02) años de firmado el contrato de concesión.

Mediante Carta N° NOR456-05 de fecha 16 de junio de 2005, el Concesionario remite a OSITRAN los contratos de préstamo suscritos con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el International Finance Corporation, a fin de solicitar opinión para la constitución de garantías a favor de dichas instituciones.

En tal sentido, el Concesionario solicita aprobación del Concedente respecto a los contratos de garantía, hipoteca y fideicomiso que suscribirá con los Acreedores Permitidos conforme el contrato de concesión.

En ese contexto, la suscripción de la adenda tuvo como objetivo la modificación de la cláusula 9.5 referida a las Garantías a favor de los Acreedores Permitidos, específicamente aclarar el proceso y los requisitos de la constitución de las garantías.

Asimismo, se modificó la cláusula 8.19 referida a la Retribución a favor del Supervisor y la cláusula 11.7 vinculada con las relaciones que debe mantener la concesionaria con terceros que realicen algún tipo de actividad dentro del Derecho de Vía de la Concesión.

Contrato de Concesión Red Vial N° 6: Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Concesionaria Vial del Perú – COVIPERU S.A
Clasificación APP	Autosostenible
Plazo de vigencia de la concesión	30 años
Fecha de suscripción	20 de setiembre de 2005
Objeto de la concesión	Construcción y Explotación del Tramo Vial: Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica
Compromiso de inversión Referencial	US\$ 192' 091, 31
Retribución a favor del Estado	<ul style="list-style-type: none"> • 1% de los ingresos mensuales por concepto de peajes, a partir de la fecha de suscripción del contrato hasta la culminación de las obras de la primera etapa, o a más tardar al finalizar el año 4 de la concesión. • 18,61% de los ingresos del peaje a partir de la culminación de las obras de la primera etapa o al inicio del año 5 hasta la finalización de la concesión.
N° de adendas	9
N° de adendas durante los tres primeros años	1

i) Adenda N° 1

Se modificaron las definiciones de Obras Complementarias y Obras Nuevas con la finalidad de incluir un procedimiento específico para contribuir con el orden interno y disminución de acciones.

La causa que originó la modificación contractual fue la solicitud de obras complementarias por el Concedente que no fueron incluidas en el expediente técnico del

Concesionario, y en donde OSITRAN aclaró que dichas obras deben ser incorporadas bajo la categoría de Obras Nuevas, y que la reubicación de las Unidades de Peaje debe ser aprobada por el Regulador.

La Adenda N° 1 fue firmada el 28 de agosto de 2007, dos (02) años después de firmado el contrato de concesión.

Contrato de Concesión IIRSA Norte: Paita - Yurimaguas

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	IIRSA NORTE S.A
Clasificación APP	Cofinanciada
Plazo de vigencia de la concesión	25 años
Fecha de suscripción	17 de junio de 2005
Objeto de la concesión	Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, Mantenimiento y Explotación de la infraestructura pública de servicio público de los Tramos del Eje Multimodal del Amazonas Norte
Compromiso de inversión referencial	US\$ 205 millones
Pago Anual por Obras (PAO)	Cuota anual que asciende a la suma de US\$ 29'450, 963, 00, por un plazo de quince (15) años de la Concesión, a partir de la verificación de las condiciones que se señalan en los literales e) y g) de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión.
Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO)	Cuota anual que asciende a la suma de US\$.15 290 534,00 aplicable a partir de la fecha de inicio de Explotación y hasta el final de la Concesión, de acuerdo a lo indicado en el literal d) de la Cláusula 8.24 del Contrato de Concesión.
CRPAO	Es cada uno de los Certificados de Reconocimiento de derechos sobre el PAO a ser emitidos por el CONCEDENTE con motivo de la expedición de cada CAO, según el modelo que consta en el Anexo XIII del Contrato, que certifica y acredita la obligación directa, general, incondicional e irrevocable del CONCEDENTE de pagar el monto establecido en dicho certificado por concepto de PAOCAO, en los plazos establecidos. Cada CRPAO se registrará exclusivamente por los términos y condiciones establecidos en el mismo.
N° de adendas	6
N° de adendas durante los tres primeros años	3

i) Adenda N° 1

La presente adenda precisó el procedimiento y los requisitos para optar por la Garantía de Crédito Parcial y la Línea de Crédito de Enlace, de modo que el Concesionario pueda

cumplir con el Cierre Financiero y contar con el financiamiento para la ejecución del proyecto.

Mediante Carta N° CVN-001/06-2005 de fecha 13 de junio 2005, el Concesionario solicitó que se precisen algunos términos del contrato de concesión, adjuntando un proyecto de adenda con cláusulas adicionales, entre las cuales incluye los siguientes aspectos:

- Ampliación de plazo para el Cierre Financiero
- Modificar las actividades de Mantenimiento Periódico
- Precisar la obligación de contratar seguros
- Incluir la opción de declarar la caducidad del contrato en caso no exista interés en operar la concesión
- Reinstalación de la Línea de Crédito de Enlace (LCE)
- Modificar el Apéndice 3 del Anexo I referido a los Parámetros de Serviciabilidad
- Incluir el condicionamiento de la construcción de las obras a la disponibilidad de la LCE

Luego de varias propuestas, la Adenda N° 1 fue suscrita el 29 de diciembre de 2005, a seis (06) meses de firmado el contrato de concesión, a través de la cual se modificó finalmente el procedimiento y los requisitos para que el concesionario pueda optar por la Garantía de Crédito Parcial y por la Línea de Crédito de Enlace estipulada en la cláusula 3.10, así como los Servicios Obligatorios, el Régimen Económico (Peaje y Tarifa), la Reinstalación de la LCE y el Apéndice 3 del Anexo I.

ii) Adenda N° 2

La Adenda N° 2 fue suscrita el 23 de febrero de 2006, esto es, a un año de firmado el contrato de concesión, mediante el cual las partes acordaron adelantar las intervenciones de construcción de obras de los Tramos Paita – Piura – Olmos, para lo cual fue necesario realizar precisiones y modificaciones al contrato.

Mediante Oficio N° 1556-2005-MTC/02 de fecha 16 de diciembre 2005, el MTC pone de conocimiento el Informe N° 198-2005-MTC/02.01, así como el proyecto de adenda al contrato de concesión, a través del cual solicita anticipar la ejecución de las obras correspondientes al tramo Paita – Piura – Olmos (Segunda Etapa de Construcción) con el objetivo de enfrentar el problema que generaría el incremento en el peaje sin que vaya acompañado por obras que justifiquen el incremento ante los usuarios.

En tal sentido, la modificación del contrato de concesión propuesto por el MTC implica lo siguiente:

- Adelanto de las obras programadas para la Segunda Etapa de Construcción
- Ejecución de las obras correspondientes al Tramo Paita – Piura – Olmos durante el primer año de ejecución de la Primera Etapa Construcción

- Modificación de la distribución de pagos del PAO a 80% para las obras de la Primera Etapa y 20% para las obras de la Segunda Etapa

La presente adenda modificó los cuadros N° 2 y 3 vinculados a las Etapas de Construcción de Obras de la cláusula 6.1, la cláusula 8.23 referida al Procedimiento para el Pago Anual por Obras y los cuadros N° 8 y 9 vinculados al Término por Incumplimiento del Concedente.

iii) Adenda N° 3

La Adenda N° 3 fue suscrita el 21 de julio de 2006, luego de cinco (05) meses de suscrita la Adenda N° 2, teniendo como objetivo la obtención del financiamiento de las obras materia del contrato, así como resolver diversas dudas técnicas.

La solicitud de modificación formulada por el Concesionario y sus potenciales financistas fue garantizar la bancabilidad del proyecto, la cual se lograría creando la figura de un certificado de naturaleza incondicional e irrevocable (CRPAO), por medio del cual el Concedente asume la obligación de cancelar los Pagos Anuales de Obra (PAO).

Principalmente se modificaron las cláusulas referidas a los Acreedores Permitidos, Suspensión de Plazo, Programa de Ejecución de Obras, así como el Fideicomiso de Pago del Pago Anual de Obra (PAO), el cual tiene como finalidad de facilitar el financiamiento de la inversión para la ejecución de obras.

Entre las cláusulas que fueron incluidas en el contrato de concesión se observa los conceptos del Certificado de Avance de Obra (CAO), Certificado de Reconocimiento de derechos sobre el PAO (CRPAO), Programa de Ejecución de Obras e Hitos Constructivos.

Contrato de Concesión IIRSA Sur Tramo 2: Urcos – Inambari

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A.
Clasificación APP	Cofinanciada
Plazo de vigencia de la concesión	25 años
Fecha de suscripción	04 de agosto de 2005
Objeto de la concesión	Construcción, Operación y Financiamiento (BOT) de la Infraestructura Vial del Servicio Público del Tramo Urcos – Inambari (300 km.)
Compromiso de inversión referencial	US\$ 221 millones
Pago Anual por Obras (PAO)	<ul style="list-style-type: none"> • US\$ 31 858 000 anuales por un plazo de 15 años de la Concesión (no incluye IGV). • Estos son: <ul style="list-style-type: none"> - Pagos primera etapa: 30 pagos semestrales de 14,5% del PAO.

	<ul style="list-style-type: none"> - Pagos segunda etapa: 30 pagos semestrales de 19% del PAO. - Pagos tercera etapa: 30 pagos semestrales de 16,5% del PAO. • Por lo tanto, la proporción del PAO pagado, en la primera, segunda y tercera etapa será de 29%, 38% y 33% del PAO. • La parte proporcional de los PAO será pagada los días 30 de abril y 30 de octubre. • El Concesionario (a su costo) constituirá un Fideicomiso de Administración de Pagos PAO (local o extranjero).
CRPAO	Es cada uno de los Certificados de Reconocimiento de derechos sobre el PAO a ser emitidos por el Concedente con motivo de la expedición de cada CAO
Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO)	<ul style="list-style-type: none"> • PAMO (Trimestral): USD 4,76 millones anuales aplicables a partir de la fecha de explotación (no incluye IGV) y una anualidad de USD 564 mil para mantenimiento periódico. • 25% del PAMO para gastos de mantenimiento rutinario por un año entre culminación de obras e inicio de explotación. • Transitabilidad: Siete (7) pagos trimestrales por un monto no mayor a los USD 12 220 400.
N° de adendas	8
N° de adendas durante los tres primeros años	4

i) Adenda N° 1

La Adenda N° 1 fue suscrita el 24 de febrero de 2006, es decir seis (6) meses después de firmado el contrato de concesión, con el objetivo de permitir el inicio de actividades para garantizar la transitabilidad del tramo, así como la elaboración de los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental antes de la fecha de vigencia de las obligaciones por parte del Concesionario.

La causa que originó la adenda fue que el Concedente le solicitó anticipar dichas obligaciones al Concesionario, a pesar de que éste no se encontraba obligado por no haberse cumplido la Fecha de Entrada en Vigencia, por lo que también se generó la obligación a cargo del Concedente de pagarle al Concesionario la indemnización correspondiente.

ii) Adenda N° 2

La Adenda N° 2 fue suscrita el 16 de junio de 2006, es decir a los diez (10) meses de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que la Contraloría General de la República observó el índice de transitabilidad

establecido en el primer párrafo del literal c) de la cláusula 8.21 del contrato, modificado por la Adenda N°1.

Por tanto, la presente adenda buscó precisar que el índice de transitabilidad está referido a todo tipo de vehículo que circule en el tramo vial, aclarando la redacción del primer párrafo del literal c) de la cláusula 8.21 del contrato de concesión.

iii) Adenda N° 3

La Adenda N° 3 fue suscrita el 26 de julio del 2006, esto es a los once (11) meses de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue la falta de un instrumento que permita el financiamiento del proyecto, lo cual ponía en riesgo la bancabilidad del mismo.

De acuerdo al Informe N° 028-06-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 26 de junio de 2006, el objetivo de la presente adenda fue adecuar el contrato de concesión al sistema del Certificado de Reconocimiento del Pago Anual por Obra (CRPAO), por lo cual se buscó aclarar principalmente el alcance del Pago Anual por Obras (PAO) para retribuir las inversiones que realizará el concesionario, modificándose los conceptos que resultaban necesarios su implementación, por ejemplo las cláusulas referidas al procedimiento del PAO, definición de Acreedores Permitidos, procedimiento para la emisión de los CRPAO, entre otros.

Por el lado de los aspectos técnicos, se modificaron cláusulas como el Programa de Ejecución de Obras y variaciones en los metrados.

iv) Adenda N° 4

La Adenda N° 4 fue suscrita el 16 de julio de 2007, esto es un año después de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que en la versión original del contrato de concesión, el Pago Anual por Obras (PAO) se encontraba asociado a las obras establecidas en el proyecto referencial, por lo que era necesario que el mecanismo de reconocimiento y compensación de diferencias en metrados tenga como base el Expediente Técnico.

Contrato de Concesión IIRSA Sur – Tramo 3: Inambari – Iñapari

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A
Clasificación APP	Cofinanciada
Plazo de vigencia de la concesión	25 años
Fecha de suscripción	04 de agosto de 2005
Objeto de la concesión	Construcción, Conservación y Explotación del Tramo 3: Inambari – Iñapari
Compromiso de inversión referencial	US\$ 332 millones

Pago Anual por Obra (PAO)	<ul style="list-style-type: none"> • El monto asciende a USD 40' 682 000,00 anuales por un plazo de 15 años de la Concesión (no incluye IGV), de acuerdo al siguiente detalle: <ul style="list-style-type: none"> - primera etapa: 30 pagos semestrales de 14,5% del PAO. - segunda etapa: 30 pagos semestrales de 19% del PAO - tercera etapa: 30 pagos semestrales de 16,5% del PAO. • Por lo tanto la proporción del PAO pagado, en la primera, segunda y tercera etapa será de 29%, 38% y 33% del PAO. • La parte proporcional de los PAO será pagada los días 30 de abril y 30 de octubre. • El Concesionario (a su costo) constituirá un Fideicomiso de Administración de Pagos PAO (local o extranjero).
CRPAO	Es cada uno de los Certificados de Reconocimiento de derechos sobre el PAO a ser emitidos por el Concedente con motivo de la expedición de cada CAO.
Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO)	<ul style="list-style-type: none"> • PAMO (Trimestral): USD 5,96 millones anuales aplicables a partir de la fecha de explotación (no incluye IGV) y una anualidad de USD 758 mil para mantenimiento periódico. • 25% del PAMO para gastos de mantenimiento rutinario por un año entre culminación de obras e inicio de explotación. • Transitabilidad: Siete (7) pagos trimestrales por un monto no mayor a los USD 12 458 780,00.
N° de adendas	7
N° de adendas durante los tres primeros años	4

i) Adenda N ° 1

Mediante la presente adenda el Concedente le solicitó al Concesionario adecuar la Fecha de Vigencia de las Obligaciones, toda vez que no se habían cumplido con las condiciones necesarias estipuladas en la cláusula 3.3 del contrato de concesión.

Por ello, el Concedente le solicitó al Concesionario dar inicio con: (i) los trabajos de transitabilidad, (ii) la elaboración de los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental, y (iii) las Actividades Preparatorias. Dicho cambio también generó la obligación a cargo del Concedente de pagarle al Concesionario la indemnización correspondiente.

La Adenda N° 1 fue suscrita el 24 de febrero de 2006, luego de siete (07) meses de firmado el contrato de concesión.

ii) Adenda N° 2

La presente adenda tiene por objeto aclarar la redacción del literal c) de la cláusula 8.21 del contrato de concesión, modificado por la Adenda N°1, suscrita el 24 de febrero de 2006.

Las partes acuerdan que en aras de aclarar el término “vehículos ligeros” en el primer párrafo del literal c) de la cláusula 8.21, a fin de evitar interpretaciones erróneas, suscriben la Adenda N° 2 con fecha 16 de junio de 2006, después de diez (10) meses de firmado el contrato de concesión.

iii) Adenda N° 3

La presente adenda fue suscrita el 26 de julio de 2006, es decir un año después de firmado el contrato de concesión, a través de la cual se modificaron las cláusulas vinculadas a la Definición de Acreedores Permitidos, Pago Anual de Obras (PAO), así como la inclusión de definiciones sobre los Certificados de Avance de Obra (CAO).

De acuerdo a lo señalado en el Informe N° 029-06-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 26 de junio de 2006, dichas modificaciones permitieron viabilizar la obtención del financiamiento de las obras, así como resolver diversos aspectos técnicos a solicitud del Concesionario, entre ellos los siguientes aspectos:

- La decisión del Estado Peruano de desarrollar un único instrumento financiero que permita financiar los proyectos de infraestructura entregados en concesión bajo el esquema de Asociaciones Público – Privados. Este instrumento financiero sería del Certificado de Reconocimiento de Derechos sobre el Pago Anual por Obras (CRPAO).
- La necesidad de atender los requerimientos de los potenciales financiadores en términos de mantener características que permitan el financiamiento de estos proyectos y una exitosa colocación del CRPAO.
- La necesidad de incorporar ajustes al programa de ejecución de obras, con el fin de que el hito de avance de obra considere el flujo real de los costos de cada etapa de construcción ejecutada por el concesionario y no los montos referenciales.

iv) Adenda N° 4

La Adenda N° 4 fue suscrita con fecha 16 de julio de 2007, luego de un año y once meses de firmado el contrato de concesión, con el objetivo de precisar aspectos técnicos sobre el Expediente Técnico en la ejecución de obras.

Las cláusulas que se modificaron fueron: (i) Mecanismo de reconocimiento y compensación de metrados en el Expediente Técnico de Ejecución de Obras, (ii) Variaciones en metrados derivados de diferencias en el Expediente Técnico, (iii) Soluciones Técnicas, (iv) Partida Movimiento de Tierras, y (v) Ejecución de Subpartidas no consideradas en el Expediente Técnico.

Contrato de Concesión IIRSA Sur – Tramo 4: Inambari - Azángaro

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Intersur Concesiones S.A
Clasificación APP	Cofinanciada
Plazo	25 años
Fecha de suscripción	04 de agosto de 2005
Objeto de la concesión	Construcción, Conservación y Explotación del Tramo 4: Inambari - Azángaro
Compromiso de inversión referencial	US\$ 205 millones
Pago Anual por Obras (PAO)	<ul style="list-style-type: none"> • El monto asciende a USD 40 682 000,00 anuales por un plazo de 15 años de la Concesión (no incluye IGV) de acuerdo al siguiente detalle: <ul style="list-style-type: none"> - primera etapa: 30 pagos semestrales de 14,5% del PAO. - segunda etapa: 30 pagos semestrales de 19% del PAO. - tercera etapa: 30 pagos semestrales de 16,5% del PAO. • Por lo tanto la proporción del PAO pagado, en la primera, segunda y tercera etapa será de 29%, 38% y 33% del PAO. • La parte proporcional de los PAO será pagada los días 30 de abril y 30 de octubre. • El Concesionario (a su costo) constituirá un Fideicomiso de Administración de Pagos PAO (local o extranjero)
CRPAO	Es cada uno de los Certificados de Reconocimiento de derechos sobre el PAO a ser emitidos por el Concedente con motivo de la expedición de cada CAO.
Pago Anual por Mantenimiento y Obra (PAMO)	<ul style="list-style-type: none"> • PAMO (Trimestral): USD 4,68 millones anuales aplicables a partir de la fecha de explotación (no incluye IGV) y una anualidad de USD 573 mil para mantenimiento periódico. • 25% del PAMO para gastos de mantenimiento rutinario por un año entre culminación de obras e inicio de explotación. • Transitabilidad: Siete (7) pagos trimestrales por un monto no mayor a los USD 16 420 820,00.
N° de adendas	7
N° de adendas durante los tres primeros años	3

i) Adenda N° 1

Mediante la presente adenda, suscrita el 01 de marzo de 2006, luego de ocho (08) meses después de firmado el contrato de concesión, el Concedente le solicitó al Concesionario adecuar la Fecha de Vigencia de las Obligaciones, toda vez que no se habían cumplido con las condiciones necesarias estipuladas en la cláusula 3.3 del contrato de concesión.

Por ello, el Concedente le solicitó al Concesionario dar inicio con: (i) los trabajos de transitabilidad, (ii) la elaboración de los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental, y (iii) las Actividades Preparatorias. Dicho cambio también generó la obligación a cargo del Concedente de pagarle al Concesionario la indemnización correspondiente.

Asimismo, la Adenda N° 1 tiene por objeto modificar el literal c) de la cláusula 8.21 del contrato de concesión, en donde se establece los procedimientos de ejecución del mantenimiento de la transitabilidad en los tramos.

ii) Adenda N° 2

La presente adenda tiene por objeto aclarar la redacción del literal c) de la cláusula 8.21 del contrato de concesión, modificado por la Adenda N°1, suscrita el 01 de marzo de 2006.

Las partes acuerdan que en aras de aclarar el término “vehículos ligeros” en el primer párrafo del literal c) de la cláusula 8.21 y a fin de evitar interpretaciones erróneas, suscriben la Adenda N° 2 con fecha 16 de mayo de 2006, luego de transcurrido diez (10) meses de firmado el contrato de concesión.

iii) Adenda N° 3

La presente adenda fue suscrita el 26 de julio de 2006, es decir un año después de firmado el contrato de concesión, a través de la cual se modificaron las cláusulas vinculadas a la Definición de Acreedores Permitidos y Pago Anual de Obras (PAO), así como incluir definiciones sobre los Certificados de Avance de Obra (CAO).

De acuerdo al Informe N° 030-06-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 26 de junio de 2006, dichas modificaciones permitieron viabilizar la obtención del financiamiento de las obras, así como resolver diversos aspectos técnicos a solicitud del Concesionario, entre ellos los siguientes:

- La decisión del Estado Peruano de desarrollar un único instrumento financiero que permita financiar los proyectos de infraestructura entregados en concesión bajo el esquema de Asociaciones Público – Privados. Este instrumento financiero sería del Certificado de Reconocimiento de Derechos sobre el Pago Anual por Obras (CRPAO).
- La necesidad de atender los requerimientos de los potenciales financiadores en términos de mantener características que permitan el financiamiento de estos proyectos y una exitosa colocación del CRPAO.

- La necesidad de incorporar ajustes al programa de ejecución de obras, con el fin de que el hito de avance de obra considere el flujo real de los costos de cada etapa de construcción ejecutada por el concesionario y no los montos referenciales.

Contrato de Concesión Empalme 1B - Buenos Aires - Canchaque

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Concesión Canchaque S.A
Clasificación APP	Cofinanciada
Plazo de vigencia de la concesión	15 años
Fecha de suscripción	09 de febrero de 2007
Objeto de la concesión	Construcción, Conservación y Explotación de la infraestructura pública de los Tramos Viales: Empalme 1B – Buenos Aires – Canchaque
Compromiso de Inversión Referencial	US\$ 31' 131 833
PAS	<ul style="list-style-type: none"> • El Pago por Servicio (PAS) asciende a USD 1 339 000. • El PAS se pagará trimestralmente y tendrá como fuentes de pago el peaje y el cofinanciamiento. • Dicho PAS equivale a la suma del PAO y PAMO.
Pago Anual por Obras (PAO)	US\$ 1'028,352 (sin IGV) y se paga trimestralmente
CRPAO	Es el Certificado de Reconocimiento de los Derechos del PAO materializado en uno o varios certificados desglosables adjuntos al CAO Certificado.
Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO)	US\$ 310, 648.00 (Sin IGV)
N° de adendas	3
N° de adendas durante los tres primeros años	2

i) Adenda N° 1

La Adenda N° 1 fue suscrita el 16 de enero de 2008, a un año de firmado el contrato de concesión, a través de la cual se adecuó el contrato para la operatividad del Fideicomiso de Financiación estructurado por COFIDE.

Con fecha 05 de diciembre de 2007, la Corporación Financiera de Desarrollo – COFIDE acepta participar como Estructurador Financiero dentro del Proyecto, para lo cual adjunta su propuesta de modificación al contrato de concesión, a efectos de poder incorporar la operatividad del Fideicomiso de Financiación.

Luego de ello, mediante Carta N° CF-10289-2007/DN de fecha 18 de diciembre de 2007, COFIDE adjunta las observaciones adicionales realizadas por Deutsche Bank al Anexo B del contrato de concesión, las cuales consisten principalmente en: (i) independizar el Certificado de Reconocimiento de Derechos (CRPAO) del indicado contrato de concesión y (ii) asegurar plena e irrestrictamente la libre transferibilidad del CRPAO.

En ese sentido, las partes acordaron modificar las cláusulas 6.14 y 6.19, así como el Anexo B referido al Contrato Financiero con la finalidad de establecer mecanismos de financiamiento que permitan la ejecución de las obras.

ii) Adenda N° 2

La presente adenda tuvo como finalidad modificar la cláusula vinculada al Anexo B Contrato Financiero como consecuencia de ciertos errores materiales que debían aclararse.

La Adenda N° 2 fue suscrita el 17 de agosto de 2009, después de dos (02) años de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue la existencia de errores materiales en el numeral 4.19 de la Sección IV del Anexo B referida al Contrato Financiero.

Contrato de Concesión IIRSA Sur Tramo 1: San Juan de Marcona – Urcos

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	SURVIAL S.A
Clasificación APP	Cofinanciada
Plazo de vigencia de la concesión	25 años
Fecha de suscripción	23 de octubre de 2007
Objeto de la concesión	Construcción, Conservación y Explotación del Tramo 1: San Juan de Marcona – Urcos
Compromiso de inversión referencial	US\$ 98' 893, 166
PAS	<ul style="list-style-type: none"> • El Pago por Servicio (PAS) es la contraprestación percibida por el Concesionario por la realización de los actos previstos en el Contrato. • El PAS reconoce los costos de inversión (representados por el PAO) y los costos de operación y mantenimiento periódico y rutinario (representados por el PAMO).
PAO	<ul style="list-style-type: none"> • Será cancelado en dos cuotas con periodicidad semestral durante 15 años, a través del Fideicomiso de Administración. El retraso en el pago del PAO generará un interés igual a Tasa Costo de Deuda +1%. • El PAO asciende a USD 12 930 094,00.
PAMO	<ul style="list-style-type: none"> • Será cancelado en cuatro cuotas trimestrales a través del Fideicomiso de Administración, a partir del Inicio de la Explotación hasta el final de la Concesión. • El PAMO asciende a USD 11 679 164,50

Cofinanciamiento	El monto del Cofinanciamiento es igual a: PAO + PAMO – (Recaudación de Peaje – Prov. Eventos Catastróficos)
N° de adendas	2
N° de adendas durante los tres primeros años	1

i) Adenda N° 1

La presente adenda fue firmada con fecha 22 de octubre de 2010, tres (03) años después de suscrito el contrato de concesión, tuvo como finalidad modificar: (i) el procedimiento de Aceptación de Obras de Construcción, (ii) Mecanismo de Compensación por Actividades de Mantenimiento Periódico, y (iii) Certificación de Avances de Obra.

En líneas generales, el Informe Técnico N° 028-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN señala que la cláusula (i) refiere al procedimiento a seguir por el Concesionario para obtener el último CAO. La cláusula del literal (ii) regula los requisitos para el inicio del Mantenimiento Periódico, y finalmente el literal (iii) precisa que cada hito y de manera especial el último deberá representar como mínimo 10% del avance de las obras.

De acuerdo a dicho informe, las modificaciones propuestas por el Concedente se sustentan en dos hechos que fueron comunicados; el primero de ellos, referido a la demora del Concedente en la entrega de terrenos para la construcción de las estaciones de peaje; mientras que el segundo tema, se refiere a los hechos de la naturaleza que produjeron la destrucción de la plataforma en Cusco y Apurímac. De esa manera, OSITRAN determina que la presente adenda representa una precisión de aspectos operativos.

Contrato de Concesión IIRSA Sur - Tramo 5: Matarani - Azángaro - Ilo

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Concesionaria Vial del Sur – COVISUR S.A
Clasificación APP	Cofinanciada
Plazo	25 años
Fecha de suscripción	24 de octubre de 2007
Objeto de la concesión	Construcción, Conservación y Explotación del Tramo 5: Matarani - Azángaro - Ilo
Compromiso de inversión referencial	US\$ 183'371,948
PAS	<ul style="list-style-type: none"> • El Pago por Servicio (PAS) es la contraprestación percibida por el Concesionario por la realización de los actos previstos en el Contrato. • El PAS reconoce los costos de inversión (representados por el PAO) y los costos de operación y mantenimiento periódico y rutinario (representados por el PAMO)
PAO	<ul style="list-style-type: none"> • El Pago Anual por Avance de Obras (PAO) será cancelado en dos cuotas semestrales

	<p>durante 20 años, a través del Fideicomiso de Administración.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El retraso en el pago del PAO generará un interés igual a Tasa Costo de Deuda +1%. • El PAO asciende a USD 20 676 463,00 durante 20 años.
CRPAO	Es cada uno de los Certificados de Reconocimiento de derechos sobre el PAO a ser emitidos por el Concedente con motivo de la expedición de cada CAO.
PAMO	<ul style="list-style-type: none"> • El Pago Anual por Operación y Mantenimiento (PAMO) será cancelado en cuatro cuotas trimestrales a través del Fideicomiso de Administración, a partir del Inicio de la Explotación hasta el final de la Concesión. • El PAMO asciende a USD 13 691 681,00, durante 25 años. El retraso del pago genera interés de LIBOR + 2%.
N° de adendas	3
N° de adendas durante los tres primeros años	1

i) Adenda N° 1

La presente adenda fue firmada el 26 de noviembre de 2010, tres (03) años después de firmado el contrato de concesión, a efectos de precisar, principalmente, aspectos operativos que se refieren al procedimiento a seguir por el Concesionario para obtener el último CAO, requisitos para el inicio del Mantenimiento Periódico y modificar el porcentaje de avance del último hito.

Asimismo, como consecuencia que Provias Nacional contrató al Consorcio Ilo para la ejecución de las obras de mantenimiento periódico de la carretera Panamericana Sur, Tramo Puente Montalvo – Puente Camiara, en una longitud de 73.255, obras que estaban a cargo del Concesionario, las partes acordaron suscribir la presente adenda a fin que se reemplace las obras ya ejecutadas por el Consorcio Ilo por otros proyectos equivalentes al monto de US\$ 8'330,568.02.

En ese sentido, la Adenda N° 1 tuvo por objeto incluir: (i) en el sector Puente Gallatini, el tramo de carretera comprendido entre el Km. 99+342 al Km. 115+900 de la carretera Binacional Illo – Desaguadero y (ii) la vía de Evitamiento de Azángaro, obra que ha sido concluida por el Concesionario, que consta de 6+183.5 km de vía principal y 1+295.5 Km. de los ramales dentro de subtramo Matarani – Juliaca – Azángaro.

En resumen, se modificaron los temas referidos a las siguientes cláusulas: (i) Aceptación de las Obras de Construcción, (ii) Mecanismo de Compensación por Actividades de Mantenimiento Periódico, y (iii) Mecanismo de Control y Certificación de Avances de Obra.

**Contrato de Concesión Red Vial N° 4: Pativilca – Santa – Trujillo y
Puerto Salaverry**

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Sociedad Concesionaria Autopista del Norte S.A.C
Clasificación APP	Autosostenible
Plazo	25 años
Fecha de suscripción	18 de febrero de 2009
Objeto de la concesión	Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial: Pativilca – Santa – Trujillo y Puerto Salaverry
Compromiso de inversión referencial	US\$ 286 millones
IMAG	Es la garantía que otorga el Concedente para asegurar al Concesionario un nivel mínimo de ingresos.
N° de adendas	3
N° de adendas durante los tres primeros años	-

**Contrato de Concesión Tramo Vial: Óvalo Chancay/ Dv. Variante Pasamayo
- Huaral - Acos**

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Consortio Concesión Chancay Acos S.A
Clasificación APP	Cofinanciada
Plazo de vigencia de la concesión	15 años
Fecha de suscripción	20 de febrero de 2009
Objeto de la concesión	Construcción, Conservación y Operación del Tramo Vial: Óvalo Chancay/ Dv. Variante Pasamayo - Huaral - Acos
Compromiso de inversión referencial	US\$ 34'248,729
Pago por Servicio (PAS)	Contraprestación que recibirá el Concesionario por la realización de los actos previstos en el contrato destinados a la prestación de un servicio público que cumpla con los parámetros asociados a la inversión y a los niveles de servicio establecidos en el contrato.
Pago por Obra (PPO)	Es el pago que tiene como finalidad retribuir la inversión en que incurre el Concesionario que será cancelado a través del Fideicomiso de Administración mediante un reconocimiento de los avances de obra a través de los CAO's de acuerdo a los términos y condiciones establecidos en el Anexo II del contrato.
Pago por conservación y operación (PAMO)	Es el pago anual que tiene como finalidad retribuir las actividades de conservación y operación en que incurre el Concesionario para la prestación del servicio, de acuerdo a los índices de serviciabilidad previstos en el contrato. Es un pago de cuatro (4) cuotas con

	periodicidad trimestral por un periodo de quince (15) años.
N° de adendas	2
N° de adendas durante los tres primeros años	1

i) Adenda N° 1

La presente adenda fue suscrita el 30 de abril de 2010, un año después de firmado el contrato de concesión, con el objetivo aclarar de procedimiento del Pago por Obra (PPO) y el Pago por Mantenimiento y Operación (PAMO), así como las fórmulas para los ajustes del PPO por variación de precios en los tramos.

El 15 de setiembre de 2009, mediante Carta N° CCCH-182-2009, el Concesionario presentó una solicitud de modificación al contrato de concesión, en donde manifiesta que éste presenta inconsistencias relacionadas con:

- El Mecanismo de Ajustes del PPO y PAMO contenido en el Apéndice IV
- El Pago Anual por Servicio contenido en el Apéndice II
- Las variaciones de los metrados, soluciones técnicas y partidas no consideradas en el Proyecto Referencial contenidas en el Apéndice III

De acuerdo al Informe N° 027-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN, principalmente se advirtió que la fórmula de ajuste de PPO por variación de precios presentaba un error material al consignar el factor (f) en el fPPO para el cálculo del fPPOi, haciendo que la fórmula de ajuste cuente con la misma fracción en dos oportunidades, lo cual ocasionaría que al culminarse la obra no se retribuya al Concesionario el total del PPO.

Asimismo, se omitió incluir en el contrato de concesión una formula global que suponga un ajuste de los componentes del PPO, en donde se evidencie que es necesario sumar el avance de cada Tramo así como sus polinómicas, de forma tal de reportar al Concedente el avance de la obra en su conjunto.

En ese contexto, de acuerdo a la evaluación de OSITRAN, la presente adenda versa sobre errores materiales y modificaciones de aspectos operativos que no alterarían el equilibrio económico financiero, por el contrario, permitieron ejecutar adecuadamente el contrato de concesión.

Contrato de Concesión Tramo Vial: Mocupe - Cayaltí - Oyotún

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	OBRAINSA – Concesión Valle del Zaña S.A
Clasificación APP	Cofinanciada
Plazo de vigencia de la concesión	15 años
Fecha de suscripción	30 de abril de 2009
Objeto de la concesión	Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial: Mocupe - Cayaltí – Oyotún

Compromiso de Inversión Referencial	US\$ 17'385,541
Pago por Servicio (PAS)	<ul style="list-style-type: none"> • El PAS asciende a USD 17 064 491,00. • El PAS será de frecuencia trimestral teniendo como fuente: - el peaje, y; - el cofinanciamiento. • El PAS equivale a la suma del PPO y PAMO
Pago por Obras (PPO)	<ul style="list-style-type: none"> • El monto del PPO es de USD 15 621 462,00 sin IGV será cancelado por Fideicomiso de Administración mediante el reconocimiento de Avance de Obra a través de los CAOs • El PAO se podrá ajustar por: <ul style="list-style-type: none"> - Variación de metrado conforme a los numerales 1.2. y 1.4. Apéndice III del Anexo II.1. - Variación de los precios de los insumos para la Construcción, aplicando las fórmulas polinómicas establecida para cada tramo.
Certificado de Avance de Obra (CAO)	Durante la Etapa de ejecución de las Obras el Concesionario solicitará al Regulador un Certificado de Aceptación de Obra (CAO), por cada Hito ejecutado.
Pago Anual por Mantenimiento y Obra (PAMO)	<ul style="list-style-type: none"> • El monto del Pago por Mantenimiento y Operación (PAMO) es de USD 1 443 029,00 (sin IGV) trimestrales. • El monto será reajustado anualmente por: (i) Inflación y, (ii) tipo de cambio. • Adicionalmente, el PAMO podrá ser revisado al 4to, 8vo. y 12do. año, contados a partir de la fecha de inicio de la explotación. Cualquier parte podrá solicitar la revisión de la estructura de sus componentes. El ajuste no podrá representar una variación real mayor al 5% del PAMO del año anterior.
N° de adendas	1
N° de adendas durante los tres primeros años	-

Contrato de Concesión Autopista del Sol: Trujillo - Sullana

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Concesionaria Vial del Sol – COVISOL S.A
Clasificación APP	Autosostenible
Plazo de vigencia de la concesión	25 años
Fecha de suscripción	25 de agosto de 2009
Objeto de la concesión	Construcción y Explotación del Tramo Vial: Trujillo - Sullana

Compromiso de Inversión Referencial	En la ejecución de Estudios de Ingeniería (US\$ 360 millones)
Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG)	<ul style="list-style-type: none"> • Es la garantía que otorga el Concedente para asegurar al Concesionario un nivel mínimo de ingresos. • El Concedente se compromete a asegurar al Concesionario, durante el período que resulte menor entre: (i) quince (15) años desde la fecha de aceptación de la totalidad de las Obras o, (ii) El plazo correspondiente al repago de la deuda del Concesionario, un nivel de ingresos mínimos anuales por Peaje, conforme lo establecido en el Contrato.
N° de adendas	2
N° de adendas durante los tres primeros años	-

Contrato de Concesión IIRSA Centro Tramo 2: Pte. Ricardo Palma - La Oroya - Huancayo y La Oroya - Dv. Cerro de Pasco

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Sociedad Desarrollo Vial de Los Andes S.A.C
Clasificación APP	Autosostenible
Plazo	25 años
Fecha de suscripción	27 de setiembre de 2010
Objeto de la concesión	Construcción, Conservación y Explotación del Tramo 2: Pte. Ricardo Palma - La Oroya - Huancayo y La Oroya - Dv. Cerro de Pasco
Compromiso de inversión referencial	<p>Información técnica sobre la ejecución de obras</p> <ul style="list-style-type: none"> • Términos de referencia para el Estudio Definitivo de Ingeniería (excepto obras de puesta a punto). • Términos de referencia para el Estudio de Impacto Ambiental (excepto obras de puesta a punto). • Términos de referencia para el Estudio Definitivo de Ingeniería para las obras de puesta a punto. • Términos de referencia para el Estudio de Impacto Ambiental para las obras de puesta a punto. • Relación general de obras
Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG)	<ul style="list-style-type: none"> • Es la garantía que otorga el Concedente para asegurar al Concesionario un nivel mínimo de ingresos.

	<ul style="list-style-type: none"> Los montos del IMAG correspondiente a cada año se encuentran establecidos en el contrato de concesión.
N° de adendas	2
N° de adendas durante los tres primeros años	-

Contrato de Concesión Tramo Vial: Dv. Quilca - Dv. Arequipa - Dv. Matarani - Dv. Moquegua - Dv Ilo - Tacna - La Concordia

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Concesionaria del Perú de Vías – COVINCA S.A
Clasificación APP	Autosostenible
Plazo de vigencia de la concesión	25 años
Fecha de suscripción	30 enero de 2013
Objeto de la concesión	Construcción, Operación, Conservación y Mantenimiento del Tramo Vial: Dv. Quilca - Dv. Arequipa (Repartición) - Dv. Matarani - Dv. Moquegua - Dv Ilo - Tacna - La Concordia
IMAG	<ul style="list-style-type: none"> Es la garantía que otorga el Concedente a efectos de asegurar al Concesionario un nivel mínimo de ingresos. Los montos del Ingreso Mínimos Anual Garantizado (IMAG) para cada año de la concesión están estipulados en el Contrato de Concesión.
N° de adendas	1
N° de adendas durante los tres primeros años	1

i) Adenda N° 1

A través de la Carta COV-224-15 de fecha 24 de junio de 2015, el Concesionario remite al Concedente un proyecto de adenda al contrato de concesión por requerimiento del “Patrimonio Autónomo Fideicomiso COVINCA I”, en su calidad de Acreedor Permitido, informando que el Banco Internacional del Perú – INTERBANK señaló que no era viable el financiamiento del proyecto en los términos originales, debido que en dicha fecha había un retraso de entrega de terrenos por parte del Estado que comprometía la fuente de ingresos para el repago del préstamo.

En tal escenario, de acuerdo al Informe N° 0347-2016-MTC/25, los potenciales financistas establecían como condición para el eventual financiamiento, la necesidad de establecer con certeza los momentos de los incrementos tarifarios, reubicación de las unidades de peaje y entrada en operación de la nueva unidad de peaje, a fin de brindar seguridad respecto a los ingresos que serán fuente de pago de la operación de financiamiento.

Con fecha 09 de mayo de 2016, luego de tres (03) años de firmado el contrato de concesión, las partes firman la Adenda N° 1, a fin de viabilizar el financiamiento necesario para la ejecución de obras a cargo del Concesionario, se realizaron las siguientes modificaciones: (i) se diferencia las Obras de Puesta a Punto y las Obras distintas de Punta a Punto, (ii) se precisan procedimientos para la acreditación del Cierre Financiero por cada tipo de obra (iii) la oportunidad y condiciones para la entrega de terrenos (iv) precisaron las condiciones para el incremento tarifario para los dos tipos de obras.

Contrato de Concesión Longitudinal de la Sierra - Tramo 2: Ciudad de Dios - Cajamarca - Chiple - Cajamarca - Trujillo - Dv. Chilete - Emp. PE-3N

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Consortio Consierra Tramo II
Clasificación APP	Cofinanciado
Plazo de vigencia de la concesión	25 años
Fecha de suscripción	28 de mayo de 2014
Objeto de la concesión	Rehabilitación, Mejoramiento y Mantenimiento del Tramo 2: Ciudad de Dios - Cajamarca - Chiple - Cajamarca - Trujillo - Dv. Chilete - Emp. PE-3N
Pago por Rehabilitación y Mantenimiento (RPM)	<ul style="list-style-type: none"> • Es la suma de dinero expresada en dólares, que el Estado asegurará al Concesionario, de acuerdo a su propuesta económica, destinada a cubrir los costos de la rehabilitación y mejoramiento. El procedimiento de pago está regulado en el contrato de concesión. • El monto de PRM ofertado en la propuesta económica del Concesionario fue de US\$ 147 345 452,75.
Pago Anual por Mantenimiento Periódico Inicial (PAMPI)	<ul style="list-style-type: none"> • Es la suma de dinero total anual, expresada en dólares, que el Estado asegurará al Concesionario, de acuerdo a su propuesta económica, una vez que haya recibido los subtramos donde se ejecute el mantenimiento periódico inicial, conforme a los términos y condiciones establecidos en el contrato. El procedimiento y la periodicidad de pago están regulados en el contrato de concesión. • El monto de PAMPI ofertado en la propuesta económica del Concesionario fue de US\$ 30 376 853,41.
Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO)	<ul style="list-style-type: none"> • Es la suma de dinero total anual, expresada en dólares, que el Estado asegurará al Concesionario, de acuerdo a su propuesta económica, destinada a cubrir los costos de operación y mantenimiento de la concesión, conforme a los términos y condiciones

	<p>establecidas en el contrato. El procedimiento y la periodicidad de pago están regulados en el contrato de concesión.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El monto de PAMO ofertado en la propuesta económica del Concesionario fue de US\$ 21 383 278,99.
N° de adendas	-
N° de adendas durante los tres primeros años	-

4.1.3 Otros ejemplos de renegociaciones contractuales en Asociaciones Público Privadas

Contrato de Concesión Aeropuerto Internacional Chinchero

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Consortio Kuntur Wasi S.A
Clasificación APP	Cofinanciada
Plazo de vigencia de la concesión	40 años
Fecha de suscripción	24 de julio de 2014
Objeto de la concesión	Diseño, Financiamiento, Construcción, Operación, y Mantenimiento de la infraestructura aeroportuaria
Compromiso de Inversión Referencial	US\$ 658 millones
Cofinanciamiento	<ul style="list-style-type: none"> - El Concedente establece que para la ejecución de las obras se cofinanciará una parte de las mismas. Para tales efectos, se distinguen las siguientes subetapas de la Etapa de Ejecución de Obras: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Sub Etapa 1, correspondiente a la ejecución de las Obras de Movimiento de Tierras, que serán cofinanciadas a través de PPO. ▪ Sub Etapa 2, correspondiente a la ejecución de las Obras que serán cofinanciadas a través del Fondo de Pagos del PAO. ▪ Sub Etapa 3, correspondiente a la ejecución de las Obras que no serán cofinanciadas.
Pago por Obras (PPO)	<ul style="list-style-type: none"> - Es la retribución que el Concedente se compromete a pagar en cuotas bimestrales al concesionario por el avance del Hito o Hito ejecutado, correspondiente a las Obras de Movimiento de Tierras. - El monto base por concepto de PPO, sin considerar el ajuste señalado en el Apéndice 2 del Anexo 23, asciende a US\$ 121 032 679,00.
Pago Anual por Obras (PAO)	Es la retribución que el Concedente se compromete a pagar en cuotas trimestrales al concesionario

	durante sesenta (60) trimestres, de acuerdo a lo establecido en el Anexo 23 del contrato de concesión.
N° de adendas	1
N° de adendas durante los tres primeros años	1

i) Adenda N° 1

El 03 de febrero de 2017, tres (03) años después de la firma del contrato, las partes firmaron la Adenda N° 1 mediante la cual realizaron modificaciones sustanciales al contrato de concesión, siendo un acontecimiento que desencadenó graves cuestionamientos a nivel nacional.

Mediante Carta N° 195-2016-KW de fecha 02 de diciembre de 2016, el Concesionario remitió al Concedente el proyecto de adenda a solicitud de los Acreedores Permitidos (Goldman Sachs & Co), a efectos de obtener los recursos para acreditar el Cierre Financiero.

En dicho documento, el Concesionario argumenta que el Concedente tiene una lectura distinta sobre la determinación del Pago Anual por Obras (PAO), específicamente en el cálculo de los intereses por el descalce entre la ejecución de obras financiadas por el Concesionario y el pago de las obras por parte del Concedente mediante las cuotas del PAO.⁴⁰⁸

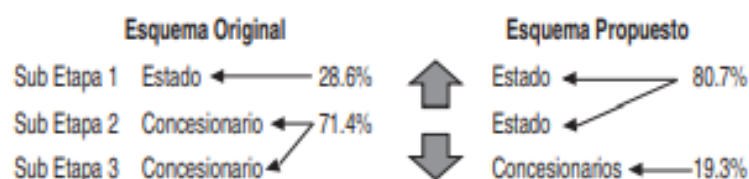
En ese contexto, el Concesionario, acompañado de su Acreedor Permitido, propuso cambiar el esquema contractual de pago del Fondo de Pagos del Pago Anual por Obras (PAO), transformándolo en un esquema de pago por avances de obra, además de incluir un adelanto para que el proyecto cuente con liquidez, con lo cual el Concesionario podrá iniciar la etapa de ejecución de la obra.⁴⁰⁹

De acuerdo al Informe N° 005-2017-MTC/25, el MTC señala que dicho adelanto se justificó en la necesidad de contar con liquidez que permita la ejecución de la obra, por lo menos para cubrir las necesidades de los primeros meses previos a la valorización de los avances.

Así, como consecuencia de la firma de la adenda, la asignación de riesgo de financiamiento se invirtió, tal como se evidencia en el presente gráfico elaborado por la Gerencia Técnica de OSITRAN en el Informe Técnico N° 005-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN:

⁴⁰⁸ Sin perjuicio de ello, Proinversión en el Informe N° 01-2016/DP/SDGP/JPAE manifiesta que el cálculo del PAO fue de conocimiento público, es decir, por los postores durante el proceso de promoción.

⁴⁰⁹ De acuerdo a los Informes N° 005-201-MTC/25 y N° 018-2017-MTC/25, la propuesta del cambio de esquema diferido a un esquema de avance de obras (PPO2) se suscita dado que el esquema de pagos actual PAO Trimestral, es un esquema de pagos diferido que contempla un **descalce correspondiente a los intereses del financiamiento** durante la construcción generados de las obras financiadas por el Concesionario y el pago de Obras por parte del Concedente mediante cuotas PAO. Así, el MTC afirma que dichos intereses no pueden ser reconocidos en la tasa promedio de financiamiento ni están contemplados en el spread del 2.5% de la fórmula PAO contenida en el Anexo 23 del Contrato de Concesión, por lo que no se cuenta con marco contractual para reconocer dicho descalce.



ii) Resolución del Contrato de Concesión⁴¹⁰

Por lo expuesto anteriormente, la firma de la Adenda N° 1 generó diferentes reacciones tanto en favor como en contra de varios especialistas y políticos, incluso el ministro del MTC renunció al cargo, después de ser interpelado por el Congreso de la República.

Después de varios meses, con fecha 13 de julio de 2017, el MTC por razones de interés público notificó a la empresa Kuntur Wasi la resolución del Contrato de Concesión en concordancia con lo dispuesto en la cláusula Décimo Quinta del mismo contrato. Mediante Carta N° 018-2018-KW de fecha 07 de febrero de 2018, el Concesionario comunica al MTC que el Contrato de Concesión ha quedado resuelto de pleno derecho.

A efectos de obtener mayor sustento del sector sobre la decisión de resolver el contrato de concesión, solicitamos las Cartas Notariales de fecha 07.02.18 y 13.07.17, en donde se comunica la resolución del contrato de concesión, sin embargo la Dirección General de Programas y Proyectos en Transportes del MTC, mediante Memorandum N° 2396-2019-MTC/19, nos indica que las cartas solicitadas forman parte de la documentación relacionada con el arbitraje internacional, el cual a la fecha se encuentra en curso, por lo que no es posible proporcionarnos la información.⁴¹¹

Contrato de Concesión Línea 2 del Metro de Lima y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao

Concedente	Ministerio de Transporte y Comunicaciones
Concesionario	Metro de Lima Línea 2 S.A
Clasificación APP	Cofinanciada
Plazo de vigencia de la concesión	35 años
Fecha de suscripción	28 de abril de 2014
Objeto de la concesión	Diseño, Financiamiento, Construcción, Equipamiento Electromecánico, Equipamiento de Sistema y Provisión de Material Rodante, operación y mantenimiento
Compromiso de Inversión	US\$ 4'530,928,168
Pago por Obras (PPO)	Durante la Fase de Ejecución de Inversiones Obligatorias, las Obras a ser ejecutadas con fondos de Cofinanciamiento serán reconocidas y pagadas al Concesionario mediante el sistema de Pago por

⁴¹⁰ La información analizada en este numeral ha sido obtenida del Memorando N° 0280-2019-MTC/12.08 de fecha 07 de mayo de 2019 emitido por el MTC en respuesta a la solicitud de Acceso a la Información Pública (T-126142-2019).

⁴¹¹ En concordancia con el numeral 1) y 4) del artículo 17 TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

	Obras (PPO) en cada Avance de Obra, conforme al procedimiento previsto en el Apéndice 1 del Anexo 5.
Pago por Material Rodante (PPMR)	Durante la Fase de Ejecución de Inversiones Obligatorias, la provisión del Material Rodante será retribuido al Concesionario por el Concedente, con fondos del Cofinanciamiento mediante el sistema del PPMR en cada Avance de Provisión, conforme al procedimiento previsto en el Apéndice 1 de Anexo 5 del presente Contrato.
Retribución por Inversión (RPI)	Es el compromiso de pago en Dólares, de naturaleza irrevocable, que recibe el Concesionario para retribuir parte de las Inversiones Obligatorias que son financiadas por éste. El RPI será pagado con cargo a los ingresos por el cobro de la Tarifa, y en caso estos no fueran suficientes, la diferencia será cubierta con los aportes del Concedente.
Retribución por Mantenimiento (RPMO)	Es el pago en dólares que recibirá el Concesionario para retribuir todos los costos de operación, reposición y mantenimiento de la concesión durante la explotación. El RPMO será pagado con cargo a los aportes del concedente salvo que los ingresos por el cobro de la tarifa superen el pago del RPI y puedan ser aplicados a este concepto.
Nº de adendas	2
Nº de adendas durante los tres primeros años	1

i) Adenda N° 1

Mediante la presente adenda suscrita el 26 de diciembre de 2014, ocho (08) meses después de la firma del contrato de concesión, las partes acuerdan modificar el contrato por: (i) aspectos operativos, (ii) corrección de errores materiales, (iii) por solicitud de los Acreedores Permitidos.

Con fecha 19 de junio de 2014, el Concesionario solicitó la acreditación como Acreedores Permitidos de Deutsche Bank AG, New York Branch y del Banco Santander Perú S.A, a efectos que se admita la solicitud de adenda de bancabilidad al contrato de concesión. Sin embargo, en octubre de 2014, el Concesionario informó que decidió continuar el procedimiento de acreditación sólo con Deutsche Bank AG y New York Branch.

En tal sentido, a través del Oficio N° 2353-2014-MTC/25, el Concedente aprobó a Deutsche Bank AG y New York Branch como Acreedores Permitidos, quienes solicitaron modificaciones al contrato de concesión a través del Concesionario.

El objetivo principal de la Adenda N° 1 fue modificar temas operativos y financieros del contrato de concesión conforme al siguiente detalle:

- Incluir la definición del Cronograma Actualizado de Ejecución
- Incluir la definición de Interferencias Adicionales

- Incluir la definición del Nuevo Cronograma de Entrega del Área
- Modificar la definición de Valorización de Avance
- Modificar la definición de Acreedores Permitidos
- Incluir la viabilidad de Cierre Financiero con terceros distintos a los Acreedores Permitidos
- Modificar el concepto de libre transferibilidad de los RPI – CAOs
- Modificar el procedimiento de aprobación de los Estudios Definitivos de Ingeniería
- Modificar el procedimiento aprobación del Cierre Financiero
- Modificar el procedimiento para el pago de RPI y PPO

Luego de varias reuniones, con fecha 26 de octubre de 2014, las partes suscribieron un Acta de Acuerdos que contiene el proyecto de adenda, formalizando los compromisos asumidos por el Concedente y Concesionario. En esta acta se acordó entre otros temas, lo siguiente:

- El Concedente se compromete a presentar el Nuevo Cronograma de Entrega del Área de Concesión que sustituirá los plazos señalados en las cláusulas 5.16, 5.25 y Anexo 8 del contrato de concesión.
- El Concesionario se compromete a presentar un Nuevo Cronograma de Entrega de Área de la concesión, el Cronograma Actualizado de Ejecución que sustituirá el Cronograma de Obras establecido en el contrato de concesión.
- Luego de presentado el Cronograma Actualizado de Ejecución, las partes se comprometen a llegar a un acuerdo en base a una evaluación concurrente.

De acuerdo al Informe N° 1364-2014-MTC/25 de fecha 24 de diciembre de 2014, las modificaciones buscaron viabilizar el inicio de la obra, dado que los términos contractuales se vieron superados por dificultades en la fase de liberación de las áreas de la concesión, así como por limitaciones para facilitar una operación de Endeudamiento Garantizado Permitido a través del mercado de capitales local.

Con relación a las modificaciones relacionadas a la bancabilidad del proyecto, el METC concluyó en su informe que era necesario aclarar los conceptos del Endeudamiento Garantizado Permitido, a fin de facilitar la operación de financiamiento que incluía a inversionistas internacionales. Principalmente, dichos ajustes sustentaron la libre transferibilidad de los RPI-CAOs a terceros no calificados como Acreedores Permitidos, quedando establecido que los certificados son irrevocables e incondicionales.

Contrato de Concesión “Mejoras a la Seguridad Energética del país y desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”

Concedente	Ministerio de Energía y Minas
Concesionario	Consortio Gasoducto Sur Peruano
Clasificación APP	Autosostenible
Plazo de vigencia de la concesión	34 años

Fecha de suscripción	22 de julio de 2014
Objeto de la concesión	Diseño, Financiamiento, Construcción, Suministro de Bienes y Servicios, Explotación, Operación y Mantenimiento
Compromiso de Inversión	US\$ 7'328,654
Ingreso Garantizado Anual (IGA)	Es la retribución económica anual que se paga al Concesionario para retribuir el Costo de Servicio en el Periodo de Recuperación. El IGA será remunerado mensualmente en Dólares con cargo a liquidaciones al final década Año de Cálculo
N° de adendas	-
N° de adendas durante los tres primeros años	-

i) Resolución del Contrato de Concesión

De acuerdo al Informe de Seguimiento y Monitoreo de Proyectos N° 00006-2017-CG/GCIP de la Contraloría General de la República, el Ministerio de Energía y Minas, mediante Oficio N° 145-2017-MEM-DGH de 24 de enero de 2017, le comunicó al Concesionario la terminación del contrato de concesión por incumplimiento grave del Concesionario, específicamente, por no haberse acreditado el cumplimiento del Cierre Financiero dentro del plazo previsto, según lo establecido en la cláusula 6.5 del contrato de concesión.

El proyecto mostraba un avance general promedio de 38%, que incluye todas las actividades del proyecto, como permisos, autorizaciones, abastecimientos y logística, construcción de accesos, acopios y campamentos, ingeniería y construcción, etc. Dicho avance acumulado de 38% ascendería aproximadamente a US\$ 1,675 millones.

El Concesionario no cumplió con acreditar el Cierre Financiero debido a que el grupo de 22 bancos que inicialmente iban a financiar este proyecto decidieron suspender su financiación, como consecuencia de la salida del socio mayoritario Odebrecht por los supuestos delitos de corrupción en los que se ha visto involucrado, y que finalmente han concluido en la venta de su participación al consorcio Sempra-Techint.⁴¹²

A efectos de ahondar en la evaluación se solicitó al Ministerio de Energía y Minas, a través de la Solicitud de Acceso a la Información Pública, los informes técnicos que sustentaron la resolución del contrato de concesión, sin embargo a través del Informe Legal N° 312-2019-MINEM/DGH-DNH de fecha 13 de diciembre de 2019, nos manifestaron que la documentación requerida no obra en sus archivos.

4.1.4 Resumen de Resultados

De la revisión de los contratos de concesión de carreteras a nivel nacional se pudo observar que existen frecuentes renegociaciones contractuales durante los tres primeros años, del total

⁴¹² La web de EY, acceso el 20 de mayo de 2019, <https://www.ey.com/pe/es/newsroom/newsroom-am-cronica-gasoducto-trabado>

62 adendas suscritas durante el periodo de 2004 al 2016, el 37% de ellas fueron suscritas en los primeros años, en donde encontramos que las causas más frecuentes son: errores materiales, ejecución de obras y financiamiento. Con el objeto de consolidar los resultados finales y evidenciar con mayor claridad las principales causas de renegociación de las concesiones viales elaboramos la Tabla N° 3.

Ahora bien, del análisis de los contratos observamos que los aspectos financieros y técnicos del proyecto se repiten numerosas veces en los procesos de renegociaciones contractuales, lo cual obedece principalmente a la necesidad de obtener los recursos necesarios por parte de los financistas para iniciar las obras. Ello genera que se modifiquen cláusulas vinculadas al Cronograma de Ejecución de Obras, procedimiento de aprobación del Expediente Técnico o aprobación de los Certificados de Aprobación de Obras.

Asimismo, tratando de enfocarnos en los aspectos financieros de las renegociaciones contractuales, en la Tabla N° 4 identificamos los temas financieros que se modificaron en cada adenda suscrita durante los tres primeros años, así como la recurrencia de dichos aspectos financieros en las modificaciones contractuales.

Tabla N° 3: Las principales causas de renegociación de los contratos de concesión en carreteras del Perú

PRINCIPALES CAUSAS DE RENEGOCIACIÓN CONTRATOS DE CONCESIÓN			
Adendas	Financiamiento	Ejecución de Obras	Errores materiales
Red Vial N° 5 - Tramo Vial: Ancón - Huacho - Pativilca			
Adenda N° 1	x		
Adenda N° 2	x		
IIRSA Norte - Tramo Vial: Paita - Yurimaguas			
Adenda N° 1	x		
Adenda N° 2	x	x	
Adenda N° 3	x	x	
IIRSA Sur - Tramo 2: Urcos - Inambari			
Adenda N° 1		x	
Adenda N° 2			x

Adenda N° 3	x		
Adenda N° 4			x
IIRSA Sur - Tramo 3: Inambari - Iñapari			
Adenda N° 1		x	
Adenda N° 2			x
Adenda N° 3	x		
Adenda N° 4		x	
IIRSA Sur - Tramo 4: Inambari - Azángaro			
Adenda N° 1		x	
Adenda N° 2			x
Adenda N° 3	x		
Red Vial N° 6 - Tramo Vial: Puente Pucusana - Cerro Azul – Ica			
Adenda N° 1		x	
Empalme 1B - Buenos Aires - Canchaque			
Adenda N° 1	x		
Adenda N° 2			x
IIRSA Sur - Tramo 1: San Juan de Marcona - Urcos			
Adenda N° 1		x	
IIRSA Sur - Tramo 5: Matarani - Azángaro - Ilo			
Adenda N° 1		x	
Red Vial N° 4: Tramo Vial: Pativilca – Santa – Trujillo y Puerto Salaverry			
-	-	-	-
Tramo Vial: Óvalo Chancay/ Dv. Variante Pasamayo - Huaral - Acos			
Adenda N° 1		x	x
Tramo Vial: Mocupe - Cayaltí - Oyotún			
-	-	-	-
Autopista del Sol: Tramo Vial: Trujillo - Sullana			
-	-	-	-
IIRSA Centro - Tramo 2: Pte. Ricardo Palma - La Oroya - Huancayo y La Oroya - Dv. Cerro de Pasco			

-	-	-	-
Tramo Vial: Dv. Quilca - Dv. Arequipa (Repartición) - Dv. Matarani - Dv. Moquegua - Dv Ilo - Tacna - La Concordia			
Adenda N° 1	x		
Longitudinal de la Sierra - Tramo 2: Ciudad de Dios - Cajamarca - Chiple - Cajamarca - Trujillo - Dv. Chilete - Emp. PE-3N			
-	-	-	-
TOTAL	10	10	6

Tabla N° 4: Recurrencia de los aspectos financieros en las modificaciones contractuales

Temas Financieros	# veces	Adendas
Procedimiento del Pago Anual por Obras (PAO)	6	Adenda N° 2 IIRSA Norte - Tramo Vial: Paita - Yurimaguas
		Adenda N° 3 IIRSA Norte – Tramo Vial: Paita – Yurimaguas
		Adenda N° 3 IIRSA Sur Tramo 2: Urcos – Inambari
		Adenda N° 3 IIRSA Sur Tramo 3: Inambari – Iñapari
		Adenda N° 3 IIRSA Sur Tramo 4: Inambari – Azángaro
		Adenda N° 1 Tramo Vial: Óvalo Chancay/ Dv. Variante Pasamayo - Huaral - Acos
Definición de Acreedores Permitidos	5	Adenda N° 3 IIRSA Norte – Tramo Vial: Paita – Yurimaguas
		Adenda N° 3 IIRSA Sur Tramo 2: Urcos – Inambari
		Adenda N° 3 IIRSA Sur Tramo 3: Inambari – Iñapari
		Adenda N° 3 IIRSA Sur Tramo 4: Inambari – Azángaro
		Adenda N° 1 Tramo Vial: Óvalo Chancay/ Dv. Variante Pasamayo - Huaral - Acos
Inclusión de los Certificados de Reconocimiento de	4	Adenda N° 3 IIRSA Norte - Tramo Vial: Paita - Yurimaguas
		Adenda N° 3 IIRSA Sur Tramo 2: Urcos – Inambari

Pagos Anual por Obras (CRPAO)		Adenda N° 3 IIRSA Sur – Tramo 3: Inambari – Iñapari
		Adenda N° 3 IIRSA Sur – Tramo 4: Inambari - Azángaro
Procedimiento y requisitos para el Cierre Financiero	3	Adenda N° 1 IIRSA Norte
		Adenda N° 3 IIRSA Sur – Tramo 3: Inambari – Iñapari
		Adenda N° 3 IIRSA Sur – Tramo 4: Inambari - Azángaro
Endeudamiento Garantizado Permitido	2	Adenda N° 3 IIRSA Sur Tramo 2: Urcos – Inambari
		Adenda N° 2 Red Vial 5
Operatividad de Fideicomiso	1	Adenda N° 1 Empalme 1B - Buenos Aires - Canchaque

4.1.5 Discusión de Resultados

Como podemos observar en la Tabla N° 2, del total de (62) adendas suscritas respecto a los dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras a nivel nacional, veintitrés (23) adendas fueron suscritas antes de haber transcurrido los tres (03) primeros años de ejecución contractual.

Lo anterior evidencia que durante los tres (03) primeros años se presentan diversos hechos que generan la necesidad de renegociar los contratos de concesión, es decir, es un plazo bastante corto teniendo en cuenta que el plazo promedio de vigencia de los contratos de concesiones es de veintisiete (27) años.

Asimismo, de la muestra analizada en la Tabla N° 3 (total de 23 adendas) se ha identificado tres (03) materias que han sido objeto de renegociación en los contratos de concesión de forma recurrente. Dichas materias están relacionadas a temas de financiamiento, ejecución de obras o aspectos operativos y errores materiales.

De esa manera, se ha demostrado que los procesos de renegociaciones contractuales se originaron principalmente por temas de financiamiento (10 recurrencias), ejecución de obras (10 recurrencias) y errores materiales (06 recurrencias). Las modificaciones durante los primeros años estuvieron generalmente orientadas a que el Concesionario pueda acreditar el Cierre Financiero, y a cubrir el retraso en los plazos por incumplimientos de las obligaciones iniciales a cargo de las partes, principalmente del Estado.

En primer lugar, se evidenció que los financistas y concesionarios solicitan modificaciones contractuales sobre diversos aspectos financieros, especialmente cláusulas relativas a la adecuación de los Certificados de Reconocimiento de Pago Anual de Obras (CRPAO) como mecanismo de pago, así como modificaciones en los procedimientos y requisitos para obtener el Cierre Financiero, implicancias dentro del Endeudamiento Garantizado Permitido, y variaciones en los requisitos para calificar como Acreedor Permitido.

Como observamos en la Tabla N° 4, la actualización de la definición de Acreedores Permitidos y la inclusión de los CRPAO como instrumento de financiamiento son las modificaciones más usuales que solicitan los financistas y los concesionarios durante los primeros años de vigencia del contrato de concesión. Con relación a la cláusula de Acreedores Permitidos, se observa que el listado de instituciones que pueden ser calificadas como Acreedores Permitidos varía en cada uno de los contratos revisados, y dependiendo de ello o en base al mecanismo de financiamiento utilizado, las partes solicitan incluir a nuevas instituciones como Acreedores Permitidos. Por ejemplo, en los contratos de concesión de IIRSA Sur las modificaciones tuvieron como objetivo ampliar la definición e incluir como Acreedores Permitidos a cualquier Patrimonio Fideicometido o Sociedad Titulizadora constituida en el Perú o en el extranjero.

Según informes técnicos de OSITRAN, la modificación de ampliar la definición de Acreedores Permitidos obedecería fundamentalmente a las características de los CRPAO, ya que el mismo constituye un instrumento susceptible de ser transferido ya sea directamente o a través de un vehículo mediante una operación de titulización, siendo necesario para los concesionarios modificar esa cláusula a efectos que este alineado con el mecanismo de pago.

En esa línea, el Ministerio de Economía y Finanzas en su Oficio N° 625-2006- EF/75.22, señala que dado que “los CRPAO pueden ser adquiridos por inversionistas nacionales o extranjeros, o patrimonios fideicometidos, resulta claro que es necesario modificar, por ejemplo, la definición de Acreedor Permitido, a fin de incluir en dicha definición tales inversionistas.”

Por su parte, la Adenda N° 1 de la concesión de la Línea 2 del Metro de Lima también modificó la definición de Acreedor Permitido, teniendo como objetivo incorporar a las agencias de crédito a la exportación (Export Credit Agency – ECA)⁴¹³ como Acreedores Permitidos, así como precisar que en los casos de operaciones de Endeudamiento Garantizado Permitido, los

⁴¹³ Son entidades independientes creadas por el gobierno de cada país con la finalidad de fomentar las exportaciones de las empresas locales a través de programas de créditos directos, seguros de crédito y garantías.

Acreedores Permitidos podrán contar con un Agente Administrativo y un Agente de Garantías, y de requerirlo, ambos también calificarían como Acreedor Permitido.

Al respecto, según el Informe N° 1364-2014-MTC/25 de fecha 24 de diciembre de 2014, se concluye que dicha modificación no afecta los derechos, las responsabilidades y asignación de riesgos pactados a la firma del contrato de concesión, por el contrario permite facilitar el financiamiento con múltiples financiadores, incluyendo la posibilidad de una emisión de bonos nacional e internacional, y contratación de un agente de garantías o administración local, en representación, por cuenta y en beneficio de los titulares de los bonos.

Ahora bien, es importante resaltar que, dentro del procedimiento para el pago del PAO, las principales propuestas de los concesionarios en los contratos de IIRSA buscan desvincularlos de la culminación de las etapas de construcción, trasladando dicho riesgo al concedente. Ello en la práctica implica para el concedente renunciar a la posibilidad de suspender o posponer el pago de PAOs o fracciones de este, tras haberse emitido el CRPAO correspondiente. En esa línea, de la revisión de los informes técnicos de OSITRAN en esos casos, este recomienda la entrega del último CRPAO sea condicionada a la emisión del Certificado de Correcta Ejecución de Obras, con el fin de garantizar la culminación de las obras a satisfacción del concedente.⁴¹⁴

Por otro lado, podemos observar que la segunda materia recurrente es el tema de ejecución de obras (10 recurrencias), en donde las partes modificaron diversos aspectos técnicos del proyecto, como por ejemplo, solicitaron el inicio de actividades preparatorias, obras adicionales, así como la inclusión de aspectos técnicos que no fueron contemplados en el Expediente Técnico, siendo frecuente la solicitud del inicio obras de transitabilidad de tramos antes de la fecha de vigencia de las obligaciones por parte del concesionario.

Asimismo, hemos podido verificar que como tercera materia recurrente encontramos las modificaciones como consecuencia de errores materiales (06 recurrencias), a través de las cuales, las partes precisaron conceptos técnicos o financieros del proyecto, a fin de evitar futuras contingencias o malinterpretaciones en la lectura del contrato. Por ejemplo, la Adenda N° 2 de IIRSA Tramo 2, buscó aclarar los conceptos convenidos en la Adenda N° 1 referidos a la clase de vehículos sobre el cual se debe comprobar los niveles de serviciabilidad durante las actividades conforme el Plan de Transitabilidad del tramo.

⁴¹⁴ A modo de ejemplo, la Adenda N° 3 del contrato del Tramo Vial Inambari – Azángaro del proyecto IIRSA sur suscrita el 26 de julio de 2006, señala que el Certificado de Correcta Ejecución es el documento que acredita que ha culminado la ejecución de las obras de construcción de cualquiera de las etapas establecidas en el contrato, lo cual determina el cumplimiento de las obligaciones del concesionario.

Por otro lado, de manera complementaria revisamos las principales implicancias de (03) tres proyectos de gran envergadura que en los últimos años han recibido diversas críticas y comentarios, toda vez que se ha podido observar que los procesos de renegociaciones contractuales comprenden modificaciones a efectos que el concesionario pueda acreditar el Cierre Financiero, situación que llama la atención pues son proyectos que llevan varios años de evaluación en las etapas de formulación y estructuración buscando la bancabilidad del contrato.

Como hemos explicado anteriormente, con relación al proyecto Gasoducto Sur Peruano, las partes no lograron establecer ningún acuerdo, el Estado resolvió el contrato de concesión después de tres (03) meses de firmado, debido a que el concesionario no consiguió cumplir con el Cierre Financiero durante el plazo y condiciones previstas. En los otros dos proyectos, las partes sí llegaron a firmar la primera adenda, por un lado, en el proyecto del Aeropuerto Internacional Chinchero, la coyuntura política y las irregularidades en el proceso de renegociación obligaron al MTC a resolver el contrato de concesión inmediatamente después de firmada la primera adenda, mientras que el proyecto de la Línea 2 del Metro de Lima continúa en la etapa de construcción.

En resumen, a pesar de que los proyectos (Aeropuerto Internacional Chinchero, Línea 2 del Metro y Gasoducto Sur Peruano) tuvieron el mismo resultado, se puede evidenciar que una de las principales causas que generaron las renegociaciones en dichos contratos fue la revisión de los aspectos financieros del contrato a solicitud de los financistas y concesionarios a efectos de obtener los recursos para financiar el proyecto.

A modo de conclusión, de la revisión general de los contratos de concesión de carreteras y las adendas identificadas en el presente capítulo, podemos afirmar que las principales causas que estuvieron inmersas dentro de los procesos de renegociaciones durante los tres primeros años han sido los temas financieros y técnicos, los cuales son iniciados por requerimientos de los financistas y del concesionario a efectos de cumplir con la etapa de Cierre Financiero.

Es importante señalar que, los proyectos antes mencionados (Aeropuerto Internacional Chinchero, Línea 2 del Metro y Gasoducto Sur Peruano) son una generación de concesiones “recientes”, considerando que de la revisión de los contratos de concesión de carreteras, el último contrato fue firmado en el 2014 y el marco legal aplicable fue el TUO de Concesiones, por lo que consideramos que la revisión de los últimos contratos fortaleció nuestros resultados, e incluso se puede advertir que, a pesar del transcurso de años y casuística desarrollada en

proyectos de APPs, seguimos observando modificaciones por aspectos financieros a fin que el concesionario pueda cumplir con el Cierre Financiero.

Ello muestra que existen dificultades o ciertas ambigüedades durante la estructuración financiera de los contratos de concesión, especialmente en la determinación de los mecanismos de pagos y los conceptos de las principales cláusulas del régimen económico financiero, que influyen directamente en aspectos técnicos del proyecto, ambos temas deben ser evaluados de manera integral, a efectos de evitar futuras modificaciones contractuales.

4.2 Análisis e Interpretación de Entrevistas

En el presente capítulo se da a conocer el análisis e interpretación de los resultados que se obtuvieron luego de entrevistar a dieciocho (18) expertos en la ejecución de infraestructura y proyectos de APPs. En base a dicho instrumento de medición se realizaron siete (07) preguntas vinculadas a la estructuración de los proyectos de APP, y su implicancia en los procesos renegociaciones contractuales en APPs, principalmente sobre las adendas de bancabilidad, a fin de obtener respuestas sobre las preguntas de investigación. Dichas preguntas fueron formuladas en función a la revisión de la literatura e investigación de los acontecimientos que se han desarrollado en los procesos de renegociaciones contractuales y ejecución de proyectos de APPs en los últimos años en nuestro país.

Raúl López y Jean Pierre Deslauriers consideran que la entrevista tiene un enorme potencial para permitirnos acceder a la parte mental de las personas, pero también a su parte vital a través de la cual descubrimos su cotidianidad y las relaciones sociales que mantienen. En este contexto, la entrevista como instrumento de investigación es suficiente para la realización del proceso investigativo y en muchos casos su uso es forzado y frecuentemente obligatorio. En este sentido, la entrevista es pertinente, ya que contribuye a situar la cuantificación en un contexto social y cultural más amplio.⁴¹⁵

Por su parte, Rodolfo Fernández, citando a Woods y Maestre, manifiesta que la entrevista como técnica de investigación social, es a menudo "...el único modo de descubrir lo que son las visiones de las distintas personas y recoger información sobre determinados acontecimientos o problemas ..."; además, el contenido de muchas manifestaciones externas, así como los valores,

⁴¹⁵ Raúl López y Jean Pierre Deslauriers, "La entrevista cualitativa como técnica para la investigación en trabajo social" *Margen*, no. 61 (2011): 1.

pero especialmente los sentimientos, sólo pueden ser comprendidos mediante declaraciones de los miembros de la comunidad.⁴¹⁶

En tal sentido, consideramos importante en la presente investigación utilizar como instrumento de medición a la entrevista cualitativa semiestructurada, la cual consiste en una interacción más íntima, flexible y abierta, a través de la cual pudimos intercambiar información valiosa con los expertos en base a una guía de preguntas sin perjuicio de tener la libertad de introducir preguntas adicionales para precisar conceptos u obtener mayor información sobre los temas deseados.⁴¹⁷

Respecto al proceso de investigación, Rafael Hernández, citando a Denzin y Lincoln, señala que existen cinco fases interconectadas entre sí que definen el proceso de investigación cualitativa. Estas son el propio investigador, los paradigmas en los que basa su estudio, las estrategias de investigación, los métodos de recolección, el análisis del material empírico y la interpretación.⁴¹⁸

Sobre el particular, Creswell señala que, aunque el proceso de investigación cualitativo es similar al cuantitativo, los métodos cualitativos se basan principalmente en datos de texto e imagen, tienen pasos específicos en el análisis de datos, apoyándose en diversos tipos de diseño. En síntesis, dicho proceso requiere plasmar el objetivo de la investigación cualitativa, mencionando los tipos de diseño, reflexionando cuidadosamente sobre el papel que desempeña el investigador, utilizando protocolos determinados para registrar los datos, a partir de un procedimiento con múltiples pasos que asegure la validez de los datos recopilados.⁴¹⁹

En ese contexto, a fin de mostrar el proceso del análisis realizado en este capítulo, elaboramos una lista con los pasos que seguimos para realizar el análisis de datos obtenido de las entrevistas, en el siguiente orden cronológico:

1. Se realizó una “lluvia de ideas” sobre las interrogantes expuestas en el tema de investigación que nos ayuden a cumplir con el planteamiento del problema y el objetivo de la investigación.
2. Luego de ello, se diseñó un protocolo de la Guía de Entrevista piloto en la cual participaron dos especialistas del sector privado en temas de APP, con la finalidad de

⁴¹⁶ Rodolfo Fernández, “La entrevista en la investigación cualitativa” *Revista Pensamiento Actual*, no. 3 (2001): 15.

⁴¹⁷ Roberto Hernández, Carlos Fernández y Pilar Baptista. “Recolección y análisis de datos cualitativos” en *Metodología de la Investigación* (México: Mc Graw Hill, 2006), 597.

⁴¹⁸ Rafael Hernández, “La investigación cualitativa a través de entrevistas: su análisis mediante la teoría fundamentada” *Cuestiones Pedagógicas*, no. 23 (2014):190.

⁴¹⁹ Creswell. *Research and Design Qualitative, Quantitative and Mixed Methods Approaches*, 231.

verificar que las preguntas sean acordes con el problema de investigación. El resultado fue exitoso pues pudimos concluir que las preguntas necesitaban ser mucho más específicas y aterrizadas al tema de investigación para lograr obtener información concreta que responda nuestras interrogantes.

3. En paralelo a la validación de la Guía de Entrevista, se determinó la población a la cual íbamos a aplicar el instrumento de medición, la cual fue parte importante en este proceso, pues son personas claves que manejan información valiosa sobre el tema de investigación. En ese sentido, se decidió que dichas personas debían ser los principales actores involucrados en la estructuración de proyectos de APP, especialmente en el sector transporte, y que a su vez intervienen en los procesos de renegociaciones contractuales: (i) expertos en la ejecución de APPs en el sector privado, (ii) asesores financieros en proyectos de APPs, (iii) OSITRAN, (iv) MTC, (v) MEF, y (vi) Proinversión.
4. Consideramos importante contactarnos con personas que se encuentren a cargo de direcciones en las entidades públicas, funcionarios a cargo de proyectos o que hayan ejercido dichos cargos hace poco tiempo, así como expertos en el sector privado que tengan una participación activa en el área de APPs y larga experiencia profesional a cargo de dichos proyectos. Para ahondar los aspectos financieros buscamos a especialistas en entidades multilaterales y que hayan asesorado en las estructuraciones financieras de los contratos de APPs, tanto a Proinversión como al sector privado.
5. Después de una búsqueda minuciosa, se logró obtener una lista de veinte (20) personas, lamentablemente dos de ellas a último momento no pudieron concretar las entrevistas por falta de tiempo, por lo que el número se redujo a dieciocho (18) expertos. Los perfiles entrevistados se muestran en la Tabla N° 5.

Tabla N° 5: Lista y perfil de los expertos

Proinversión	MEF	OSITRAN	MTC	Sector privado	Entidades financieras
Eldda Bravo Ex Jefa de la Oficina de Asesoría Jurídica	Camilo Carrillo Ex Director de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada	Dante Cieza Abogado Senior Gerencia de Supervisión y Fiscalización	Samuel Rivero Abogado Dirección de Programas y Proyectos de Transporte	Leonie Roca Presidenta AFIN	José Luis Guasch Ex Jefe de APPs en el Banco Mundial

Sergio Bravo Ex Presidente de Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI)	Lenin Mayorga Director de Política de Promoción de la Inversión Privada	Antonio Rodríguez Jefe de Asuntos Contractuales	Raquel Moreno Abogada Dirección de Programas y Proyectos de Transporte	Eduardo Escobal Gerente Finanzas COSAPI	Alex Albújar Consultor en TP INVEST
Hernán Castañeda Director de Proyectos		Enrique Cárcamo Ex Profesional 1 Gerencia de Supervisión	Giancarlo Silva Economista Dirección de Programas y Proyectos	Magali Lazo Socia Área Infraestructura Estudio Muñiz	Gonzalo Soriano Abogado Principal Corporación Andina de Fomento
					Carlos López Jefe de Corporate and Investment Banking BBVA

6. Luego de coordinar la hora y el día con cada experto se realizaron las entrevistas, las cuales fueron grabadas con consentimiento de los entrevistados. Debido a la flexibilidad del tipo de entrevista, pudimos realizar preguntas adicionales y comentarios para precisar conceptos y obtener mayor información sobre los temas deseados.
7. Si bien las entrevistas eran grabadas, durante el proceso de recolección de datos llevamos una bitácora a fin de documentar el análisis, reflexiones, dudas y conclusiones preliminares que nos ayuden a consolidar los aportes y conclusiones del trabajo de investigación.
8. Luego de ello, procedimos a transcribir y organizar las respuestas, puesto que en algunas oportunidades la información proporcionada por los entrevistados en una pregunta se repetía en las respuestas de otras, por lo que era importante ordenar las ideas para plasmarlas adecuadamente en la investigación. En este paso se revisó de manera general las respuestas, pudiendo identificar las ideas generales de los entrevistados, conceptos preliminares, dándole sentido a los juicios de los expertos.
9. Ahora bien, en los casos que necesitábamos aclarar conceptos, decidimos enviarles la transcripción de la Guía de Entrevista a los entrevistados, con algunas observaciones en casos puntuales, así como ideas preliminares a fin de validar la información y verificar si nuestras conclusiones eran acertadas. Asimismo, reforzando lo antes mencionado, nos

reunimos nuevamente con algunos entrevistados para ahondar en el tema de investigación.

10. Una vez que tuvimos la información clara, elaboramos las tablas de interpretación, en donde presentamos las respuestas exactas de los entrevistados en base a una revisión exhaustiva de las transcripciones, de modo que identificamos únicamente las ideas que nos ayudan a responder las preguntas de investigación.
11. Luego de ello, a efectos de identificar claramente las respuestas, se codificaron con una letra o palabra en cursiva, representando ideas, conceptos o temas similares descubiertos en las entrevistas. Los códigos son etiquetas que asignan unidades de significado de información obtenida.⁴²⁰
12. Finalmente, las categorías que se hallaron fueron expuestas en tablas donde las agrupamos en segmentos o subcategorías, dependiendo los temas de las respuestas, de modo que evidenciamos las ideas recurrentes en las entrevistas, así como la relación que tienen entre sí.

Como se puede observar, a fin de interpretar adecuadamente los datos obtenidos de las entrevistas, que en algunos casos han sido extensos y con varios matices importantes para el estudio, consideramos pertinente plasmar sólo las respuestas vinculadas a cada pregunta, identificando las ideas relevantes para la investigación, asignándole una categoría, de modo que podamos verificar la frecuencia de los conceptos, así como el nivel de importancia que lo vinculan al tema de investigación.

Como bien señala Hernández et al., en los estudios cualitativos se codifican los datos para tener una descripción más completa de éstos, se resume toda la información y elimina los datos irrelevantes; además se realizan análisis cuantitativos con la finalidad de generar un mayor entendimiento del material analizado.⁴²¹

De esa manera, nuestro objetivo principal fue codificar la información obtenida, agrupándola en constructos, categorías que concentran las ideas de los entrevistados, conceptos o temas similares descubiertos en las entrevistas. Los códigos son etiquetas que asignan unidades de significado a la información obtenida.⁴²² En las tablas de interpretación que presentamos más

⁴²⁰ Lissette Fernández, ¿Cómo analizar datos cualitativos? *Butlletí La Recerca Universitat de Barcelona Institut de Ciències de l'Educació* (2006), 4.

⁴²¹ *Ibíd.*, 634.

⁴²² Fernández, L. (2006). ¿Cómo analizar datos cualitativos? *Butlletí La Recerca*, Universitat de Barcelona Institut de Ciències de l'Educació.

adelante identificamos por cada respuesta los códigos *en cursiva* a efectos que se puedan evidenciar con mayor claridad.

En esa línea, a continuación presentamos los resultados del análisis e interpretación de las entrevistas, los cuales hemos organizado y desagregado en tres tablas por cada pregunta con la siguiente información: (i) las respuestas concretas de cada pregunta y la codificación *en cursiva*, (ii) la categorización de las respuestas en conceptos generales, y (iii) la frecuencia de las respuestas por cada entrevistado.

4.2.1 Pregunta 1

Tabla N° 6: Principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APP

Entrevistados	Respuestas
Entrevistado 1 (J. Luis Guasch)	“apuestas agresivas” <i>AA</i> “expropiación de predios” <i>EP</i> “obras adicionales” <i>OA</i> “ingresos de demanda” <i>ID</i> “contextos políticos” <i>CP</i> “financiamiento” <i>F</i>
Entrevistado 2 (Alex Albújar)	“El tema aquí son riesgos, riesgos no previstos que aparecen en la etapa de ejecución y que no están regulados contractualmente” <i>R</i>
Entrevistado 3 (Enrique Cárcamo)	“Incumplimiento de las partes” <i>I</i> “Comportamiento oportunista de las partes” <i>CO</i> “Naturaleza incompleta de los contratos” <i>NI</i> “Eventos no previstos por las partes” <i>ENP</i>
Entrevistado 4 (Sergio Bravo)	“Una de las principales causas es la negación a una adecuada asignación de riesgos” <i>R</i>
Entrevistado 5 (Eldda Bravo)	“De mi experiencia, he visto que las negociaciones se han debido a que ha habido de alguna manera ofertas temerarias” <i>AA</i>
Entrevistado 6 (Camilo Carrillo)	“Cerca del 30 a 40% de las renegociaciones contractuales eran a raíz que había problemas de terrenos que no entregaba el Estado” <i>EP</i> “Otra razón de las renegociaciones contractuales eran los llamados cierres financieros, que había problemas con el financiamiento, las cláusulas no estaban claras y era lo que ha obligado a adendas llamadas las adendas de bancabilidad” “Ahora muchas de ellas eran también cuando es oportunista el privado porque te decía: no puedo hacer el cierre financiero porque el banco no me presta, entonces porque no has hecho un buen due diligence, no porque, ah no me di cuenta... ya te habían fregado...” <i>CO</i>
Entrevistado 7 (Hernán Castañeda)	“Saneamiento y superposición de predios, interferencias, permisología” <i>S</i> “Cierre financiero” <i>F</i>

	<p>“Presupuestos mal estimados: en la etapa de formulación cada sector está a cargo de establecer el presupuesto para cada proyecto, sin embargo esto no se realiza de la manera adecuada, ni la estimación correcta del CAPEX” P</p> <p>“Mal estructuración de los contratos” ME</p>
Entrevistado 8 (Leonie Roca)	<p>“Hay una buena parte que tienen que ver con retrasos en los cronogramas de ejecución de inversiones generados en las cofinanciadas, muchas veces, por los procesos de aprobación de EDIS, por los procesos de liberación de tierra, por información que se contuvo en el contrato de concesión originalmente, pero que después resultó siendo que había actualizaciones” CE - DET - EP</p> <p>“Las que tienen relación con Cierre Financiero, de las que he visto, hay de dos tipos: Hay las que son fundamentalmente precisiones para cotar situaciones de interpretación no...y hay las que de alguna manera ya se meten a tocar el corazón del contrato que son las que ameritaron esta proyección de 3 años” F</p>
Entrevistado 9 (Raquel Moreno)	<p>“Falta de entrega de predios” EP</p> <p>“Ambigüedad en los procedimientos de aprobación de los EDIS” DET</p> <p>“Los procedimientos de pagos” F</p>
Entrevistado 10 (Samuel Rivero)	<p>“Para mí el principal error, son errores de planificación, falta una planificación adecuada, una imposición adecuada de cuáles son las etapas que se deben quemar allí y eso determina que gente que no está involucrada en el tema de las APPs intervengan también ya por factores políticos, adelantan plazos, no toman en cuenta ciertos detalles” FP</p> <p>“Estos son los principales errores que se cometen, no se establecen plazos adecuados para la entrega de predios, para el saneamiento de sus predios. No se establecen plazos realistas para el tema de las inversiones sociales que van a tener un proyecto” EP - S</p>
Entrevistado 11 (Carlos López)	<p>“Mal manejo de los plazos: el transcurso del tiempo es dinero, son intereses. Como en el caso de las expropiaciones, entrega de terrenos, etc.” EP</p> <p>“Las diferentes administraciones no son conscientes del impacto que su inacción produce en las concesiones y cada una va a su ritmo, sin estar coordinadas” IE</p> <p>“No existen expedientes técnicos avanzados y cuando se diseñan aparecen sobrecostos que tienen que compensarse” DET</p>
Entrevistado 12 (Giancarlo Silva)	<p>“Adendas de bancabilidad: buscan garantías adicionales para afrontar inversiones” F</p> <p>“Incumplimiento de algunas de las partes” I</p> <p>“Sector transporte: entrega de predios” EP</p> <p>“Comportamiento oportunista del privado” CO</p>
Entrevistado 13 (Magali Lazo)	<p>“Creo que la principal causa de renegociación es el incumplimiento de plazos en la entrega de los terrenos por la</p>

	<p>dificultad que hay en la liberación de áreas de interferencias” EP</p> <p>“Otra de las principales causas de la renegociación que tiene que ver con la bancabilidad del proyecto o el cierre financiero de los contratos” F</p> <p>“Y en segundo lugar la alteración de los cronogramas de inversión” CE</p>
Entrevistado 14 (Lenin Mayorga)	<p>“Una de las principales causas es el tema de bancabilidad, generalmente los concesionarios solicitan que se modifique el esquema de financiamiento de Pagos por Disponibilidad a pagos con fecha firme...” F</p> <p>“Asimismo, existen otras causas por temas de expropiaciones, demoras en la entrega de terrenos, ambigüedades en los contratos, etc.” EP - ME</p>
Entrevistado 15 (Dante Cieza)	<p>“Son contratos que nacen incompletos y en el camino es que se van de cierta forma integrando a través de las famosas adendas y lo que hacen las adendas son es ajustar algunas obligaciones que quizás no fueron bien definidas en el proceso de elaboración o diseño de los contratos. Bueno, habiendo dicho esto puedo decir que una de las principales causas que genera las renegociaciones es la incapacidad del Estado de poder cumplir con sus obligaciones.” IE - ME</p>
Entrevistado 16 (Antonio Rodríguez)	<p>“En mi opinión se va generando nueva coyuntura que conlleva a que tengas que ir... digamos... tratando de adecuar los contratos a las nuevas realidades del mercado financiero recordemos que tienes contratos de primera, segunda y tercera generación en términos de desarrollo de distribución de riesgos estructurados por Proinversión” R - F</p>
Entrevistado 17 (Eduardo Escobal)	<p>“El incumplimiento del Estado en expropiaciones, levantamiento de inferencias y aprobación de expediente técnico. Básicamente eso, esas son el 70%” EP - S - DEP</p>
Entrevistado 18 (Gonzalo Soriano)	<p>“Originalmente los contratos tenían una idea racional en la que se firmaba el contrato y luego se le enseñaba a los bancos y los bancos luego veían que no era aceptable para hacerlo bancable. Y eso se plasmaba en adendas” F</p>

Tabla N° 7: Categorización de las respuestas de la Pregunta 1

Codificación	Categorías
Financiamiento (F)	Bancabilidad
Riesgos (R)	
Ingresos de Demanda (ID)	
Presupuestos mal estimados (P)	
Expropiación de Predios (EP)	Aspectos Técnicos
Dificultades en los procesos de aprobación del Expediente Técnico (DET)	
Saneamiento y superposición de predios, interferencias (S)	
Retrasos o actualización en los cronogramas de ejecución de inversiones (CE)	
Obras adicionales (OA)	

Contextos Políticos (<i>CP</i>)	Factores Externos
Incumplimiento de las partes (<i>I</i>)	
Eventos no previstos (<i>ENP</i>)	
Incapacidad del Estado (<i>IE</i>)	
Comportamiento Oportunista (<i>CO</i>)	
Apuestas Agresivas (<i>AA</i>)	
Falta de planificación (<i>FP</i>)	Diseño del proyecto
Mal estructuración del contrato (<i>ME</i>)	
Naturaleza incompleta de los contratos (<i>NI</i>)	

Tabla N° 8: Frecuencia de las respuestas por cada entrevistado

Entrevistados	F	EP	DET	R	S	IE	AA	CO	ME	CE	ID	EVN	OA	P	I	CP	NI	FP
J. Luis Guasch	x	x					x				x		x			x		
Alex Albújar				x														
Enrique Cárcamo								x				x			x		x	
Sergio Bravo				x														
Eldda Bravo							x											
Camilo Carrillo	x	x		x				x										
Hernán Castañeda	x				x				x					x				
Leonie Roca	x	x	x							x								
Raquel Moreno	x	x	x															
Samuel Rivero		x			x													x
Carlos López		x	x			x												
Giancarlo Silva	x	x						x							x			
Magali Lazo	x	x								x								
Lenin Mayorga	x	x							x									
Dante Cieza						x			x									
Antonio Rodríguez	x																	
Eduardo Escobal		x	x		x													
Gonzalo Soriano	x																	

En términos generales, los entrevistados consideran que el financiamiento es una de las principales causas que generan el inicio de los procesos de renegociaciones en los contratos de APP, especialmente durante la etapa de cierre financiero, en donde el concesionario acompañados de sus financistas, solicitan modificaciones de los principales aspectos del

régimen económico financiero del contrato, entre ellos mecanismo de pagos o garantías, a fin de sustentar la bancabilidad del contrato y obtener los recursos suficientes para iniciar con la ejecución del proyecto.

En ese contexto, encontramos categorías relacionados al tema de financiamiento como la asignación de riesgos, ingresos de demanda, y presupuestos mal estimados, los cuales engloban en su conjunto el tema de bancabilidad del proyecto, concepto que consiste en determinar si este es capaz de generar los recursos necesarios en un periodo de tiempo para garantizar el pago del préstamo otorgado por las entidades financieras. En otras palabras, la evaluación de bancabilidad es tan importante dentro de la estructuración de un proyecto de APP, ya que comprueba la aceptación de las instituciones financieras para poner en marcha el financiamiento.

Por otro lado, otro factor importante son los aspectos técnicos involucrados en la ejecución del proyecto de APP, pues su alteración genera frecuentemente el inicio de procesos de renegociaciones contractuales, entre los cuales podemos encontrar, el retraso en las expropiaciones de predios, la falta de saneamiento y liberación de interferencias en los plazos establecidos, dificultades en la aprobación de los Expedientes Técnicos y actualización en los Cronograma de Ejecución de Obras, conceptos que fueron mencionados por los entrevistados en reiteradas oportunidades, evidenciando que existe una falta de planificación en esas áreas, siendo necesario que el Estado enfoque su atención de manera anticipada en dichos procesos, a fin que se inicie la ejecución de las obras sin ninguna contingencia.

Consideramos importante recalcar que los entrevistados también señalaron que existen factores externos que obligan a las partes a solicitar la modificación del contrato, entre ellos encontramos a: (i) las ofertas agresivas, (ii) comportamientos oportunistas del sector privado, (iii) el contexto político, (iv) incumplimiento de las partes, y (vi) la incapacidad del Estado.

Si bien son pocos los entrevistados que mencionan los factores externos, de igual manera consideramos que son percepciones sustanciales que dañan gravemente el sistema de APPs, fundamentalmente el comportamiento oportunista del sector privado, lo cual se evidencia cuando los concesionarios asumen desde un principio que el Estado les va a permitir modificar los aspectos financieros del contrato, pues en caso contrario, los financistas no les van a otorgar el financiamiento, por tanto no podrán continuar con la ejecución del proyecto. En ese contexto, el Estado queda atado de manos, con poco sustento para negociar con el sector privado.

4.2.2 Pregunta 2

Tabla N° 9: El rol de las entidades financieras durante las etapas de estructuración y transacción de los proyectos de APPs

Entrevistados	Respuestas
Entrevistado 1 (J. Luis Guasch)	<p>“Su papel viene indirecto porque básicamente van a darle al concesionario la tipología y las características del préstamo que te va a otorgar, y en base a eso el concesionario va a meter eso en su modelo financiero y va a presentar su propuesta”</p> <p>“Los postores dialogan continuamente con los banqueros, hay márgenes dependiendo de proyecto, ten en cuenta que las bases finales ahí hay toda una evolución del contrato en los cuales hay un diálogo, hay tiempo suficientemente de definir. Los bancos tienen sus equipos, cierta experiencia en temas de APPs y conocen la estructura, se enfocan en la asignación de riesgos, los flujos y costos”</p> <p>DFP</p>
Entrevistado 2 (Alex Albújar)	<p>“Bueno las entidades financieras van a participar finalmente en la etapa de financiamiento del proyecto cuando éste ya se va a ejecutar” Ex – Post</p> <p>“Antes de eso, lo que se tiene que hacer en etapa de promoción del proyecto es convocar a las entidades financieras para que conozcan el proyecto y también empiecen a dar sus opiniones de tal manera que cuando ya se adjudique el proyecto pues, no sea una novedad para esas entidades financieras, ya lo deben conocer deben manifestar sus preocupaciones y eso pasa por un proceso adecuado de promoción” DFProinversión</p>
Entrevistado 3 (Enrique Cárcamo)	<p>“Hay un asesor financiero que hace la estructuración, ese asesor tiene que buscar en el mercado las garantías, sobre costos de financiamiento, hacer el modelo financiero. Proinversión necesita un asesor financiero y muchas veces contrata, a veces lo hace con su staff propio, pero también contrata una empresa internacional que hace el flujo financiero y temas de tasas de interés, garantías, ingresos mínimos, analizan que el proyecto sea financiable”</p> <p>EFProinversión</p>
Entrevistado 4 (Sergio Bravo)	<p>“Calificar el endeudamiento previsto, si es bancable o no es bancable, ellos definen si van a poner el dinero, si van a poder vender bonos o no van a poder vender bonos, si ponen o no el préstamo, en general ellos califican el proyecto, los riesgos asociados al financiamiento, y por lo tanto determinan si es o no bancable” DFP</p>
Entrevistado 5 (Eldda Bravo)	<p>“Lo que hace el agente promotor es reunirse con los agentes financieros para poder tomar sus expectativas, sus requisitos, cómo ellos verían mejor estructurar el proyecto para poder disponer de recursos para el financiamiento. Eso hace el agente promotor. Convoca a bancos nacionales e internacionales. Se reúnen” DFProinversión</p>

<p>Entrevistado 6 (Camilo Carrillo)</p>	<p>“Cuando Proinversión hace el contrato tiene un estructurador que es un financista que analiza y dice: esto debería ser bancable, va le consulta al banco, si se supone que es una persona que sabe. En condiciones normales, tanto el estructurador de Proinversión, como el estructurador que hace la oferta a nivel del privado, analizan la versión del contrato y dicen es o no es bancable, cámbiame esto y seguramente solucionan el 90% de los problemas. Igual, aunque sean muy buenos, no van a hacer nunca el banco”</p> <p><i>EFProinversión – EFP</i></p>
<p>Entrevistado 7 (Hernán Castañeda)</p>	<p>“Recién en la etapa de estructuración las entidades financieras tienen una participación con Proinversión, a través de roadshows, reuniones informativas, en donde opinan de los parámetros de bancabilidad de los proyectos, los convenants de los contratos, etc.” <i>DFProinversión</i></p>
<p>Entrevistado 8 (Leonie Roca)</p>	<p>“Al final del día, pueden decidir con dos o tres postores... o de repente te dicen (financistas): “Oye espérate a que ganes para empezar a evaluar...” porque para ellos también es dedicarle tiempo y dinero a una transacción que eventualmente no va a salir”</p> <p>“El banco no es un socio en un proyecto, entonces me parece que la responsabilidad de hacer una estructuración adecuada con la asesoría adecuada no está tanto en el postor, sino está mucho más en Proinversión. Yo creo que esa lección sí la ha tomado Proinversión, por eso es que Alberto Ñecco está ahí, Alberto Ñecco su fortaleza es la estructuración financiera, justamente no...Se supone que los proyectos están saliendo bancables y con todo el bagaje de opiniones y todo que deberían hacer que efectivamente sea bancables”</p> <p><i>Ex Post – EFProinversión</i></p>
<p>Entrevistado 9 (Raquel Moreno)</p>	<p>“Los bancos cuando estructuran hacen un memorial. En el memorial hay un parte que es un experto económico, hay un experto legal, hay un experto técnico, que hace todo este memorial en la evaluación de cada uno de los proyectos y ve que tan viable es, un poco para asegurar si es que debe invertir determinado banco o entidad financiera en este proyecto o no lo debe de invertir porque existen lo que se llaman riesgos”</p> <p>“Bueno en general la función es mirar si el proyecto es viable, y mirar cuanta ganancia tienen en el tiempo. Si la tasa interna de retorno es la adecuada. Normalmente una tasa interna de retorno puede ser de 10 a 15 % de ganancia para que sea viable este proyecto y eso es lo que miran. Miran la viabilidad y razonabilidad en los plazos, en general miran la coherencia que pueda tener cada contrato y que el diseño contractual sea pertinente para la obra que piensan hacer”</p> <p><i>DFP</i></p>

Entrevistado 10 (Samuel Rivero)	“En la formulación y la estructuración las entidades financieras van determinando cada una los porcentajes de riesgos que van a asumir en el financiamiento de cada uno de estos proyectos. En función de cómo se va estructurando ellos van midiendo que porcentaje lo que les va a tocar de la inversión general” DFProinversión
Entrevistado 11 (Carlos López)	<p>“Los bancos evalúan y ven si el proyecto es bancable pero sólo una vez un cliente concreto nos contrata para ayudarles, bien para participar en la licitación, bien en caso de ser los adjudicatarios de cara a la estructuración de la financiación. En estas etapas el rol del banco es financiar una concesión ya cerrada por parte de Proinversión, por lo cual si esta no es bancable es difícil hacer cambios, incluso ahora será más difícil con la regulación que prohibirá “adendas de bancabilidad”. Ex - Post</p> <p>“Esto implica que los proyectos deben llegar a licitación habiendo Proinversión socializado y verificado previamente su bancabilidad. Por el lado de Proinversión, considero que sí hay una predisposición para dialogar con los bancos, sin embargo en alguna de las últimas reuniones con ellos, en donde nos explican de manera general algunos proyectos, sentí que todavía no tenían lo suficientemente aterrizada la estructura financiera de alguno de los proyectos” DFProinversión</p>
Entrevistado 12 (Giancarlo Silva)	<p>“El rol de las entidades financieras es esencial. Una de las principales actividades que realiza la entidad financiera durante el asesoramiento es el due diligence a fin de asignar y mitigar los riesgos del del proyecto, considerando todos los aspectos para que el concesionario cumpla con sus obligaciones” EFF</p> <p>“Las entidades financieras deberían involucrarse mucho más durante la estructuración del contrato de concesión, Proinversión debe tomar en cuenta las sugerencias del mercado” DFProinversión</p>
Entrevistado 13 (Magali Lazo)	<p>“Ninguna, porque estas entidades financiadoras más bien intervienen post suscripción del contrato de cara a lo que es el cierre financiero, entonces justamente por ello existe la necesidad que en una etapa posterior los equipos de los financiadores revisen el contrato e identifiquen algunas deficiencias para garantizar al 100% el cobro digamos del financiamiento”</p> <p>“Durante la etapa de estructuración, lamentablemente no intervienen, y por una cuestión natural, hasta que no se adjudique el contrato, incluso hasta que no se firme el contrato, no hay certeza de la ejecución de un proyecto APP”</p> <p>Ex – Post</p>
Entrevistado 14 (Lenin Mayorga)	“Las instituciones financieras tienen un rol importante durante la estructuración de un proyecto, principalmente

	<p>porque tienen que asegurarle a Proinversión que el proyecto sea bancable”</p> <p>“Asimismo, Proinversión realiza el Informe de Evaluación Integral, en el cual incluye el análisis preliminar de bancabilidad, y en donde debe recoger todos los aspectos financieros evaluados por su estructurador, así como las opiniones de los postores y las instituciones financieras. Estas últimas deben confirmar el nivel de endeudamiento, los riesgos que afectan el financiamiento, etc., por lo que generan que el postor presente una oferta válida, mitigando cualquier tipo de riesgo futuro”</p> <p><i>DFProinversión</i></p>
<p>Entrevistado 15 (Dante Cieza)</p>	<p>“Yo para poder proponer mi oferta he tenido que tener una relación como empresa privada con los potenciales financistas y les lanzo una propuesta, entonces desde ese marco, desde ese punto de vista en una iniciativa privada, yo llevé una interrelación inicial, ahí ya le digo al Estado que como empresa de los 100 millones que cuesta el proyecto, yo voy a poner 10,%, 90% lo va a financiar un Fondo de Inversión Chileno, un Fondo de Administración de Pensiones Argentino, y lo van a financiar bajo estas características 6.6% anual etc., etc., etc.” <i>DFP</i></p> <p>“Sin embargo, en la iniciativa pública no se aprecia en la etapa de formulación ni en la etapa de estructuración, una participación de entidades financieras, porque, como bien lo dice todavía estas estructurando el proyecto, actualmente no existe un mecanismo en el cual pueda ver ya prefijada una o dos empresas financieras potenciales que vayan a financiar el proyecto. Lo que si existe es el asesoramiento y la contratación de consultorías como Price Waterhouse Coopers, como ESAN, como Deloitte, como el Banco Interamericano de Desarrollo, son consultores simplemente que lo que te van diciendo en cierta forma, entonces el Estado lo va estructurando en base a lo que los consultores te van definiendo” <i>EFProinversión</i></p>
<p>Entrevistado 16 (Antonio Rodríguez)</p>	<p>“El concesionario va a encargarse de esa función, buscar asesoría externa y buscar a entidades financieras que puedan entregar los recursos y estructurarle todo el proceso y los instrumentos financieros a utilizar y obviamente que las entidades financieras siempre van a tratar de ir a esquemas donde ellos obtengan o estén coberturados si es posible al 100%” <i>EFP</i></p>
<p>Entrevistado 17 (Eduardo Escobal)</p>	<p>“Hay dos etapas, la primera etapa es cuando uno formula la propuesta y ahí uno suele contratar a un asesor financiero, a una banca de inversión, para que sondee el proyecto haga un test, identifique cuál es la mejor estructura financiera, del proyecto bonos, un préstamo bancario, la que sea, para ver con cual se consigue más dinero a valor actual para financiar el proyecto, y después está la otra etapa cuando ya tienes el contrato y ya sales a competir al mercado, y ahí eventualmente te pueden venir varias y diferentes estructuraciones” <i>EFP – Ex Post</i></p>

Entrevistado 18 (Gonzalo Soriano)	<p>“No podría hablar por todas las entidades financieras pero el rol de algunas multilaterales es apoyar al gobierno y al Estado en el diseño de esas estructuras, es decir, en que la matriz del Project finance si es el caso, sea una matriz a criterio de la multilateral es una matriz bancable es decir es un apoyo antes de inclusive del diseño de contrato APPs” <i>EFM</i></p> <p>“Pero en teoría CAF puede brindar los dos servicios, no sé si los dos servicios al mismo proyecto. Pero CAF puede brindar tanto el servicio previo, como ayudarte en la estructura, como el servicio posterior que es el financiamiento, o no solo el financiamiento, puede también brindar como un apoyo como garante de ciertas partes cuando el sector privado no está listo para financiar” <i>Ex – Post</i></p>
--------------------------------------	--

Tabla N° 10: Categorización de respuestas de la Pregunta 2

Codificación	Categorías
Estructuración Financiera de consultoras – <i>EFP</i>	Apoyo al Postor
Diálogo con Financistas – <i>DFP</i>	
Estructuración Financiera de consultoras – <i>EFProinversión</i>	Apoyo a Proinversión
Diálogo con Financistas – <i>DFProinversión</i>	
Estructuración Financiera de Entidades Multilaterales - <i>EFM</i>	
Financiamiento proyecto - <i>Ex – Post</i>	Participación en el Cierre Financiero

Tabla N° 11: Frecuencia de las respuestas por cada entrevistado

Entrevistados	DFProinversión	EFP	Ex – Post	EFProinversión	DFP	EFM
J. Luis Guasch					x	
Alex Albújar	x		x			
Enrique Cárcamo				x		
Sergio Bravo					x	
Eldda Bravo	x					
Camilo Carrillo		x		x		
Hernán Castañeda	x					
Leonie Roca			x	x		
Raquel Moreno					x	
Samuel Rivero	x					
Carlos López	x		x			
Giancarlo Silva	x	x				
Magali Lazo			x			
Lenin Mayorga	x					
Dante Cieza				x	x	

Antonio Rodríguez		x				
Eduardo Escobal		x	x			
Gonzalo Soriano			x			x

Los resultados de la Pregunta N° 2 muestran que la mayoría de los entrevistados considera que las entidades financieras⁴²³ cumplen un rol importante durante la estructuración del proyecto de APP, pues es necesario que tengan una participación activa durante el proceso de promoción, a través de roadshows, reuniones informativas, en donde los agentes financieros opinan acerca de los parámetros de bancabilidad, tomándose en cuenta las expectativas y requisitos que toman en cuenta para participar en el proceso.

Para los entrevistados es fundamental que Proinversión reciba sus opiniones, observaciones y recomendaciones para mejorar la estructura financiera y lograr que el proyecto sea capaz de generar los recursos suficientes para repagar el préstamo otorgado. Ahora bien, los financistas no buscan que únicamente Proinversión reciba sus opiniones, sino que las acoja o en todo caso las evalúe adecuadamente, sin embargo en base a las entrevistas, no se ha observado una actitud receptiva por parte de Proinversión ni existe una retroalimentación eficiente entre ellos.

Hemos observado que en esta pregunta los entrevistados responden de dos formas distintas: los principales roles que tienen en la actualidad las entidades financieras en las etapas de estructuración y transacción o los roles que deberían tener las entidades financieras en las etapas de estructuración y transacción del proyecto. Asimismo, observamos que las entidades financieras intervienen de diferentes maneras, tanto como asesores como directamente en el Cierre Financiero del proyecto. Somos de la opinión que todas las interpretaciones son correctas, pues el contexto actual de las APPs es bastante incierto, incluyendo la determinación de la participación de las entidades financieras en los últimos proyectos, lo cual evidencia que cada entrevistado tuvo una experiencia o perspectiva distinta respecto al tema, además de querer ver soluciones para mejorar dificultades en los procesos.

Por otra parte, se puede observar que los entrevistados, además de considerar a las entidades financieras como intervinientes en las etapas de estructuración y transacción del proyecto de APPs, incluyeron dentro de sus respuestas a las consultoras que brindan asesoría financiera en la estructuración del proyecto, tanto a Proinversión como al postor, de ese modo dichos agentes

⁴²³ A efectos de la presente investigación, consideramos entidades financieras o financistas a las instituciones que en la etapa de Cierre Financiero finalmente otorgan los recursos necesarios para ejecutar el proyecto. Por ejemplo, bancos nacionales e internacionales, AFPs, Fondos de Inversión, Entidades Multilaterales, entre otros.

formarían parte de los stakeholders involucrados en la estructuración financiera de un proyecto de APPs. Al respecto, los entrevistados señalaron que las consultoras cumplen un rol notorio en la estructuración financiera, en donde principalmente indagan y estudian el proyecto, hacen test entre instituciones financieras para identificar cuál es la mejor estructura financiera para el proyecto, así como los instrumentos financieros idóneos dependiendo de las características de cada proyecto.

Por el lado del postor, las consultoras revisan la información del proyecto y realizan un análisis sobre la asignación y mitigación de los riesgos, y en base a ello el postor elabora el modelo económico financiero que incluye en su propuesta. Mientras que la asesoría financiera a Proinversión, consiste en evaluar las condiciones del mercado financiero, determinar la estructura financiera que asegure la viabilidad del proyecto, los instrumentos financieros idóneos para canalizar los recursos económicos, lo cual se resume en determinar la bancabilidad del proyecto.

En tal sentido, si bien la estructuración financiera del proyecto recae en Proinversión, tanto el sector privado como los financistas tienen un papel transcendental dentro del proceso, pues una vez que tengan la información técnica y financiera sobre el proyecto, realizarán un análisis exhaustivo sobre el mismo y determinarán la viabilidad del proyecto, principalmente concluirán si les resulta rentable o no participar en la ejecución del proyecto. A todas luces, ello determina la continuidad y el éxito del proyecto.

Ahora, si bien las entidades financieras tienen una participación relevante durante la estructuración del proyecto de APP, es de manera ex post que cumplen el rol protagónico, es decir, una vez que se adjudica el proyecto, y las partes firman el contrato de APP, dichas instituciones recién realizan la evaluación integral del proyecto, de cara a lo que es el Cierre Financiero. Según las entrevistas puede haber varias razones de la intervención tardía, por ejemplo, políticas internas de las instituciones financieras, decisión del inversionista, por los costos de revisar ex ante el proyecto, etc., al parecer la regla general es que las entidades financieras revisan formalmente el contrato y garantizan el otorgamiento del financiamiento luego que se tiene un proyecto adjudicado, a portas de empezar su ejecución (este tema se explica mejor en la Pregunta 3).

4.2.3 Pregunta 3

Tabla N° 12: Posibilidad que las entidades financieras puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada

Entrevistados	Respuestas
Entrevistado 1 (J. Luis Guasch)	<p>“Depende de los costos, es un juego, yo como banco quiero prestar pero hay un coste de acompañar en el proceso, depende del nivel de acompañamiento, una cosa es que me vayan siguiendo durante el proceso muy light o alguien muy serio que te va diciendo este riesgo es muy serio tienes que negociarlo o te pide una garantía, esto se vería de banco a banco, por qué voy a asignar recursos del banco si todavía no sé si va a ganar”</p> <p>“No debería ser obligatorio el acompañamiento porque hay muchas formas de darle la vuelta. Va a depender de la seriedad del postor y del acompañamiento, ellos no se van a comprometer a dar recursos exagerados porque no tienen garantía que vas a ganar el proyecto. De que están involucrados, sí están involucrados, el nivel de eso dependerá de la estrategia y negocio del banco y del riesgo del proyecto”</p> <p><i>D</i></p>
Entrevistado 2 (Alex Albújar)	<p>“El MEF y el actual Proinversión busca que el postor ya vaya casado con su banco, ¿eso qué hace? te reduce la oferta del financiero, solamente los que ya conocen... y siempre son los mismos... entonces si tú obligas a que cada postor llegue con su financiero ya cerrado, primero necesitas un estudio definitivo antes de concursar porque ningún banco te cierra si es que no hay un estudio bien hecho. Pero ¿quién se va a atrever hacer un estudio que cuesta un montón de plata si todavía no ha ganado?”</p> <p>“En la actualidad no se hace... han intentado, yo he asesorado varios proyectos donde a mí me han pedido eso, y yo no he estado de acuerdo y me han dicho: por favor exigen las bases que...he dicho no puedo...”</p> <p><i>N</i></p>
Entrevistado 3 (Enrique Cárcamo)	<p>“Un problema grande en carreteras es que no ha ganado ningún concesionario de carreteras, han ganado empresas constructoras que no saben financiar estos proyectos, la empresa constructora recurre al financiamiento corporativo con garantías, no hay un financiamiento de Project finance. Si tú convocas a un concesionario, él va a venir con su financista, con su banco de inversión y van a evaluar del contrato y van a acompañar en todo el proceso, ellos no tienen una licitación sino treinta licitaciones, ellos tienen un partner financista que los acompaña en todo el proceso”</p> <p>“Lo normal en el mundo es que los concesionarios vayan con el Acreedor Permitido que les va a dar la garantía. En el Perú han ganado empresas constructoras que no han hecho ese acompañamiento. Las constructoras te piden pago por avance de obra, no son capaces de gestionar el financiamiento con los flujos futuros. El banco mundial lo explica, un gran error en Latinoamérica ha sido que los concesionarios son empresas</p>

	<p>constructoras, quienes no son especialistas en Project Finance”</p> <p>D</p>
Entrevistado 4 (Sergio Bravo)	<p>“No hay postor que vaya a ir a un concurso sino ha consultado si el financiamiento es posible y cuánto costaría, el postor no va a poner una oferta si es que previamente no ha consultado con algún banco o estructurador. Eso les cuesta dinero, pero la mayoría lo asumen”</p> <p>S</p>
Entrevistado 5 (Eldda Bravo)	<p>“Sí, ha habido, pero todo se hace a través del postor, es el que emite sus sugerencias, no es el financiero el que directamente sugiere, si no a través de él. Pero sí hay postores que vienen con el equipo completo”</p> <p>S</p>
Entrevistado 6 (Camilo Carrillo)	<p>“Tú tienes la respuesta. Sí lo pueden hacer, pero es un riesgo que asume el privado que nadie le va a reconocer.”</p> <p>“La forma como está ahora es mejor. Tú obligas al privado que se siente con el banco, pero el banco te va a decir: pero qué seguridad me das que vas a ganar. El banco apuesta también, o sea yo estoy seguro de que invertir 50,000, 100,000 o 200,000 dólares en ayudar al privado en su propuesta, lo va a recibir cuando le preste 150 millones dólares, un quinto de punto porcentual, se come todos esos 150 millones invertidos. Entonces, es un costo, le cobrará una tasa de 5% sino le cobrará 5.25% y recuperará ese costo.”</p> <p>S</p>
Entrevistado 7 (Hernán Castañeda)	<p>“Sí, las entidades financieras acompañan a los postores, a través de los roadshows y feedback que puedan dar de la evaluación de los documentos del proyecto”</p> <p>S</p>
Entrevistado 8 (Leonie Roca)	<p>“Eso es una tontería porque a ver... acá en el Perú la concesión de APPs de salud ha debido de salir hace 2 años. Entonces qué? Me explico... Ahora si tuviéramos un plan récord de que algo se licita hoy día, que se sabe que sale en noviembre y en noviembre sale. Ya pues, yo me siento con el BCP y le digo compadre tú tienes todas mis cuentas y no sé qué... Me pones a tu área de finanzas estructuradas a irme calculando los bonos, leyendo tu contrato y todo, pero acá se te pueden pasar 5 años de postor. Esa es la realidad, entonces claro suena lindo desde el otro lado...pero habla con la gente de los bancos, a ver pregúntales si ellos acompañan los proyectos desde el day one, desde que empiezas a armar tu consorcio. Eso no pasa.”</p>

	<p>“Por ejemplo, cuando yo gané el proceso de Aeropuertos del Perú nosotros empezamos a conversar con el banco al día siguiente que ganamos la buena pro.”</p> <p><i>N</i></p>
Entrevistado 9 (Raquel Moreno)	<p>“En Perú no hay ese tema, no se ha dado, pero lo más indicado para generar mayor competencia y que el proyecto sea más viable sería de que todos los postores propongan algunas ideas en las cuales les pongan puntajes como por ejemplo sucede en Inglaterra en donde les ponen puntajes y la solución técnica que ellos han propuesto es viable.”</p> <p><i>N</i></p>
Entrevistado 10 (Samuel Rivero)	<p>“Yo considero que sería un costo, un costo que las empresas no sé si estarán dispuestas a asumir. Cada empresa tiene un banco con el que trabaja, pero muchas veces para financiar estos nuevos proyectos necesitan más de un banco o no necesitan un banco de banca local necesariamente, necesita un banco internacional muchos trabajan con el BBVA aquí pero finalmente traen al Bilbao Viscaya español, a la matriz que es la que puede reforzar esto.”</p> <p>“Entonces, para mí es un costo adicional en el que va a incurrir el banco y que obviamente lo va a trasladar. La posibilidad de que puedan trabajar con ellos y que los puedan acompañar durante el proceso de promoción de la inversión privada completamente está dado en la capacidad que tenga la empresa de responder, porque ojo, nada me garantiza que si me está acompañando voy a ganar, nada me garantiza eso, solo me va a garantizar que yo tenga la oferta que este dentro de los ratios adecuados para poder ganar, ahí si no tengo esas condiciones definitivamente va a ser una inversión, un costo hundido perdido porque no lo voy a volver a recuperar.”</p> <p><i>N</i></p>
Entrevistado 11 (Carlos López)	<p>“Es muy común que las entidades financieras asesorem a los clientes en las licitaciones de proyectos, pero generalmente entramos muy tarde a la foto. Cuando empieza el proceso de licitación, los postores recién contratan al banco para presentar los comentarios y/o consultas a las bases, en mi experiencia, siempre los concesionarios vienen a última hora con los documentos del proyecto para que lo analicemos, nos dan poco tiempo para evaluarlo. Por tanto, es importante que los contratos sean licitados por parte de Proinversión habiendo contrastado la bancabilidad lo más posible de la mano de los más expertos asesores externos, sobre todo si ya no van a haber adendas de bancabilidad.”</p> <p><i>N</i></p>
Entrevistado 12 (Giancarlo Silva)	<p>“Proinversión es quien tiene competencia durante la etapa de formulación y estructuración del proyecto. Desde el MTC, no</p>

	<p>se tiene experiencia sobre el acompañamiento de las entidades financieras.”</p> <p>-</p>
Entrevistado 13 (Magali Lazo)	<p>“Yo honestamente no creo que eso sea viable por una cuestión muy natural, cuando tú estás estructurando el proyecto estas en un proceso de negociación entre el Estado y la entidad pública no es que haya bases claras de cómo se va a desarrollar el proyecto.”</p> <p><i>N</i></p>
Entrevistado 14 (Lenin Mayorga)	<p>“Sí, de acuerdo al modelo que se pretende aplicar, los postores deben estar acompañados por los bancos para evaluar los riesgos y la estructura financiera desde que muestren interés en el proyecto.”</p> <p>“Actualmente, la mayoría de los postores vienen siendo acompañados por sus bancos, ellos asumen el costo de dicho servicio. Esa figura es un modelo eficiente.”</p> <p><i>S</i></p>
Entrevistado 15 (Dante Cieza)	<p>“Yo pienso que de cierta forma se podría generar un mecanismo similar al del diálogo competitivo, que ya habíamos comentado, o que las entidades de promoción de inversión privada cuenten con una cartera de financistas en cierta forma pre inscritos no... en el cual tú digas: haz una convocatoria y hayan 10 o 15 empresas financistas o entidades financiera del mundo y que siempre puedan participar en algún tipo de consulta y tener información preliminar para que ellos pueda de cierta forma opinar cómo podría ser financiar este proyecto dado que el Banco Mundial tiene experiencia en financiamiento de proyectos en todo el mundo entonces sabe cómo podría ser la mejor estructura de financiera de los proyectos.”</p> <p><i>S</i></p>
Entrevistado 16 (Antonio Rodríguez)	<p>“En realidad, eso sería lo ideal, sería el mundo perfecto, pero tiene sus desventajas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Son costos de transacción más caros 2.- Si ya quieres tú un financiamiento firme vas a tener que tener estudios desarrollados para que te puedan dar una estructuración los mismos bancos o la entidad financiera que está acompañando al postor, te pueda dar digamos un compromiso de parte de ellos que vendría a ser a firme porque casi está viniendo de la mano con el concesionario y que si gana tendrían que juntarse, entonces esos dos elementos, de que hayan los estudio definitivos hechos por el mismo concesionario, y haya un compromiso firme del banco para

	<p>estructurar al postor hace que se requiera mayor tiempo y mayores recursos.”</p> <p>D</p>
Entrevistado 17 (Eduardo Escobal)	<p>“No, te voy a dar dos opiniones: los Acreedores Permitidos no se involucran tanto como uno creería, el otro tema, el cierre financiero deba hacerse en promedio en un año, y ahí es justamente donde salen los problemas. Es natural por lo mismo que en los primeros meses haya adendas, es natural...”</p> <p>N</p>
Entrevistado 18 (Gonzalo Soriano)	<p>“Sí, sí lo hacen, inclusive el sistema actual requiere que los candidatos a promotores presente una carta en la que el banco manifieste su interés de financiar el proyecto, no necesariamente que lo van a financiar, todo esto... pero es parte...es requisito si no me equivoco...”</p> <p>“Esto se lo piden al CAF, y el CAF lo da a todos los potenciales concesionarios que considera serios, entiendo, no tiene problemas en evaluar y presentar.”</p> <p>S</p>

Tabla N° 13: Categorización de respuestas de la Pregunta 3

Codificación	Categorías
Sí es posible – S	Es modelo eficiente
	Pueden presentar una carta de compromiso
	Existe un feedback para presentar la oferta económica
No es posible – N	Alto costos para el postor
	No hay información suficiente del proyecto
	Falta de interés del privado
	No hay seguridad en los plazos del proceso de licitación
Depende – D	Nivel de acompañamiento y diligencia del privado
	Estrategias de las entidades financieras
	Tipo de postor (constructor – concesionario)
No opina	-

Tabla N° 14: Frecuencia de las respuestas por cada entrevistado

Entrevistados	S	Z	D	.
J. Luis Guasch			x	
Alex Albújar		x		
Enrique Cárcamo			x	
Sergio Bravo	x			
Eldda Bravo	x			
Camilo Carrillo	x			
Hernán Castañeda	x			
Leonie Roca		x		
Raquel Moreno		x		
Samuel Rivero		x		
Carlos López		x		
Giancarlo Silva				x
Magali Lazo		x		
Lenin Mayorga	x			
Dante Cieza	x			
Antonio Rodríguez			x	
Eduardo Escobal		x		
Gonzalo Soriano	x			

Como se puede apreciar, las opiniones de los entrevistados respecto a la posibilidad del acompañamiento de las entidades financieras están divididas. Varios de los expertos mencionan que si bien se viene promoviendo ese modelo, es decir que, el postor vaya “casado con su banco” a la licitación pública, no es posible que el acompañamiento de los financistas se dé tan fácilmente, principalmente porque es un costo alto que los inversionistas no estarían dispuestas a asumir, además que no existen plazos razonables ni confiables de planificación y del proceso de promoción en general, lo cual genera incertidumbre en el postor y financista.

De acuerdo a Carlos López, jefe de área de Project Finance del banco BBVA, los postores siempre vienen a última hora con los documentos del proyecto para que lo analicen, y les dan poco tiempo para evaluarlo, por lo que considera que es importante que los contratos sean licitados habiendo contrastado la bancabilidad de la mano de expertos en finanzas, sobre todo si el Estado ya no va a permitir adendas de bancabilidad.

Por otro lado, también observamos entrevistados que consideran como positivo y posible el acompañamiento de las entidades financieras durante el proceso de promoción, en base a que dicho método es eficiente pues el postor y el financista evalúan de manera diligente cada detalle del proyecto. Al respecto, señalan que lo adecuado es contar con la opinión y asesoría de la

entidad financiera desde la etapa de estructuración del proyecto, de ese modo se verifica si el financiamiento es factible, incluyendo la evaluación de los costos y flujos futuros o cofinanciamiento del Estado.

Finalmente, observamos que los entrevistados también consideran que el acompañamiento de los financistas depende de varios factores, por ejemplo, de la seriedad del postor y la cantidad de recursos que están dispuestos a comprometer para la evaluación del proyecto, pues no tienen la garantía que va a resultar adjudicado, así como la estrategia interna de la entidad y servicios que pueden brindar para determinar la viabilidad del proyecto durante el proceso de promoción.

4.2.4 Pregunta 4

Tabla N° 15: Las causas que generan las modificaciones contractuales por parte de los financistas

Entrevistados	Respuestas
Entrevistado 1 (J. Luis Guasch)	<p>“A veces es cierto que quizá no hayan garantizado en el contrato que se lanzó con el detalle suficiente y ahora que viene la realidad de financiar...” <i>DC</i></p> <p>“Adendas típicas por el concepto de Acreedores Permitidos, que aun no entiendo cómo eso no se define en el reglamento y se evitan todas esas adendas, exagerando un poco más del 50% de adendas tiene ese componente. Eso no debería darse, se debería definir el perfil del Acreedor Permitido y no cambiarse.” <i>ADP</i></p> <p>“Ahora va a depender del nivel de cocción del proyecto, pero cuánto ha variado ese nivel, van a tener que hacer estudios adicionales para la bancabilidad, sino existe una variación en términos de los estudios de ingeniería que se haya revelado modificaciones en la parte técnica que puedan afectar los costos, si puedo entender que haya una razón adicional que puede modificarse el contrato, pero si no hay eso, no entiendo porque solicitan modificaciones. Los bancos debieron haber visto ese contrato analizado, si lo tomaron a la ligera porque no aún no sabían que ese postor iba a ganar la adjudicación y no revisaron bien los riesgos puede ser un factor.” <i>AB - EO</i></p>
Entrevistado 2 (Alex Albújar)	<p>“Entonces, los financistas leen el contrato con una lupa, donde huelen riesgos, piden modificación. Así sea una coma, piden modificación...me precisas esto, porque no tienen por qué tomar riesgos.”</p> <p>“El banco dice: esto para mí es un riesgo, entonces hay dos opciones aparentemente, el Estado lo aclara para que el riesgo lo asuma el Estado, o el privado se lo garantiza al banco, pero ahí es otra evaluación, ahí tienes que evaluar al concesionario,</p>

	<p>y el concesionario depende de su matriz y ellos tienen un riesgo diferente del riesgo del Estado.”</p> <p>“Cuando el Acreedor Permitido quiere una precisión es porque él asume que hay un riesgo que él cree que no va a cobrar, porque finalmente el riesgo se traduce en dinero, ahí aquí puede ser que yo no cobre, ¿quién me lo paga? entonces el concesionario dice que te lo pague el Estado, ahí entonces adenda, porque si el concesionario diría yo te lo pago, no necesitaría adenda, en ese momento viene la evaluación al concesionario a su matriz, y a todo su historial y además el costo sube. Y podría darse que no se cierre el financiamiento te das cuenta...”</p> <p>AR</p>
Entrevistado 3 (Enrique Cárcamo)	<p>“Modifican el contrato para asumir menos riesgos con los que se habían comprometido en la etapa de licitación. Los postores habían dicho “yo asumo el riesgo geológico, yo asumo el riesgo de retraso en tal cosa”, después él que gana dice “no mi financista no quiere asumir ese riesgo, modifícame la cláusula”, entonces con el argumento de bancabilidad, te trasladan riesgos o sobrecostos, o actividades adicionales, o alteran el equilibrio económico financiero, por eso el financista te va a pedir cambios para generar ahorros.”</p> <p>AR – O</p>
Entrevistado 4 (Sergio Bravo)	<p>“Porque si todo ya estuviera preestablecido o si se hubiera hecho un contrato bancable, no pedirían nada. Te niegas a ceder ciertos derechos que reclama la banca y crees que la banca va a asumir los riesgos totales por el financiamiento, porque cree que el que corre el riesgo es el concesionario, pero el que corre el riesgo es la banca, entonces le niegas seguridades y lo que va a hacer es no prestar y si quiere prestar te va a pedir modificaciones.”</p> <p>AR – DC</p>
Entrevistado 5 (Eldda Bravo)	<p>“...Y luego una vez firmado el contrato recién están solicitando estas modificaciones, cuando ha habido todo un proceso para hacerse. Claro, es justamente por eso como te digo algunos son temerarios. Otros porque el propio Estado no les acogen...igual se van pensando en la ejecución, como el Estado no va a permitir que se les caiga fácilmente un contrato van a obtener una modificación.”</p> <p>DC – O</p>
Entrevistado 6 (Camilo Carrillo)	<p>“Terminarías en una situación atípica en la cual al Estado le conviene caducar porque aunque le pagues 100% de las obras se las queda gratis. No tiene sentido jurídico darle un incentivo al Estado para caducar el contrato y confiscar no tiene ningún sentido. Ese tipo de definiciones no está claro a veces. Son tantas la cantidad de variables que se te puede pasar, por eso es necesaria la visión del banco. El banquero dice: no, yo no te presto mientras la cláusula no esté clara. Tiene que estar clarito todo.”</p>

	DC
Entrevistado 7 (Hernán Castañeda)	<p>“Las razones son principalmente las mencionadas en la pregunta 1. En primer lugar, como consecuencia de la mala estimación del presupuesto en la etapa de formulación por parte del sector, los concesionarios y los financistas se dan cuenta que es necesario modificar ciertas cláusulas del contrato para conseguir los flujos que cubran la inversión asumida en el proyecto.”</p> <p>PP</p> <p>“Los financistas aseguran que las cláusulas del contrato tengan la flexibilidad para responder a ciertos eventos que le podrían causar contingencias a futuro, como por ejemplo penalidades o la caducidad del contrato. En síntesis, las principales modificaciones son: definición de Acreedores Permitidos, paquetes de garantías, toma de posesión de predios.”</p> <p>DAP – G – ES</p>
Entrevistado 8 (Leonie Roca)	<p>“Las que tienen relación con cierre financiero, de las que he visto, hay de dos tipos: hay las que son fundamentalmente precisiones para acotar situaciones de interpretación no... me acuerdo hace muchos años hubo una APP en donde tenían un ingreso relevante por las playas de estacionamiento por ejemplo, y entonces el financiador, KFW, me parece, le decíamos: pero no, lo que no me queda claro si esta va a estar sujeto al canon o no van a estar sujetos al canon... entonces hay las que son precisiones para evitar el espacio interpretativo al regulador, y hay las que de alguna manera ya se meten a tocar el corazón del contrato que son las que ameritaron esta proyección de 3 años que en realidad a mí me preocupan para ser franca, porque los contratos no salen bien.”</p> <p>DC</p> <p>“Hay las que cambian el set de garantías de fianzas, eso no debería estar permitido, hay de las que se meten a tocar temas como... que tienen que ver con el factor de competencia... hay algunas que si son medulares... esas son las que a nadie les gusta.”</p> <p>G</p>
Entrevistado 9 (Raquel Moreno)	<p>“Respecto a la predictibilidad de sus pagos, en general ellos miran el cronograma de la ejecución de las obras y miran si el plazo es razonable para la ejecución de la misma, si es razonable el plazo para la entrega de las áreas, miran también el tema de la estructura de pago de cómo va a ir ¿por qué? porque muchos de ellos van a ser pagados diferidamente a través de certificados de pago (CRPAO)”</p> <p>PP – MP</p> <p>“Mira en Línea 2, lo que pidieron los bancos, en general pidieron asegurar de sus inversiones. En general se modificó</p>

	<p>varios términos.... bueno la mayoría de los Acreedores Permitidos estaban ligados a un tema de administradores o representantes de los accionistas, cuando hay varios bancos involucrados, pero lo que piden es tener predictibilidad respecto a esto y tener mayor seguridad respecto a la ejecución de la obra.”</p> <p>DAP – EO</p>
Entrevistado 10 (Samuel Rivero)	<p>“Primero es la definición de Acreedores Permitidos para poder incluir a instituciones que no estaban en un primer momento.” DAP</p> <p>“En un segundo momento, es la variación de las tasas de interés cuando no están definidas adecuadamente. Eso se transforma en mayor cantidad de dinero que tenemos que pagar, finalmente nosotros como Estado.” TI</p> <p>“Plazos adicionales, ya si tenemos un plazo cerrado de cierre financiero, los plazos adicionales de cierre financiero que podrían seguir corriendo y corriendo y corriendo. Te doy un ejemplo: Majes-Siguas, Majes -Siguas fue firmado en 2010, hasta ahora no tiene cierre financiero, 9 años después, no tiene cierre financiero y el proyecto está a punto de caerse.” PA</p>
Entrevistado 11 (Carlos López)	<p>“En ocasiones existe una falta de concreción en los conceptos y reparto de riesgos del contrato, es un error grande en la etapa de estructuración del mismo, de modo que los concesionarios tienen la oportunidad de renegociarlo. La eliminación de la adenda de bancabilidad creo que en el fondo es positiva, porque negociar con el adjudicatario, fuera del proceso competitivo, puede resultar injusto para otros proponentes que quedaron fuera, así como el concedente pierde poder de negociación. Pero como se dijo antes, esto requiere que Proinversión haga sus deberes previamente, y de la mano de los mejores asesores externos expertos.”</p> <p>DC – AR</p> <p>“Entonces, con las adendas de bancabilidad, tanto el concesionario como el banco podrían tener un interés perverso en buscar modificar el contrato para disminuir los riesgos y encontrar el sistema de pago que más les convenga, no necesariamente porque no puedan asumir los riesgos.”</p> <p>O</p>
Entrevistado 12 (Giancarlo Silva)	<p>“En el transcurso de los años se están viendo varios cambios en los proyectos de APPs. Se solicitan cambios a los contratos con el objetivo de adecuarse o las variaciones de endeudamiento garantizado, valor que el Estado paga a favor de los concesionarios, condiciones del Acreedor Permitido calificado como tal.”</p> <p>DAP</p> <p>“Se puede ver que las condiciones en el mercado de endeudamiento mejoran, por lo que el concesionario se</p>

	<p>encuentra interesado en modificar o actualizar ciertas cláusulas del contrato de concesión.”</p> <p>ACF</p>
Entrevistado 13 (Magali Lazo)	<p>“Sí, básicamente son riesgos de no cobrar cuando el proyecto prevé pagos por ejemplo periódicos, lo que los bancos necesitan es que haya la certeza de cómo cuándo y cómo se paga entonces ese tipo de cosas son las que observa el banco que difícilmente las podría observar cuando recién se está estructurando el proyecto económicamente hablando...”</p> <p>PP</p>
Entrevistado 14 (Lenin Mayorga)	<p>“Como mencioné, los concesionarios, acompañados de los Acreedores Permitted principalmente solicitan modificaciones al contrato para cambiar el esquema de financiamiento de Pago por Disponibilidad a pago con fecha fija, toda vez que el pago por disponibilidad se presenta cuando el Estado o el usuario, sólo paga cuando la infraestructura está operando o cuando se está prestando el servicio público. Asimismo, a los concesionarios les interesa financiar el proyecto a través del mercado de capitales, puesto que no se evalúa el riesgo proyecto sino riesgo Estado.”</p> <p>MP</p>
Entrevistado 15 (Dante Cieza)	<p>“...entonces ¿qué es lo que sucede? viene un financista y dice: concesionario si tú no solicitas una adenda para que me coloquen a mí una cláusula que indique que si ese peaje no entre en operación durante todo el tiempo que se demore el Estado gracias a su incapacidad para gestionar los aspectos sociales, a mí me reconozca durante tanto tiempo”</p> <p>“... en el caso de Ticlio, San Nicolás, en el Sur, la gente no quiere un peaje ahí...eso es justamente una mala acción social del Estado...es un riesgo. Entonces, ¿qué dice el financista? yo te pongo la plata, pero eso si ahí viene el riesgo, y no voy a poder cobrar, que el Estado me reconozca por todo el tiempo que este paralizado, no me interesa que este paralizado, pero a mí me paga por todo ese tiempo.”</p> <p>AR</p> <p>“¿No solamente en un contrato de concesión hay aspectos que tú podrías evaluarlos oportunamente en el proceso de promoción del diseño del contrato, sino que también hay hechos sobrevinientes que te hacen firmar adendas y qué vas a hacer? ¿tú en ese momento sabías que se iban a oponer? no, pero ahora ya sabes que se oponen a los peajes y el Estado tiene que asumir.”</p> <p>ES</p>
Entrevistado 16 (Antonio Rodríguez)	<p>“Sí, básicamente está orientado en Acreedores Permitted, en que la lista entre comillas corta que contemplan los contratos de concesión se amplíe, por ejem la experiencia que hemos tenido de opiniones se buscaba que agencias de crédito a la exportación que dan seguros, no financiación, si no de seguros</p>

	<p>de cobertura de tasas de interés, cobertura de riesgo cambiario, también fuesen acreedores permitidos a ellos. Por ejemplo, se les dice: no, ese es un riesgo asignado al concesionario y ese tipo de entidades van a cuenta del concesionario porque está coberturando un riesgo que ellos tienen, pero no eso no entra en acreedores permitidos porque lo de endeudamiento garantizado permitido va a estar respaldado por las garantías del Estado, y por lo tanto hay recursos que el Estado va a tener que proveer indirectamente para garantizar todo esto.”</p> <p>DAP</p>
Entrevistado 17 (Eduardo Escobal)	<p>“Contradicciones, aclaraciones ... que yo sepa no tiene nada que ver con temas de pagos o temas económicos, normalmente son porque no hay una uniformidad...porque son varios ministerios, están Proinversión está el regulador, está el MEF. Demasiado tecnócrata, disculpa la palabra: metiendo la mano en la redacción y cuando lo ve el que te va a financiar detecta riesgos...”</p> <p>DC – AR</p>
Entrevistado 18 (Gonzalo Soriano)	<p>“Realmente no es CAF, sino el pool de letras, digamos, y no solamente en Perú, es normal que cerrado el proyecto se vean ciertos problemas en el diseño del contrato de concesión que generan que el financiero termine asumiendo ciertos riesgos que como financiero no está dispuesto a aceptar.”</p> <p>“En un Project finance lo clave es que cada parte debe asumir el riesgo que realmente esté dispuesto a asumir.”</p> <p>“El banco asume solo riesgos financieros, no asume riesgos de construcción, no asume riesgos de mercado... ese es un tema...cada uno tiene que asumir sus propios riesgos, entonces no quiero entrar a casos puntuales, ni siquiera CAF puntualmente. Pero en general los financieros solamente asumen riesgos de financiamiento, es decir, yo asumo el riesgo de tener la plata y dártela y debo estar 99.9% seguro de que me la vas a poder pagar.”</p> <p>DC – AR</p>

Tabla N° 16: Categorización de respuestas de la Pregunta 4

Codificación	Categorías
Asignación de Riesgos – AR	Bancabilidad
Definición de Acreedores Permitidos – DAP	
Predictibilidad de Pago – PP	
Paquete de Garantías – G	
Análisis ex ante del banco – AB	
Tasa de Interés – TI	
Mecanismos de pago – MP	
Mal diseño o precisiones al contrato – DC	
Ejecución Obra – EO	
Oportunismo del Sector Privado – O	

Eventos sobrevenientes – <i>ES</i>	Factores ex post
Actualización de cláusulas financieras – <i>ACF</i>	
Ampliaciones del cierre financiero – <i>PA</i>	

Tabla N° 17: Frecuencia de las respuestas por cada entrevistado

Entrevistados	AR	DC	DAP	O	PP	MP	ES	G	EO	AB	ACF	PA	TI
J. Luis Guasch		x							x	x			
Alex Albújar	x												
Enrique Cárcamo	x			x									
Sergio Bravo	x												
Eldda Bravo		x		x									
Camilo Carrillo		x											
Hernán Castañeda			x		x		x	x					
Leonie Roca		x		x				x					
Raquel Moreno			x		x	x			x				
Samuel Rivero			x									x	x
Carlos López	x	x		x									
Giancarlo Silva			x								x		
Magali Lazo					x								
Lenin Mayorga						x							
Dante Cieza	x						x						
Antonio Rodríguez			x										
Eduardo Escobal	x	x											
Gonzalo Soriano	x	x											

Los resultados de la Pregunta N° 4 muestran que la mayoría de los entrevistados consideran que la asignación de riesgos y el diseño del contrato son los principales factores, ambos relacionados con el esquema general de las cláusulas, que motivan a los financistas a solicitar modificaciones a los contratos de APP, puesto que estos no están dispuestos a asumir más riesgos que el costo del financiamiento del proyecto, por lo que evalúan de manera exhaustiva todo los riesgos involucrados en el proyecto, especialmente los que puedan afectar el repago del préstamo, van a ser cautelosos en requerir hasta el mínimo detalle, obligando a que el Estado o el concesionario cubran la mayoría de riesgos.

Asimismo, se aprecia que los entrevistados considera que una de las cláusulas que los financistas tienden a modificar es la definición de Acreedores Permitidos, con el objetivo que se amplíe la lista taxativa que contemplan los contratos de APPs, y se incluyan a otras entidades financieras dentro del Endeudamiento Garantizado Permitido, lo cual es el escenario ideal para ellos, puesto que la entidad que es calificada como Acreedor Permitido obtiene las garantías y derechos derivados de los contratos de concesión.

Por otra parte, los entrevistados afirman que en algunos proyectos de APPs en donde se solicitaron modificaciones contractuales se observó una conducta oportunista por parte del concesionario, acompañados de los financistas, ya que a todas luces evidencian un interés en disminuir los riesgos de financiamiento a cargo del concesionario, imponiendo el mecanismo de pago que más les convenga. Sobre el particular, señalan que bajo el argumento de bancabilidad, los financistas trasladan riesgos, sobrecostos o actividades adicionales que no se advirtieron de manera anticipada y que estaban a cargo del concesionario en el contrato original.

En ese contexto, los entrevistados señalan que la mayoría de las modificaciones contractuales solicitadas por el concesionario o financistas son frecuentemente aceptadas por el Estado, debido a que el gobierno central no va a asumir los costos que supone la cancelación de un proyecto de tal envergadura en dicho momento, y claramente existe una expectativa social que tampoco puede decepcionar. A todas luces, ello ha ocasionado que el Estado trate de controlar esa situación a través de: (i) establecer como política la prohibición de adendas de bancabilidad durante los primeros años y eliminar dicha posibilidad en la Ley de APPs, (ii) fomentar un mayor análisis económico financiero por parte del postor de manera previa a la firma del contrato, y (iii) regular en la Ley de APPs un examen de bancabilidad del proyecto durante el proceso de promoción.

4.2.5 Pregunta 5

Tabla N° 18: Posibilidad de disminuir el número de adendas de bancabilidad

Entrevistados	Respuestas
Entrevistado 1 (J. Luis Guasch)	“Por supuesto, es muy fácil, asegúrate que en el contrato asignas el riesgo de financiamiento al privado, y le das un periodo de 6 meses a 1 año para cerrar el contrato, y ya está. Se acaban en el sentido que cualquier petición de adendas debería ser automáticamente rechazadas, cuando viene una adenda lo primero que yo digo, lo escucho y a ver qué dice el contrato, la base es el contrato, la biblia, el coral, si dice que la asignación del financiamiento es tuya, has tenido 6 meses, y no puedes ejecutar el proyecto? Lo siento. ¿Qué pasará?”

	<p>Voy a tener que reasignarlo y para reforzar eso, que se te permita adjudicar el proyecto al segundo postor o mejor oferta, si no hay te friegas un poco. Si no tienes otro postor vienen los problemas políticos”</p> <p>S</p>
Entrevistado 2 (Alex Albújar)	<p>“Yo no creo que se pueda eliminar... pero siempre es posible reducir el número de adendas. Ojo que el número de adendas va a aumentar en la medida que más riesgos se traslade al privado en el proceso contractual, y actualmente hay una tendencia muy fuerte de trasladar riesgos al privado, eso va a originar más adendas... por más que tú le pongas candados... va a originar más adendas...eso es así”</p> <p>S</p>
Entrevistado 3 (Enrique Cárcamo)	<p>“Sí, es posible, haciendo buenos contratos, evitado los errores que se han venido cometiendo y que se siguen cometiendo, porque Proinversión no reconoce que ha cometido errores”</p> <p>S</p>
Entrevistado 4 (Sergio Bravo)	<p>“Ya no van a haber adendas de bancabilidad, en este contrato que estamos haciendo ya no hay adenda de bancabilidad. Esa es la idea. El contrato va a tener que nacer bancable”</p> <p>NA</p>
Entrevistado 5 (Eldda Bravo)	<p>“Yo creo que ahora que sí...porque es más...parte del proceso ... incluso antes del diseño es sentarte con aquellos posibles interesados y dentro de esos posibles interesados puedes tener a tus financieros...y empiezas a sondear en el mercado cómo para ellos podría ser atractivo el proyecto para ser financiado, entonces yo creo que con esa medida de alguna manera se podría atenuar... y siempre lógicamente que no solo el agente promotor, sino también el MEF que es el que básicamente el que tamiza estos temas, este dispuesto a acoger con ojos diferentes”</p> <p>S</p>
Entrevistado 6 (Camilo Carrillo)	<p>“Ahora no se puede renegociar porque ya no se permiten las adendas de bancabilidad. Al no permitir la adenda de bancabilidad, la única manera que el privado postule es agarrar al banco llamarlo y decirle: revisa, qué te parece, tú léelo porque si no me quedo en el aire”</p> <p>NA</p>
Entrevistado 7 (Hernán Castañeda)	<p>“Ya no son posibles las adendas de bancabilidad, como consecuencia del cambio normativo”</p> <p>NA</p>

Entrevistado 8 (Leonie Roca)	<p>“Es posible, al final las adendas de bancabilidad... estas no deberían pasar nunca... estas de acá se deberían solucionar con una mejor estructuración desde Proinversión”</p> <p><i>S</i></p>
Entrevistado 9 (Raquel Moreno)	<p>“Sí, es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad teniendo en cuenta de que generes mejores contratos. Que tus contratos tengan plazos que sean adecuados, y recuerda de que las adendas de bancabilidad tengan un acuerdo entre las partes, no es que las puedas obligar, o sea requiere un acuerdo entre las partes y requiere que tengan un interés...el interés público entonces para eso tiene que haber un win and win una ganancia de ambas partes”</p> <p><i>S</i></p>
Entrevistado 10 (Samuel Rivero)	<p>“Entiendo que ya no habrá por política del Estado, han modificado la norma en donde se ha incluido una excepción de hecho sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro, en donde tampoco se van a incluir las solicitudes de acreedores permitidos por ahí”</p> <p><i>NA</i></p>
Entrevistado 11 (Carlos López)	<p>“Considero que sí. Por ejemplo en el caso de Chile, es la misma gente en el Ministerio de Obras Públicas (MOP) que viene estructurando los contratos in house por más de 20 años, aprendiendo de los errores e incorporando mejoras en cada generación de contratos, por lo que los contratos vigentes son muy apegados al mercado y totalmente financiables, eliminando cualquier variación. Habiendo conseguido tal convergencia y sintonía con el mercado, en la actualidad no existen mayores adendas a los contratos”</p> <p><i>S</i></p>
Entrevistado 12 (Giancarlo Silva)	<p>“Normativamente ya no se podrán solicitar adendas de bancabilidad. Chinchero fue un ejemplo de adenda de bancabilidad en donde se interpretaron cláusulas a favor del concesionario, quedando evidenciado el oportunismo del sector privado”</p> <p><i>NA</i></p>
Entrevistado 13 (Magali Lazo)	-
Entrevistado 14 (Lenin Mayorga)	<p>“Con los cambios normativos ya no se aceptarán adendas de bancabilidad”</p> <p><i>NA</i></p>
Entrevistado 15 (Dante Cieza)	<p>“Claro que sí, justamente uno sería diseñar mejores contratos desde el principio, que se haga un examen de bancabilidad, con independencia que se incorpore o no la participación preliminar de los posibles financistas, que se haga un análisis</p>

	de bancabilidad en etapa de filtración, una reunión, una herramienta que permita recoger lo que opinan los financistas del mundo, y listo no...”
	<i>S</i>
Entrevistado 16 (Antonio Rodríguez)	“Bueno acá tenemos una estadística, justo lo que te mencionaba, adendas de bancabilidad del 2017 a 36,36 % estamos hablando acá del total de infraestructura no, no solo carreteras y el 2018 16,67%, entonces ha habido una disminución, pero yo creo que es referencial, en el 2015 por ejemplo ninguna adenda fue de bancabilidad, es más coyuntural, parece no?”
	<i>S</i>
Entrevistado 17 (Eduardo Escobal)	-
Entrevistado 18 (Gonzalo Soriano)	“Entiendo que ya no hay adendas de bancabilidad, que ya cambió la ley, ya no deberían existir...”
	<i>NA</i>

Tabla N° 19: Categorización de respuestas de la Pregunta 5

Codificación	Categorías
Sí, es posible – <i>S</i>	Contexto político
	Mejorar el diseño del Contrato
	Examen de Bancabilidad
	Participación preliminar de los financistas
	Evitar errores pasados
	Adecuada asignación de riesgos
Ya no habrá adendas de bancabilidad – <i>NA</i>	Nueva excepción al límite temporal
	Política de Estado
	Se pide una evaluación de bancabilidad previa
	Contratos de APPs deben nacer bancables
No opina al respecto	-

Tabla N° 20: Frecuencia de las respuestas por cada entrevistado

Entrevistados	S	NA	.
J. Luis Guasch	x		
Alex Albújar	x		
Enrique Cárcamo	x		
Sergio Bravo		x	
Eldda Bravo	x		
Camilo Carrillo		x	
Hernán Castañeda		x	
Leonie Roca	x		
Raquel Moreno	x		
Samuel Rivero		x	
Carlos López	x		
Giancarlo Silva		x	
Magali Lazo			x
Lenin Mayorga		x	
Dante Cieza	x		
Antonio Rodríguez	x		
Eduardo Escobal			x
Gonzalo Soriano		x	

En términos generales, los entrevistados consideran que sí es posible disminuir las adendas de bancabilidad, básicamente mejorando la estructuración financiera de los contratos durante el proceso de promoción, requiriendo un adecuado análisis de bancabilidad en base a un sondeo del mercado que evidencie parámetros financieros atractivos para las entidades financieras.

Ahora bien, para lograr disminuir las adendas de bancabilidad señalan que es importante la participación preliminar de los posibles financistas en la estructuración del proyecto, con quienes se coordinen reuniones para recabar sus opiniones o sugerencias. Para ello, es necesario trabajar en una herramienta que identifique a las principales entidades financieras nacionales e internacionales que intervienen en el financiamiento de proyectos de APPs, y la cual permita recoger, evaluar y discutir sus comentarios o modificaciones, de modo que Proinversión presente un proyecto que sea aceptado por el mercado en general.

Por otro lado, debido a la inclusión de la nueva excepción *“hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que resulte imprescindibles para la ejecución del proyecto”* a la restricción temporal de suscripción de adendas, algunos expertos manifiestan que los financistas ya no podrán solicitar adendas de bancabilidad o no deberían aceptarse modificaciones contractuales por temas de financiamiento que hayan sido evaluados durante

la estructuración del contrato, únicamente las modificaciones que califiquen como hechos sobrevinientes a la adjudicación a la buena pro.

En resumen, del análisis se desprende que la política asumida por el Ministerio de Economía y Finanzas al no permitir las adendas de bancabilidad fomenta que durante el proceso de promoción, tanto Proinversión y el postor mantengan una relación directa con las entidades financieras para la revisión previa del proyecto, caso contrario si se presentan inconvenientes durante la ejecución contractual, el proyecto se vería paralizado, pues se vería complicado modificar algún aspecto luego de firmado el contrato.

4.2.6 Pregunta 6

Tabla N° 21: Los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad

Entrevistados	Respuestas
Entrevistado 1 (J . Luis Guasch)	<p>“La solución es bien clara, que el gobierno cumpla con el contrato, cuando se empieza a conocer que el gobierno reconoce el contrato y la asignación de riesgos es tuya, ahí se acaba porque sabe que es un riesgo real, que exige que yo tenga que evaluar el proyecto. Cuando haya conocimiento de eso, van a mejorar su oferta, va a ser mucho más coherente con la expectativa del costo del financiamiento y lo que vas a recibir. Con la excepción que cedan, deberían acabarse las adendas de bancabilidad. El gobierno no debe ceder y hacer caso a lo que dice el contrato, asignar el financiamiento al privado y si no lo tienes en un año, chau” NAB</p> <p>“La idea es que en cada una de las causales hay medidas específicas, en el tema de los predios, la norma debe decirte que, si tienes un proyecto focalizado en una ubicación, un hospital, escuela, entonces no se permite lanzar el proyecto si no tienes el 30% de expropiación, los predios liberados. La idea es que puedas ir construyendo, y en paralelo puedes ir expropiando los terrenos restantes. Sino los costos adicionales son adendas, todo termina en adendas, el banco te va a decir que debes agarrar el costo financiero desde ese momento por la demora en la liberación de los predios”</p> <p>LP ex ante</p> <p>“Eso justamente está buscando que se tenga un diálogo mucho más extenso y serio con los financistas antes de emitir tu apuesta con tu oferta final. Es todo un juego, porque saben que pueden revisar y modificar las cláusulas al final” DF ex ante</p> <p>“La matriz de riesgos tiene que estar con el contrato, eso ayuda, cualquier observación se ha hecho en el diálogo de los</p>

	<p>involucrados para convergir la matriz y/o garantías que afectan la matriz” MR</p> <p>“Los proyectos tienen una asignación de riesgos que te la pide el prestatario, por ejemplo, los inversionistas institucionales te piden un grado de inversión del proyecto para prestarte el dinero, los ratings ya existen, ahora cuando se hace? Yo creo que se hace cuando se lanza el proyecto, debería hacerse como tal, pero creo que debe estar vinculado al tema de financiamiento. Sí se hace, pero voy a chequear si es voluntario u obligatorio” CR</p>
<p>Entrevistado 2 (Alex Albújar)</p>	<p>“Yo sí soy enemigo de tanta norma, hay una feria normativa, cada 6 meses cambian las normas. Pretenden educar el mercado con normas. Eso así no funciona. Al contrato hay que desregularlo un poco. Debes tener mucha competencia, el proyecto tiene que ser hecho para que haya competencia” MN</p> <p>“Cuando no hay mucha competencia, si solo tiene 1 postor, un máximo 2 postores, eso significa que el proyecto no es muy atractivo. Al no ser atractivo, tiene muchos riesgos y entonces el que gane tiene el sartén por el mango. Y después va a tratar de renegociar y si le pusiste candados... siempre hay una válvula de escape” MC</p> <p>“Entonces mucha competencia, transparencia y hay otra cosa mucho más difícil es: Concientizar a los funcionarios del Estado de cómo funciona el mercado, que tengan experiencia en ese tema, que no sólo sean conceptuales y teóricos. Tienen que ser conscientes de cómo funciona el mercado. Y que cuando alguien venga con su adenda deben tener a un equipo capacitado o contratar alguna consultoría capacitada cuyo objetivo sea minimizar la exposición de riesgo ante esa adenda” FC</p>
<p>Entrevistado 3 (Enrique Cárcamo)</p>	<p>“Estandarizar con buenas prácticas internacionales las bases de la licitación y el contrato, la propuesta técnica y la propuesta económica, que sean comparable, no puede ser que uno lo presente con 5 columnas y el otro con 8, Proinversión tiene que dar un formato para que las ofertas sean comparables fácilmente por rubros, tramos, mantenimiento, seguros, grúas, y también una buena matriz de riesgos, importantísimo. En los contratos no hay una matriz de riesgos, ese es un error” EC – MR – TOE</p> <p>“Primero se debe hacer un buen diseño del negocio, después un diseño de licitación, tener un equipo profesional adecuado, Proinversión a veces contrata por honorarios para un proyecto y luego viene gente nueva que empieza desde cero, y no sabe el tema, no sabe qué es una APP y una licitación, entonces ahí se pierde mucho y se cometen muchos errores” DC - FC</p>

	<p>“Entonces tener un buen equipo, tener un buen modelo, hacer una buena promoción y un buen manejo para la licitación, buenas prácticas para la licitación. Tienen que participar los financistas, las compañías de seguros”</p> <p>DF ex ante</p> <p>“Otro tema es que Proinversión tiene toda la información de la licitación, otorga la buena pro y le pasa el contrato a otra entidad pública, y luego el concesionario te dice este contrato está mal, me lo cambias o se cae, ahí en esa etapa de negociación Proinversión debería decir esto está bien, esto no es nada extraordinario. Proinversión debe acompañar hasta que se dé el cierre financiero y se empiece a ejecutar las obras”</p> <p>AP ex post</p> <p>“Además de ello, se debería incluir en todos los contratos el compromiso firme de financiamiento, a través del cual cada postor tiene que demostrar que los bancos A, B y C van a financiar en los próximos 5 años el proyecto a una tasa de interés X y se comprometen a hacer los desembolsos necesarios para hacer las obras. Con ese documento se presentan a los procesos, sino tienen los compromisos no le dan la buena pro” CF</p>
<p>Entrevistado 4 (Sergio Bravo)</p>	<p>“Ya hemos hecho algunos cambios. Por ejemplo, que el cierre financiero no se dé si no hay terrenos saneados, que todos los permisos estén otorgados, todavía no es la perfección hay muchos que depende del Estado que no lo quieren asumir, pero bueno nos estamos acercando a un contrato mucho más bancable”</p> <p>LP ex ante</p> <p>“Entonces esos cambios ayudan, todo se posterga hasta que no se den los hechos precedentes, por lo tanto cuando el cierre financiero se da después de ello, es muy fácil financiarlo porque todo lo que les preocupa, por ejemplo, en la Línea 2, o en todos los procesos que veo, los terrenos no estaban debidamente expropiados o las interferencias debidamente acotadas, todo desaparece”</p> <p>“Los bancos deberían involucrarse más durante el proceso, de hecho que eso debería ser, justo hubo una oportunidad ahora en el contrato que estoy viendo, de hacer un análisis de una clasificadora de riesgos, que también lo contratan los bancos, pero el tema es que ya por falta de tiempo, no se pudo contratar dicho análisis, pero dentro del proceso, Proinversión debe incluir un análisis de una clasificadora de riesgos que no sea para un banco en específico, sino que sirva para todos y sea imparcial”</p> <p>DF ex ante – CR</p>
<p>Entrevistado 5 (Eldda Bravo)</p>	<p>“Convocar a los posibles interesados, dentro de estos a los financieros para que den sus inputs y sus apreciaciones de</p>

	<p>como estructurar el proyecto para que les resulte a ellos interesante financiarlos... yo creo que por ahí vamos...”</p> <p>DF ex ante</p> <p>“Y luego con relación también a los sectores, yo creo que los sectores deberían al momento de aprobar o de opinar deberían de pensar más que en la responsabilidad en ese momento del diseño si no pensar en que tienen que hacer un contrato bancable y que permita ser ejecutado sin ningún problema”</p> <p>RS</p> <p>“Otro punto que también es importante, y es que te lo habló yo desde cuando estaba en Proinversión que ha sido hasta el año pasado... que el órgano regulador tiene mucha experiencia en la ejecución del contrato y él es el que ha supervisado, ha visto donde están los errores, porque el regulador tiene mucho que dar, él es el que supervisa y ve a los dos, ve al concesionario y ve al concedente, tiene la visualización total del contrato. Y finalmente es el neutral”</p> <p>OOR</p> <p>“Porque una cosa es el funcionario público que está con su sombrero de diseñador de procesos y otra cosa cuando está sentado ejecutando un contrato, que trata de que definitivamente... siga adelante la obra. Recién ahora en la última modificación, Proinversión va a entrar justamente para el esquema financiero en el caso de Acreedores Permitidos o endeudamiento garantizado permitido, ahí debe opinar Proinversión porque tiene el diseño”</p> <p>AP ex post</p>
<p>Entrevistado 6 (Camilo Carrillo)</p>	<p>“Lo que se trató de hacer hace tiempo y creo que están haciendo es un contrato estándar, va a hacer mucho más fácil”</p> <p>EC</p> <p>“Proinversión tiene potestad de decir “para este proyecto yo te pido que me hagas tu propuesta económica, tu oferta técnica y también me traigas carta preaprobación del banco”, puede hacerlo”</p> <p>CF</p> <p>“Lamentablemente gran parte del problema es que se hacen las consultas... Muchas adendas se podrían no haber dado porque las consultas a las bases se responden concretamente. Pero cuando tú vez cualquier contrato, lamentablemente el 90% de las respuestas son: apégate a las bases. En lugar de responderte: sí, es esto ... no es lo otro... Totalmente de acuerdo, eso es fatal y te lo digo como Estado, yo que he sido Estado, es pésima la costumbre que tiene el propio Estado de no responder las preguntas, porque están hechas para responderlas justamente”</p> <p>CB</p> <p>“Nosotros por el cambio normativo le decimos: Te prohíbo renegociar, al prohibirte renegociar, lo que te digo es: si no te reúnes con el banco, te fregaste. En otros países te dicen</p>

	<p>tráeme el certificado de que te has reunido con el banco. En castellano: Tráeme el certificado de la declaración jurada”</p> <p>NAB</p>
Entrevistado 7 (Hernán Castañeda)	<p>“Actualizar los conceptos técnicos y financieros, definir y estandarizar conceptos, mientras más objetivos sean tendrán mejores resultados en la etapa de ejecución contractual. A la fecha, se van a emitir lineamientos para estandarizar cláusulas”</p> <p>EC</p>
Entrevistado 8 (Leonie Roca)	<p>“El rol de Proinversión es clave, estructurar mejor, tener la asesoría adecuada para poder mostrarla después al sistema financiero, de que no es necesario las cosas que te pidan”</p> <p>DC – FC</p> <p>“Entonces, ahí todo el proceso cómo se maneja, cómo evalúas a los funcionarios de Proinversión en términos de cantidad de postores, dispersión en las ofertas, oportunidad respecto al cronograma inicial todo ese tipo de cosas, ese debería de ser el estándar de indicadores de gestión de Proinversión”</p> <p>IGE</p> <p>“Un postor hace una pregunta, la respuesta se comparte entre todos los postores. Cuando tú vez las circulares, las circulares no tienen todas las preguntas y respuestas. Tienen algunas y hay un montón que se quedan allí...en cartillita...Entonces claro no todos están comprando el mismo producto”</p> <p>CB</p>
Entrevistado 9 (Raquel Moreno)	<p>“Yo creo que una parte es la competencia, la competencia que debería existir no es que con un solo postor tú puedes declarar ganador. La competencia genera eficiencia al generar eficiencia, generas mejores tarifas, mejores obras, mejores plazas”</p> <p>MC</p> <p>“Mayor diálogo entre las partes, recién se está involucrando por ejemplo esta dirección, antes solo era ejecución contractual, ahora también van a ver la parte de pre-inversión y quienes más saben el tema de cómo se debería mejorar el contrato, quienes los ejecutan porque tú no sabes lo que sucede”</p> <p>RS</p> <p>“Parte de la reforma ya en si institucional, estatal debería de ser que contraten personas que sepan del tema que por lo menos que la personas que estructuran hayan estado 5 años en el sector privado para que sepan cómo se ejecuta un contrato”</p> <p>FC</p> <p>“Y deberían de tener por lo menos estos dos matices para poder establecer cláusulas y diseñar un contrato sólido y por lo menos que te dure un determinado tiempo y no que haya</p>

	<p>renegociaciones y que con plazos de entrega del área de la ejecución de la obra... sean razonables, que sean sostenibles”</p> <p>DC</p>
<p>Entrevistado 10 (Samuel Rivero)</p>	<p>“En primer lugar, un cambio en la estructuración del contrato. Si nosotros vamos a hablar y ahí intervenimos nosotros los abogados directamente, si nosotros vamos a hablar que el cierre financiero es en 6 meses, la fecha se tiene que respetar. ¿Por qué? porque no lo estamos colocando nosotros, lo está aceptando libremente desde el momento que está como postor” DC - NAB</p> <p>“En otros países utilizan el cierre financiero al momento de la firma del contrato, Colombia lo utiliza, nosotros claro podríamos aplicarlo porque las mismas empresas que trabajan en Colombia vienen para acá nosotros podríamos aplicarlo. Chile lo utiliza, lo utiliza Colombia, lo utiliza Reino Unido, lo utiliza la India” CF</p> <p>“No tenemos especialistas suficientes en el país como para determinar eso, ninguno, ni el MEF los tiene, ni Proinversión los tiene ni nosotros como Dirección General de Programas y Proyectos, antes nos llamábamos Concesiones en Transportes, pero recientemente Programas y Proyectos en Transportes” FC</p>
<p>Entrevistado 11 (Carlos López)</p>	<p>“Identificar los riesgos, acotarlos, definir variables y repartirlos en la fase de estructuración, de tal forma que el contrato que se presente al mercado cumpla con los estándares de bancabilidad, para lo cual es esencial dejarse asesorar por los mejores expertos externos” DC – EB – FC</p> <p>“Cumplir los plazos contractuales por parte de cada entidad de la administración (expropiaciones y entrega de predios, cambios de servicios, aprobación de expedientes)”</p> <p>LP ex ante</p> <p>“Involucrar y mejorar la coordinación entre las entidades públicas, de tal forma que sean conscientes de su importancia en la cadena y de impacto de sus acciones/ inacciones, para lo cual sería necesario responsabilizarlas (“accountability”)”</p> <p>IGE</p>
<p>Entrevistado 12 (Giancarlo Silva)</p>	<p>“Deben encargar el proyecto a los mismos funcionarios durante todo el proceso de promoción hasta la ejecución del contrato, es decir, Proinversión debe asignar a una persona que acompañe al MTC y OSITRAN durante la operación del proyecto” AP ex post</p> <p>“En la etapa de formulación, los postores deberían dentro de la oferta económica revelar como llegan a los supuestos del modelo económico financiero, por ejemplo la TIR, esto evitaría la suscripción de adendas, y en especial adendas de bancabilidad. En ese caso, se verificaría que los supuestos económicos sí se condicen con el contrato, evaluando el</p>

	<p>análisis en la etapa de formulación. Para ello, se importante que haya transparencia en ese sentido, Proinversión debería revelar dicha información”</p> <p>TOE</p> <p>“Asimismo, antes de firmar el contrato debería haber algún tipo de verificación del cierre financiero, no se debería suscribir el contrato sin que se tenga la certeza de tener el financiamiento por parte del banco”</p> <p>CF</p>
Entrevistado 13 (Magali Lazo)	<p>“Considero que, y de hecho ahora sí lo están haciendo, son estos contratos estándar que te establecen ya una estructura más predecible de lo que va hacer una APP y ahí si tanto la sociedad civil, como los bancos, pueden opinar sobre las estructuras o sobre estos formatos de APP, de modo tal que lo que se vaya a revisar después sea lo menos que ya todos conozcan cuáles son las estructuras de los contratos APPs y en función a ellos se vayan definiendo la menor cantidad de renegociaciones solicitadas por los Acreedores Permitidos”</p> <p>EC</p>
Entrevistado 14 (Lenin Mayorga)	<p>“Respecto al financiamiento, el Estado quiere modificar el esquema de pagos con fecha fija a Pagos por Disponibilidad, es decir, pasar de una estructura en el mercado de capitales a un mercado de crédito bancarios, en donde el Estado no sea el que asume todos los riesgos del proyecto, por lo que desde ahora el privado debe identificar y asignar mejor los riesgos para lograr un Project Finance. De esta manera, se busca alinear los incentivos para estructurar mejores proyectos (riesgos mejor alocados y adecuadamente mitigados), los inversionistas tienen el incentivo que el proyecto opere porque de eso depende su pago, y los bancos realizan un due diligence intensivo del proyecto porque tienen las cláusulas "step in" y asumen riesgo proyecto en escenario de caducidad”</p> <p>MEP – IPF</p> <p>“Asimismo, con relación a las adendas de bancabilidad, se ha incluido en la normativa el Informe de Evaluación Integral, en el cual Proinversión o el OPIP respectivo debe incluir el análisis final de bancabilidad del proyecto (habiendo tomado en cuenta las sugerencias y comentarios del sector privado), por tanto, en caso soliciten modificaciones al contrato por “hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro” dichos aspectos no deben estar incluidos dentro del análisis de dicho informe para calificar como hecho sobreviniente”</p> <p>DF ex ante – EB</p>
Entrevistado 15 (Dante Cieza)	<p>“Diseñar mejores contratos desde el principio, que se haga un examen de bancabilidad, con independencia que se incorpore o no la participación preliminar de los posibles financistas, que se haga un análisis de bancabilidad en etapa de filtración, una reunión, una herramienta que permita recoger lo que opinan los financistas del mundo” DC – EB</p>

	<p>“Una mayor participación de los involucrados, mayor diálogo, bueno de los sectores también, buena disposición por parte de Proinversión acoger este tipo de sugerencias, funcionarios más capacitados, hacer un análisis de bancabilidad...” RS - FC</p> <p>“Yo pienso que de cierta forma se podría generar un mecanismo similar al del diálogo competitivo, que ya habíamos comentado, o que las entidades de promoción de inversión privada cuenten con una cartera de financistas en cierta forma pre inscritos no... en el cual tú digas: haz una convocatoria y hayan 10 o 15 empresas financistas o entidades financista del mundo y que siempre puedan participar en algún tipo de consulta y tener información preliminar para que ellos pueda de cierta forma opinar cómo podría ser financiar este proyecto dado que el Banco Mundial tiene experiencia en financiamiento de proyectos en todo el mundo entonces sabe cómo podría ser la mejor estructura de financiera de los proyectos” DF ex ante</p> <p>“También sería adecuado que uno de los requisitos de precalificación sea la presentación de una Declaración Jurada de compromiso del banco o una Carta de intención del banco que ya conoces los términos del Contrato” CF</p> <p>“Ahora con la 1362 lo que se ha hecho es en la etapa de transacción efectivamente hay una opinión de la versión final del contrato, pero ahora en la etapa de estructuración hay una opinión de la versión inicial del contrato, entonces desde el inicio OSITRAN debe marcar su posición” OOR</p>
<p>Entrevistado 16 (Antonio Rodríguez)</p>	<p>“Eso me da pie a comentarte algo importante y que nosotros hemos estado viendo a raíz de las adendas, muchas de las opiniones del Estado se basan en información que se produce sólo para el Estado y no es de conocimiento de los postores, entonces por ejemplo algo importante que deberían tener los contratos de concesión, es que por lo menos las matrices de riesgo que se generan dentro del proceso de evaluación, que se incluyan dentro del contrato de concesión. En su momento cuando estuve en Proinversión me peleaba porque fuera así... pero...nada” MR</p> <p>“Definitivamente tendrías que tomar todos los insumos que te permitan poder verdaderamente estructurar un Project Finance. Estamos hablando de el riesgo de terrenos no debería existir, de expropiaciones no debería existir, porque si te cargan un mayor riesgo hacia el Project Finance... y obviamente en las tasas, si es que te las dan se disparan...” IPF – LP ex ante</p> <p>“Mira, yo creo que definitivamente Proinversión, si es que quiere llegar a ese tipo de estructuras, tiene que incorporar dentro de la estructuración el generar instrumentos de financiamiento sombra. Y eso llevarlos a clasificadoras de riesgos que le digan a Proinversión: si quieres que este proyecto se instrumentalice vía Project finance ¿Qué riesgos</p>

	<p>tienes que acotar? definitivamente no puedes trasladarlo al sector privado y no puede estar contemplado dentro de tu contrato de concesión. Solo teniendo eso bien claro es que se podría estructurar contratos de concesión con intención de Project finance” CR</p>
<p>Entrevistado 17 (Eduardo Escobal)</p>	<p>“Primero cambiar la ley, la ley ahora sujeta a Proinversión a las opiniones del MEF” MN</p> <p>“El principal problema es crear una institución responsable de las expropiaciones y levantamientos de interferencias...no tenemos un Catastro Nacional” LP ex ante</p> <p>“Igualito le están dándole vueltas y vueltas al pago por disponibilidad que es lo que las entidades multilaterales le han vendido al Estado, pero como es gente que no está preparada en APPs han comprado totalmente eso, y no saben que se están metiendo en un problemón, y no han adjudicado ninguna sola obra por pagos por disponibilidad, entonces yo creo también que debería repensarse el esquema de priorización pagos por disponibilidad que es el nuevo modelo que está replanteando el MEF” MEP</p>
<p>Entrevistado 18 (Gonzalo Soriano)</p>	<p>“Si hay un concesionario ganador de la buena pro, alguien que ya está comprometido con el proyecto, lo que se intenta ahora que todo esto se ajuste en Acreedores Permitidos, garantías, etc., etc., etc., donde los bancos ponen los ojos. Se empieza a negociar con el banco de la mano antes de la firma y que lo que se firme sea algo con lo que los bancos, el concesionario y el concedente se sientan cómodos los tres” DF ex ante</p> <p>“Creo que están apuntando a ir por este camino, han contratado a un estudio de abogados en Nueva York y al Estudio Rebaza para que los ayuden en el diseño de esta estructura para evitar esto no, y parte creo que es esto, son estos intentos de que los bancos tengan esta carta antes, con lo cual tú llegas con una espalda de que has hablado del asunto con alguien, que haya una confluencia de opiniones antes de la firma del documento etc.” CF</p>

Tabla N° 22: Categorización de respuestas de la Pregunta 6

Codificación	Categorías
Diseño del Contrato – DC	Acciones pendientes por parte del Estado
Liberación de Predios ex ante – LP ex ante	
Estandarización Contrato de APPs – EC	
Rechazo del Estado a las Adendas de Bancabilidad – NAB	Aspectos Financieros involucrados en el Proceso de Promoción
Clasificación del Riesgo – CR	
Matriz de Riesgos – MR	
Evaluación de Bancabilidad – EB	
Modificación del Esquema de Pago – MEP	
Implementación del Project Finance – IPF	
Compromiso del Financista – CF	
Diálogo con los Financistas ex ante – DF ex ante	
Transparencia en las consultas a las Bases – CB	

Sustento en las ofertas económicas – <i>TOE</i>	Mejoras en el Proceso de Promoción
Opinión del Organismo Regulador – <i>OOR</i>	
Mayor Competencia – <i>MC</i>	
Funcionarios Capacitados – <i>FC</i>	Fortalecer la institucionalidad
Acompañamiento de Proinversión ex post – <i>AP ex post</i>	
Responsabilidad de los Sectores – <i>RS</i>	
Indicadores de Gestión del Estado – <i>IGE</i>	
Menos regulación – <i>MN</i>	

Tabla N° 23: Frecuencia de las respuestas por cada entrevistado

Entrevistados	DF ex ante	FC	CF	DC	LP ex ante	EC	NAB	AP ex post	CR	RS	MR	EB	MC	MEP	CB	IGE	IPF	TOE	OOR	MN
J. Luis Guasch	x				x		x		x		x									
Alex Albújar		x						x					x							x
Enrique Cárcamo	x	x	x	x		x					x							x		
Sergio Bravo	x				x				x											
Eldda Bravo	x							x		x									x	
Camilo Carrillo			x			x	x								x					
Hernán Castañeda						x														
Leonie Roca		x		x											x	x				
Raquel Moreno		x		x						x			x							
Samuel Rivero		x	x	x			x													
Carlos López		x		x	x											x				
Giancarlo Silva			x					x										x		
Magali Lazo						x														
Lenin Mayorga	x											x					x			
Dante Cieza	x	x	x	x						x		x							x	
Antonio Rodríguez					x				x		x						x			
Eduardo Escobal					x															x
Gonzalo Soriano	x		x																	

Podemos apreciar que la mayoría de los entrevistados implementaría dos principales propuestas durante el proceso de promoción para evitar las adendas de bancabilidad. Primero, como lo hemos visto en las preguntas anteriores, es claro que se debe promover el diálogo con los financistas de manera previa a la firma del contrato, es decir cuando Proinversión realice el Informe de Evaluación para determinar la viabilidad del proyecto, debe incluir un análisis de bancabilidad, en donde se observe los comentarios y sugerencias de los financistas respecto a la estructuración del proyecto, lo cual ayudará a perfeccionar los parámetros financieros a fin que el contrato nazca bancable.

Dentro de la evaluación de bancabilidad, los entrevistados han considerado que es importante que el Estado comparta de manera clara la Matriz de Riesgos elaborada para la estructuración del contrato, y la cual debe ser incluida en la versión final para comparar las modificaciones que se han realizado después de las observaciones de los financistas, postores y las entidades públicas involucradas (el sector, organismo regulador y el MEF). De esa manera, se puede controlar la evolución de la asignación de riesgos en función a la interacción con los actores que intervienen en el proceso de promoción.

En esa misma línea, los entrevistados mencionan que Proinversión debería incluir un análisis de una clasificadora de riesgos durante la estructuración del proyecto, que no sea para una entidad financiera en específico, sino que sirva para todos los involucrados en el proceso de manera imparcial, lo cual disminuiría las conductas oportunistas por parte del sector privado a la hora de solicitar modificaciones contractuales, pues el Estado tendría un respaldo previo que demuestra el nivel de viabilidad del proyecto.

Por otra parte, los entrevistados manifestaron su preocupación por la falta de funcionarios capacitados en el Estado, considerando la envergadura de los proyectos de APPs, es necesario contar con funcionarios expertos en el diseño, estructuración y evaluación de los aspectos financieros del proyecto, no sólo para lograr la firma del contrato y financiamiento del proyecto, sino que puedan manejar la gestión durante las etapas de operación y mantenimiento, y de esa manera, se tomen decisiones acertadas de cara a las solicitudes de modificaciones contractuales.

Asimismo, mencionan que los funcionarios que se encuentran a cargo de proyectos de APPs deben cambiar de “mentalidad”, tener buena disposición para dialogar con todas las partes involucradas en el proceso de promoción, así como para acoger las consultas y/u observaciones que ayuden a mejorar la estructura del contrato, y especialmente, que entiendan la diferencia

entre el mecanismo de APPs y obra pública. En el caso de las APPs, nos encontramos ante un proyecto en donde existe una asignación de riesgos entre el sector privado y el Estado. Ellos deben considerar que bajo el mecanismo de las APPs el sector privado aparece en el escenario público y empieza a realizar actividades que están a cargo del Estado, pues este no tiene la capacidad para desarrollarlas eficientemente. Es necesario que las partes lleguen a un equilibrio que beneficie a ambos, pero principalmente considerando la viabilidad del proyecto.

Otro criterio considerado por los entrevistados es el nivel de compromiso por parte de las entidades financieras de manera previa a la firma del contrato, los postores deberían acreditar que cuentan con uno o más financista(s) que se encuentra(n) dispuesto(s) a otorgar los recursos económicos necesarios para desarrollar el proyecto en las condiciones establecidas, esto quiere decir que, los financistas han revisado previamente el contrato de APP y están de acuerdo con las cláusulas (mecanismos de pago, plazos, cláusulas de caducidad, paquete de garantías, asignación de riesgos, etc.), con lo cual no tendrían por qué solicitar modificaciones contractuales que cambien dicho esquema contractual.

Por otra parte, es evidente que la ineficiencia en el diseño de los proyectos es preocupante, hemos podido observar que es una percepción reiterativa en la mayoría de las preguntas, es necesario mejorar la redacción y adecuar las cláusulas del contrato con la asignación y mitigación de riesgos, desarrollar un contrato estándar que permitan entender el objetivo de las principales cláusulas de un contrato de APP, incluyendo aspectos financieros aprobados a nivel internacional que puedan ser desarrollados en nuestro país, fundamentalmente con la finalidad de crear predictibilidad en las acciones del Estado.

En resumen, se podrían implementar diferentes lineamientos para mejorar el diseño y estructuración un proyecto de APPs, sin embargo lo principal es la actitud que tome el Estado frente a las solicitudes de modificaciones contractuales, especialmente por temas financieros. Como bien señalan los entrevistados, si se perfecciona la evaluación de bancabilidad desde el origen de proyecto, el Estado no debería aceptar adendas de bancabilidad, no debería ceder ante dichos pedidos, pues finalmente el riesgo de financiamiento en las APPs debe ser trasladado al sector privado.

CAPÍTULO V: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

En este capítulo se discuten los resultados del análisis desarrollado, relacionándolo con las preguntas de investigación, a partir del alcance académico y de la aplicación de los

instrumentos de medición, con la finalidad de aportar elementos que ayuden a profundizar el tema de investigación.

5.1 Discusión

Como se evidencia en el desarrollo de la presente investigación, y de los resultados obtenidos del estudio cualitativo, existen múltiples factores involucrados durante el diseño y estructuración de un proyecto de Asociación Público Privada que repercuten directamente en la etapa de ejecución contractual, así como en los procesos de renegociaciones contractuales.

Esta investigación tuvo como objetivo conocer los principales motivos que generan las renegociaciones contractuales de APPs durante los primeros años, especialmente las adendas de bancabilidad, a partir de la revisión de los contratos de concesiones de carreteras y entrevistas a expertos, logrando advertir los principales aspectos entorno al diseño y estructuración de un proyecto de APPs a efectos de lograr la bancabilidad de los proyectos. Por ello, la pregunta general de investigación fue:

¿Cuáles son las principales causas que generan las adendas de bancabilidad en las APPs de carreteras durante el límite temporal de los tres primeros años?

En tal sentido, el presente trabajo ha sido enfocado principalmente en los siguientes temas: (i) la naturaleza de los contratos de concesión, (ii) el alcance del régimen de APPs (iii) los aspectos financieros de las APPs, y (iv) la teoría y práctica de las renegociaciones contractuales de APPs. A fin de obtener información sobre dichos temas, recolectamos datos a través de dos instrumentos cualitativos, entrevistas y análisis de datos, a través de los cuales obtuvimos información que nos permita resolver las preguntas de investigación.

Hemos podido resaltar la importancia de las APPs como mecanismo de promoción de la inversión privada que contribuye a disminuir la brecha de infraestructura existente en nuestro país, así como en el desarrollo sostenible de la economía, como bien señala Oscar Aguilar⁴²⁴, la dotación de infraestructura afecta notablemente el crecimiento de un país, pues se observa que una mayor disponibilidad de infraestructura y servicios públicos aumenta la productividad y reduce los costos de producción en la economía.

⁴²⁴ Oscar Aguilar, "Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas" *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Ciencias de la Administración*, (2005): 379.

En ese contexto, dentro de la infraestructura necesaria para incentivar la economía, diversos autores han manifestado que las concesiones viales no sólo constituyen una actividad relevante para el desarrollo de diversas prestaciones, sino facilita que los ciudadanos también puedan desenvolverse libremente por el territorio nacional. Asimismo, de acuerdo a la doctrina y estadísticas elaboradas por Proinversión, el sector transporte constituye el sector en donde más APPs se han adjudicado en los últimos años; y conforme al estudio realizado por Lucioni, las concesiones de carreteras fueron donde se dirigió la mayor parte del financiamiento y la gestión del sector privado en infraestructura en la región. Ante ello, consideramos conveniente que el tema de investigación se oriente a estudiar la evolución y desarrollo de las APPs como mecanismo de promoción de la inversión privada, profundizando en los procesos de renegociaciones contractuales de las concesiones viales durante los tres primeros años.

En ese orden de ideas, estudiamos las principales teorías que sustentan las modificaciones de los contratos de concesión, pudiendo observar que los contratos de APPs son considerados contratos administrativos incompletos, debido a que es imposible prever desde el principio todos los eventos que pueden darse a lo largo de la vida del contrato según Guasch⁴²⁵ y Engel⁴²⁶, académicos que han investigado ampliamente el tema, lo cual también se puede corroborar con las opiniones de los expertos, pues señalan que en su experiencia durante la estructuración de la mayoría de contratos de APPs, las partes involucradas no han podido prever todas las contingencias y riesgos que pueden generarse durante la ejecución de los proyectos, generando altos costos de transacción y controversias entre las partes.

Adicional a ello, la segunda teoría que sostiene la viabilidad de los procesos de renegociaciones de los contratos administrativos es el Principio de Mutabilidad. Al respecto, Cassagne sostiene que dicho principio califica a las modificaciones contractuales como un evento natural que puede ser originado por las partes, pues nada impide que la Administración y el sector privado puedan acordar la modificación del contrato de concesión, siempre que con ello preserve el cumplimiento de la finalidad del interés público.⁴²⁷

Dichos conceptos pudimos contrastarlos con los resultados de la interpretación de las entrevistas, en donde encontramos categorías como la naturaleza incompleta del contrato de APPs y eventos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro (véase en la Tablas N° 16), las

⁴²⁵ Guasch, *Concesiones de infraestructura, cómo hacerlo bien*, 30-36.

⁴²⁶ Eduardo Engel, Ronald Fischer, Alexander Galetovic, "Finance and Public-Private Partnerships" en *Financial Flows and Infrastructure Financing* (Australia: Conference Volume, 2014)

⁴²⁷ Cassagne, *El contrato administrativo*, 94-95.

cuales sostienen que las modificaciones contractuales no son situaciones malas per se, es usual que se presenten circunstancias o riesgos no previstos durante en la etapa de estructuración del contrato, por lo cual en principio es apropiado adecuarlo al contexto actual a través de la suscripción de una adenda.

Ahora bien, el concepto de hecho sobreviniente dentro del proceso de renegociaciones contractuales en APPs es un tema complejo pues sólo ha sido desarrollado por la doctrina, más no se encuentra regulado dentro nuestro marco legal. De acuerdo a Dromi, las contingencias que generan la renegociación de los contratos de concesión pueden ser agrupadas, por un lado, en aquellas circunstancias sobrevinientes que no pudieron ser previstas por las partes al momento de perfeccionar el contrato y, por el otro, en aquellas acerca de las cuales, aun siendo previstas en aquel, el desarrollo de los acontecimientos demostró la insuficiencia de su previsión contractual.⁴²⁸

Entonces, ¿cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones contractuales de las APPs? De acuerdo a los resultados presentados en la Tabla N° 7, uno de los factores con mayor recurrencia en las respuestas de los entrevistados es la ineficiencia del diseño en los contratos, es evidente que la falta de un adecuado diseño de los proyectos es realmente preocupante, pues en opinión de los expertos en la mayoría de los contratos no se identifica una matriz de riesgos de manera transparente, en donde se muestre el sustento de la asignación de los riesgos a cada parte y su relación con las cláusulas del contrato.

Según los expertos, otros motivos que originan las modificaciones contractuales son los aspectos relacionados a la bancabilidad, aspectos técnicos, factores externos y diseño del contrato. De igual forma, Alejandro Einstoss señala que existe unanimidad en la doctrina al señalar que entre las frecuentes causas de renegociación de los contratos se encuentran la mala, defectuosa e incompleta confección de los contratos, evaluación deficiente de los riesgos asociados a un proyecto de largo plazo, falta de estudios completos de factibilidad que no solo incluyan aspectos económicos sino ambientales y sociales, causas de fuerza mayor, etc.⁴²⁹

A efectos de ahondar el tema desarrollado y comprobar los resultados de las entrevistas, realizamos el análisis de dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras a nivel nacional y sus adendas durante los tres primeros años, a través del cual hallamos que las principales causas

⁴²⁸ Dromi, *Derecho Administrativo*, 67.

⁴²⁹ Alejandro Einstoss. *Contratos de Asociación Público – Privada, ¿una solución al déficit de inversión en infraestructura en Argentina?*, enero 2018, pp. 16.

que motivaron las renegociaciones contractuales en dicho sector fueron las materias de financiamiento, aspectos técnicos u operativos y errores materiales. Estas modificaciones se originan durante los tres primeros años, o hasta meses después de firmado el contrato de concesión, plazos ciertamente cortos teniendo en cuenta que el plazo promedio de vigencia de las concesiones es de veintisiete (27) años. En general las modificaciones están orientadas a garantizar la bancabilidad del proyecto y cubrir el retraso en los plazos por incumplimiento de las obligaciones iniciales a cargo de las partes.

Con relación al tema financiero, los expertos sostuvieron que el principal factor que motiva a los financistas a solicitar modificaciones contractuales es la asignación de los riesgos (véase Tablas N° 16 y 17), pues no están dispuestos a asumir más riesgos que el costo del financiamiento del proyecto, de esa manera evalúan de manera integral la asignación y mitigación de cada uno de los riesgos, especialmente los que puedan afectar directamente el repago del préstamo, por lo que van a ser cautelosos en requerir hasta el mínimo detalle.

Otro tema que coincidieron los expertos y los resultados del análisis de datos es la frecuencia en que los financistas modifican la definición de los Acreedores Permitidos en los contratos de APPs, por su parte los entrevistados consideran que los financistas tienden a modificar dicho concepto con el objetivo que se amplíe la lista que contemplan los contratos y se incluyan a otras entidades financieras dentro del Endeudamiento Garantizado Permitido, lo cual también se pudo verificar en los resultados del análisis de datos (véase Tabla N° 4).

Respecto al punto anterior es importante destacar que las modificaciones de la definición de Acreedores Permitidos en los contratos de concesión de carreteras estuvieron relacionadas a la introducción del mecanismo de pago de los Certificados de Reconocimiento de Pagos Anual por Obras (CRPAO). Se observó que las adendas N° 3 de los tramos 2, 3 y 4 de IIRSA Sur e IIRSA Norte tuvieron como finalidad incluir dicho mecanismo de pago en la estructura financiera de los contratos, siendo necesaria también la adecuación del concepto de Acreedores Permitidos, pues los CRPAO tienen la característica de libre transferibilidad, criterio fundamental a efecto que sean adquiridos por inversionistas nacionales y extranjeros o patrimonios fideicometidos constituidos en país o en el extranjero.

Dichas modificaciones también podemos observarlas en contratos de concesión suscritos en los últimos años, como en la adenda N° 1 del contrato de la Línea 2 del Metro de Lima y Callao, en donde se modificaron conceptos relacionados al mecanismo de pago y definición de Acreedores Permitidos. El objetivo de modificar la cláusula del mecanismo de pago fue

permitir la libre transferibilidad de los derechos de cobro correspondientes a la Retribución Por Inversión - CAO a terceros, a fin de hacer posible la transferencia de estos derechos a cualquier persona que participe del financiamiento. Mientras que en la definición de Acreedores Permitidos se buscó incorporar a las agencias de crédito de exportación (ECA), así como precisar que en las operaciones de Endeudamiento Garantizado Permitido, los Acreedores Permitidos podrán contar con un Agente Administrativo y Agente de Garantías, los cuales podrán contar con la calidad de Acreedor Permitido. Asimismo, se incluyó la viabilidad del Cierre Financiero con terceros distintos a los Acreedores Permitidos.

Un aspecto señalado por la Corporación Andina de Fomento (CAF) es que los CRPAO tienen como deficiencia que generan deuda pública y no penalizan el retorno al capital del sector privado en caso de que éste no cumpla con sus obligaciones contractuales. Por tanto, es importante que, eventualmente los CRPAO evolucionen hacia mecanismos de fuente de pago alterna, donde sea el sector privado el que adquiera el financiamiento, regulándose contractualmente incentivos que ayuden a que el costo de financiamiento pueda ser asumido en condiciones razonables de rentabilidad y riesgo.⁴³⁰

Según Antonio Rodríguez, abogado en OSITRAN, los CRPAO surgieron en un momento cuando el país no tenía grado de inversión y se necesitaba dar seguridad a los financistas con instrumentos que el mismo Estado otorgaba, naciendo ahí los CRPAO, títulos valor transables en el mercado internacional, respaldados por el Estado, lo cual se aplicó en las carreteras Interoceánicas. Después de ello, se advirtió que dicho mecanismo cargaba las cuentas fiscales, lo que podía ser considerado como deuda pública, afectando los recursos públicos. En paralelo, el país iba madurando en el marco de inversión privada, siendo innecesario mantener dicho esquema de pago.

En tal contexto, coincidimos con Julio V. Gonzáles cuando señala que resulta imprescindible efectuar un análisis de la estructuración financiera y flujos que pueden generar la explotación de la infraestructura para así garantizar la rentabilidad del proyecto, considerando que existen importantes ayudas públicas que cuestionan la mecánica general del proceso, y que pueden acabar trasladando al Estado el riesgo de obtener los recursos para la ejecución de la obra.⁴³¹

Asimismo, los expertos mencionaron que principalmente los financistas buscan controlar los riesgos de no cobro cuando el proyecto prevé pagos periódicos, ellos necesitan que haya la

⁴³⁰ Aportela y Durán. *La infraestructura en el Desarrollo Integral de América Latina: Diagnóstico estratégico y propuestas para una agenda prioritaria*, 65.

⁴³¹ Julio V. Gonzáles, "Contrato de Colaboración Público-Privada" *Revista de Administración Pública*, No. 170, pp. 37.

certeza de cómo, cuándo y cómo se pagan las retribuciones, a través de pagos que tengan una fecha fija o por hitos constructivos. Entonces, como menciona Lenin Mayorga, Director de Política de Promoción de la Inversión Privada del MEF (véase Tabla N° 15), es usual que los financistas intentan cambiar el esquema de financiamiento de Pago por Disponibilidad a un mecanismo de “pago con fecha fija”, puesto que el Pago por Disponibilidad consiste en que el Estado o el usuario paga cuando recién la infraestructura está operando o cuando se está prestando el servicio público, situación que no es conveniente para el concesionario o financistas ya que estarían asumiendo totalmente el riesgo de financiamiento y de obra terminada.

Ahora bien, tanto la doctrina como los entrevistados coinciden que es frecuente observar una conducta oportunista por parte del concesionario y los financistas, pues existe un interés en disminuir los riesgos de financiamiento que están a cargo del concesionario, requiriendo garantías adicionales al Estado o cambiando el mecanismo de pago, desde un principio asumen que el Estado les va a permitir modificar los aspectos financieros del contrato, teniendo en cuenta que dependen de ello a fin que otorguen el financiamiento.

Saavedra⁴³² Domingues y Zlatkovic⁴³³ señalan que la renegociación contractual generalmente ha sido considerada como indeseable dado que refleja las ineficiencias de los contratos e impone un alto costo social, lo cual puede inducir un comportamiento oportunista por parte del sector privado. Se debe destacar la importancia de fortalecer las instituciones reguladoras para evitar ambigüedades excesivas durante la ejecución de los proyectos de infraestructura, así como el comportamiento oportunista de las partes.

A lo largo de esta investigación hemos podido evidenciar que son grandes los retos que ocupa el diseño de un proyecto de APPs, en especial la estructuración financiera, considerando que luego de firmado el contrato, el concesionario tiene la responsabilidad de obtener los recursos necesarios para la ejecución del proyecto y su posterior explotación, es decir, sin una adecuada estructuración financiera no se podrá lograr la ejecución de la infraestructura ni brindar el servicio público. Sobre todo se evidenciarían situaciones que generan mayores costos que haberlos evaluado de manera previa.

⁴³² Eduardo Saavedra, “Renegotiating incomplete contracts: Over and Under-Investment in public infrastructure franchising” *Revista de Análisis Económico*, no. 1 (1998): 167.

⁴³³ Sérgio Domingues y Dejan Zlatkovic, “Renegotiating PPP contracts: reinforcing the P’ in partnership” *Transport Reviews*, no. 35 (2015): 3-4 <https://repository.uantwerpen.be/desktop/irua>

Es así que el Estado como el sector privado se encuentran en la necesidad de definir criterios para determinar la capacidad de financiamiento de un proyecto, así como encontrar el modelo financiero idóneo para su ejecución, los cuales pueden variar dependiendo de las características específicas del proyecto. De esa manera, se establecen estándares de gestión para garantizar la sostenibilidad del proyecto a lo largo de la operación del proyecto.

La doctrina es unánime al considerar que el Project Finance es uno de los mecanismos óptimos para estructurar proyectos de gran envergadura que necesitan recaudar grandes cantidades de capital, pues integra un esquema de contratos orientados a asignar los riesgos identificados en el proyecto a la parte que cuente con la mayor experiencia o capacidad para asumirlos. Además de ello, prevé la creación de una Sociedad de Propósito Especial (SPE), la cual permite limitar los riesgos de proyecto a la sociedad y poder gestionar el financiamiento mediante flujos futuros.

En ese sentido, Lenin Mayorga, director de la Dirección de Política de Promoción de la Inversión Privada del MEF, destaca que el Estado buscará promover el cambio del esquema de financiamiento de pagos con fecha fija (CRPAO) a Pagos por Disponibilidad, es decir, cambiar de una estructura en el mercado de capitales a un mercado de crédito bancarios, en donde el Estado no sea el que asuma el riesgo de financiamiento, obligando al privado que identifique y asigne mejor los riesgos para intentar estructurar un esquema de Project Finance. De esta manera, se lograría alinear los incentivos para estructurar mejores proyectos (riesgos mejor alocados y adecuadamente mitigados), por un lado los inversionistas tienen el incentivo que el proyecto opere en los plazos pactados pues de eso depende su pago, y por su parte los bancos realizan un due diligence intensivo, que a su vez fortalecería la viabilidad del proyecto.

En esa misma línea, Carlos López, jefe de Project Finance del BBVA, señala que en el caso de un Project Finance financiado por el banco, el riesgo de construcción y operación es compartido entre el banco y el concesionario, por lo que el banco está muy interesado en la estructuración del proyecto y el contrato, es un trabajo muy exhaustivo incluyendo varios due diligence (técnico, mercado, legal, ambiental y seguros) que puede durar entre seis u ocho meses dependiendo del tamaño del proyecto. Generalmente, ellos no le otorgan el financiamiento a cualquier sponsor, solamente a clientes que conocen y que tienen el debido respaldo. Según Carlos este es otro error común de Proinversión, pues fijan criterios de precalificación muy bajos para lograr la competencia, donde se “filtran” sponsors que luego no son financiables.

En resumen, si las partes realizan un trabajo exhaustivo en la evaluación financiera durante las etapas de estructuración y transacción del proyecto, en base a experiencias previas y mejores prácticas aceptadas a nivel internacional, a efectos de lograr que el contrato de APPs nazca bancable, reduciríamos considerablemente el número de adendas de bancabilidad, por lo menos en aspectos de fondo que ya fueron revisados de manera integral en etapas anteriores, tanto por el Estado, como por el inversionista y sus financistas.

Ahora, si bien el objetivo de esta investigación no es el estudio específico de los mecanismos de financiamiento en APPs, como es el caso del Project Finance, pues tomaría una investigación mucho más amplia sobre el tema, igual consideramos importante desarrollar los conceptos y principales alcances que la doctrina ha desarrollado al respecto, además que hemos podido notar a través de las entrevistas que es un tema que abarca varias aristas dentro de la estructuración de los proyectos que merecen ser investigadas a detalle.

Por otro lado, hemos podido observar que los financistas juegan un papel importante en la ejecución de proyectos de APPs, si el Estado no interioriza su evaluación, posteriormente habría problemas para obtener el financiamiento, lo cual generaría que no se pueda iniciar o culminar la construcción de la obra requerida. Según el estudio elaborado por EY, los financistas deberían tener un rol más activo durante la etapa de estructuración del proyecto, a fin de asegurar que los riesgos asociados al proyecto están distribuidos adecuadamente con relación al nivel de predictibilidad de los ingresos para que sea considerado viable. De acuerdo a ello, las instituciones financieras tendrán mayor certeza en el retorno de sus inversiones, y por tanto, exigirán menores costos de financiamiento y garantías al concesionario.

De igual manera, los expertos manifiestan que las entidades financieras cumplen un rol importante durante la estructuración y transacción de los proyectos de APPs, siendo necesario que tengan una participación predominante durante la etapa de estructuración, a través de roadshows, reuniones informativas, en donde los agentes financieros puedan opinar acerca de los parámetros de bancabilidad, tomándose en cuenta las expectativas y criterios que se consideran para determinar la viabilidad del proyecto. Para los entrevistados es fundamental que Proinversión reciba sus opiniones, observaciones y recomendaciones para mejorar el diseño del contrato y lograr que el proyecto sea capaz de generar los recursos suficientes para repagar el préstamo otorgado.

En caso se establezca la figura de Acreedores Permitidos⁴³⁴ en el contrato de APP, estos cumplirían un rol fundamental tanto en la etapa de Cierre Financiero como en la ejecución contractual, debido a que pueden recibir diferentes tipos de garantías que respalden el financiamiento, introduciendo la posibilidad que puedan intervenir posteriormente en el desarrollo del proyecto, por ejemplo en caso se ejecute el derecho de la concesión. Según el primer borrador del Contrato Estándar⁴³⁵ publicado por Proinversión, una vez ejecutadas dichas garantías, los Acreedores Permitidos propondrán al concedente un listado de operadores calificados teniendo en cuenta los parámetros establecidos en las bases. El operador que sea aceptado por el concedente quedará autorizado para explotar transitoriamente el proyecto en calidad de “interventor temporal”. En ese contexto, los Acreedores Permitidos deberán llevar a cabo el proceso de selección, así como adjudicar la buena pro del nuevo concesionario, luego de acordar con el concedente el texto íntegro de la convocatoria y las bases del procedimiento de selección, las cuales deberán respetar los lineamientos contenidos en las Bases.

Podemos observar que se intenta introducir una participación mucho más activa y directa de los Acreedores Permitidos en la ejecución del contrato de concesión, de modo que se encuentren continuamente supervisando el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, así como el nivel de exposición en el que se encuentran. En esa línea, el borrador del Contrato Estándar señala que el concedente notificará a los Acreedores Permitidos, simultáneamente a la notificación que se remita al Inversionista, de la ocurrencia de cualquier evento de incumplimiento del concesionario, con el fin de que los Acreedores Permitidos puedan realizar las acciones que consideren necesarias para contribuir al cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, y así evitar la terminación del contrato de concesión.

En síntesis, el énfasis de esta investigación ha estado en identificar las causas que motivan la suscripción de las adendas de bancabilidad durante los primeros años, tanto desde una perspectiva teórica como empírica, a través de la cual observamos las implicancias en las etapas de estructuración y transacción de un proyecto de APPs, así como el rol que tienen las entidades financieras en dichas fases, a efectos de identificar elementos que ayuden en la implementación de mejores prácticas que aseguren la bancabilidad del proyecto.

⁴³⁴ Son las instituciones o inversionistas que el Estado ha considerado que pueden otorgar el financiamiento para la ejecución del proyecto, previa calificación, por lo que podrán acceder a las garantías previstas en cada contrato de concesión en respaldo del financiamiento que otorguen

⁴³⁵ Se puede encontrar en: https://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/1/JER/CONTRATO_STANDADR_V1/Primera-Version contrato-Estandar-APP-vf.pdf

En tal sentido, en base a la investigación y resultados obtenidos de las entrevistas y análisis de datos, hemos podido desarrollar lineamientos que contribuyan a incorporar mejores prácticas durante el proceso de promoción para lograr la bancabilidad de los contratos de APPs y así obtener los recursos para la ejecución del proyecto en el plazo y condiciones pactadas. A continuación presentamos los principales aportes:

- Mayor participación de los potenciales financistas durante la fase de estructuración del proyecto: El Estado debe tener la capacidad de lograr una relación cercana con los potenciales financistas a través de un proceso permanente de diálogo que cuente con pautas claras que definan la interacción entre ellos. Con ello, existiría un procedimiento que ayuda a presentar el proyecto, recibir opiniones sobre la asignación de riesgos y modelo económico financiero que sustenta la viabilidad del proyecto. De ese modo, cuando se adjudique el proyecto, los potenciales financistas tienen conocimiento sobre el alcance de proyecto y, eso se genera a través de un proceso de diálogo correctamente estructurado. No podemos olvidarnos que los financistas son quienes al final van a otorgar los recursos para ejecutar la obra, no los asesores financieros de Proinversión o del postor, por tanto los agentes financieros deberían revisar las cláusulas del contrato de manera previa a la firma del contrato. En resumen, se tiene que buscar un diálogo mucho más extenso y organizado con los financistas durante el proceso de promoción que permita tener un proyecto bancable cuando se convoque al mercado.
- Desarrollar criterios para la elaboración de modelos económicos financieros: El diseño y construcción de los modelos financieros es una variable crítica en los proyectos de APPs, ya que contienen las proyecciones a futuro de los flujos del proyecto, lo cual permite determinar el nivel de rentabilidad de los inversionistas y del proyecto. Es necesario recoger mejores prácticas desde la óptica de la teoría financiera que coadyuven en la elaboración de modelos económicos financieros para cada tipo de proyecto de APP. Principalmente debe tomarse en cuenta el esquema de incentivos propuesto en el contrato de concesión, el diseño del contrato debe integrarse y complementarse con la construcción del modelo, no pueden realizarse de manera separada. Dichos lineamientos servirán de guía tanto para los funcionarios de Proinversión, las entidades públicas titulares de proyectos, así como para la elaboración de los modelos financieros a cargo de los postores y financistas interesados en evaluar el proyecto.

De esa manera, existe uniformidad en la evaluación de estructuras que mitiguen adecuadamente los riesgos del proyecto, que brinden certeza en la generación de flujos y, que en general aseguren la viabilidad del negocio. De esa manera, el Estado debe estar en la capacidad de determinar los modelos financieros adecuados, así como la justificación para el otorgamiento de garantías que generen la asunción de mayores riesgos. Asimismo, como anexo al modelo económico financiero sería conveniente compartir un documento de simulación de pagos con la entidad titular del proyecto y proponente (en caso de iniciativa privada), que ayude a entender la operatividad del mecanismo de pago y demás esquemas contractuales propuestos.

- Solicitar un informe de clasificación de riesgos del proyecto: Sería conveniente requerir durante la estructuración del proyecto un informe de una Clasificadora de Riesgos imparcial que verifique el nivel de riesgos, incluyendo un análisis detallado de la asignación y mitigación, por ejemplo, del riesgo de terminación de la obra, variaciones en los presupuestos aprobados, el cumplimiento de los estándares de desempeño asumidos, etc. Es decir, dicha información podría ayudar a Proinversión durante la estructuración del proyecto, y eventualmente servir de sustento frente al mercado y atraer la participación de potenciales financistas.
- Incluir la matriz de riesgos en los contratos: Consideramos que es útil para la evaluación de bancabilidad del proyecto, así como para la presentación de las ofertas, que Proinversión comparta con los postores la matriz de riesgos que se elabora durante las etapas de formulación y estructuración del proyecto. Al compartir dicha información, Proinversión podría ayudar a aclarar cualquier observación o duda respecto al reparto de riesgos, sobre todo si la matriz va modificándose en la medida que haya mayor participación y diálogo con los involucrados, los cuales podrían identificar oportunidades de mejora a efectos de generar mayor eficiencia en la asignación y mitigación de los riesgos.
- Establecer criterios para verificar el interés de los potenciales financistas: Consideramos importante que se desarrollen de manera progresiva instrumentos para conocer si el postor viene acompañado de un financista con la intención de asumir el financiamiento en las condiciones establecidas en el contrato. De esa manera, Proinversión tendría la seguridad que el contrato es bancable, evitando cualquier contingencia durante la etapa del Cierre Financiero. Si bien, es probable que aún los

potenciales financistas no puedan asegurar el financiamiento sino hasta la firma del contrato, es fundamental que Proinversión investigue el grado de interés y conocimiento de los financistas sobre la estructuración financiera del proyecto, reduciendo la posibilidad que en la etapa de Cierre Financiero se presenten solicitudes de modificaciones contractuales.

- Presentar proyectos con un nivel técnico adecuado para generar la bancabilidad del contrato: Es conveniente que Proinversión lance proyectos con un nivel técnico suficiente en términos de calidad y nivel de desarrollo, de modo que los postores puedan presentar sus ofertas económicas incluyendo costos fehacientes con relación a la ejecución del proyecto. Si bien los postores también realizan estudios técnicos independientes a efectos de verificar el monto de inversión referencial contenido en las bases, es importante que las entidades públicas se enfoquen en mejorar los criterios en la elaboración de los estudios técnicos a fin que se presenten con un nivel mayor de certeza y, no se observen posteriormente modificaciones sustanciales que afecten los costos considerados en la estructuración financiera del contrato. Mientras más cerca este el estudio técnico con el que se cursa la APP del nivel de estudio definitivo de ingeniería, menor será la necesidad de adendas al ejecutar las obras.
- Acompañamiento de Proinversión hasta el Cierre Financiero del contrato: La Ley de APPs y su Reglamento establece que Proinversión podrá actuar en la fase posterior a la suscripción de los contratos, es decir, hasta lograr el Cierre Financiero, pues éste tiene toda la información relacionada a las fases de formulación y estructuración del proyecto de APPs (evaluación técnica, económica y financiera del proyecto, así como del proceso de selección). Proinversión es la entidad idónea para marcar la pauta durante los procesos de renegociaciones contractuales, pues en caso se presenten adendas que modifiquen la asignación de riesgos o el modelo financiero del contrato, es importante su opinión considerando la evaluación de bancabilidad y asignación de riesgos que se trabajó durante el proceso de promoción, que avala la viabilidad del proyecto.
- Mayor transparencia en la elaboración de ofertas económicas: Consideramos importante elaborar modelos estandarizados que uniformicen criterios en las propuestas económicas a efectos que los postores revelen los supuestos financieros que dan como resultado el monto final incluido en la oferta económica. El objetivo es asegurar que

los postores propongan valores ajustados a la realidad, es decir que sean viables financieramente. Ello evita que se firme un contrato con un postor que meses después no pueda cumplir con el Cierre Financiero. Se estaría generando mayor seriedad a la evaluación de las ofertas económicas, desincentivando que los postores presenten una oferta baja sólo por ganar la adjudicación, y posteriormente solicitar modificaciones contractuales para obtener beneficios adicionales, las llamadas ofertas agresivas. Asimismo, es sustancial encontrar un concesionario con capacidad técnica y respaldo financiero sólido para la ejecución del proyecto, la mejor apuesta consiste en tener un buen operador al frente que sepa llevar a cabo la operación del proyecto y, al mismo tiempo, administrar adecuadamente el financiamiento.

- Cumplir con la entrega y saneamiento de predios en los plazos pactados: En principio, el Estado se encuentra obligado con la entrega de los predios y liberación de interferencias para iniciar la ejecución de las obras. Como hemos podido observar, el incumplimiento de dicha obligación es una de las principales causas que origina las renegociaciones contractuales. Consideramos que es necesario crear una institución transversal responsable de los procesos de expropiaciones y levantamientos de interferencias, que uniformice los procesos entre las entidades públicas, y a la cual se le puede medir por sus avances periódicos. De esta manera, se podrá determinar condiciones o límites para convocar un proyecto, por ejemplo si no tienes el 30% de predios expropiados y liberados, dependiendo la ubicación o características del proyecto, no sería factible que Proinversión inicie con el proceso de selección. La idea es que el concesionario tenga la posibilidad de iniciar con las obras en los plazos indicados, y en paralelo expropiar los predios restantes, caso contrario continuarán presentándose las adendas de bancabilidad, en donde los financistas solicitan una actualización en el cronograma de obras, de modo que el Estado asuma el aumento en los costos financieros derivados de los retrasos en el inicio de obras.
- Contar con funcionarios especializados en financiamiento de APPs: Según la opinión de la mayoría de los expertos, esta es una de las principales medidas que debe ser prioridad para el Estado. Por el lado de Proinversión, como entidad encargada de estructurar el proyecto, es indispensable que sus funcionarios cuenten con especialización en el financiamiento de APPs, a fin que puedan analizar el modelo económico idóneo que sustente el ingreso de flujos o cofinanciamiento, definir los

estándares de bancabilidad que generen la viabilidad del proyecto, es decir, comprender de manera integral la estructuración financiera del proyecto. Asimismo, las entidades públicas titulares de los proyectos deben contar con funcionarios capacitados para la evaluación financiera del proyecto, deben entender el mecanismo de financiamiento, la asignación y mitigación de los riesgos, y como ello se va a aplicar durante la ejecución contractual. Nótese que, al igual que el concesionario, la gestión del Estado es la base para la continuidad y éxito del proyecto. Finalmente, cuando el concesionario solicite una adenda, tanto Proinversión como el concedente, deben tener un equipo capacitado cuyo objetivo sea minimizar la exposición de riesgo ante esa adenda, sustentando técnicamente si es conveniente suscribir la adenda.

- Determinar criterios para las solicitudes de adendas de bancabilidad: El factor político es un aspecto que influye en los procesos de renegociaciones contractuales de APPs. En principio, de acuerdo al marco normativo actual de APPs, se eliminó la posibilidad de solicitar adendas de bancabilidad durante los tres primeros años, sin embargo aún el MEF no se ha pronunciado respecto a la inclusión de la excepción subjetiva de hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro, a través de la cual se podrían incluir temas de financiamiento. En base a las opiniones de los expertos, el Estado debe tener la capacidad de negarse ante un pedido de modificaciones contractuales que cambie sustancialmente las condiciones de competencia, por ejemplo, reducir los riesgos asignados al concesionario, como el esquema de financiamiento que ha sido estudiado durante la estructuración del proyecto. La propuesta de adenda tiene que ser evaluada considerando el sustento técnico y financiero desarrollado durante las etapas de formulación y estructuración, evidenciando que hay motivos razonables y proporcionales a las necesidades del proyecto.
- Fortalecer la institucionalidad del Estado: Finalmente, no podemos dejar de considerar un aspecto que afecta a primera vista el mecanismo de APPs, la falta de institucionalidad en el sector público. Si bien no es un elemento que impacte directamente en la reducción de adendas de bancabilidad, es crucial para el desarrollo y gestión de los proyectos de APPs. Es evidente la necesidad que existe de concientizar a los funcionarios públicos sobre la promoción de la inversión privada, especialmente el alcance del mecanismo de APPs y los beneficios que tiene frente a otros esquemas de contratación pública. Si bien, el mecanismo ha sido cuestionado por diversos actos

de corrupción o irregularidades durante los procesos de selección, así como en la suscripción de adendas, es importante que se tome medidas para que desaparezca la desconfianza al momento de tomar decisiones, de modo que las APPs puedan seguir desarrollándose apropiadamente. Los funcionarios públicos tienen que incorporar mejoras en cada generación de contratos, logrando alcanzar estructuras aceptadas por el mercado, de modo que se incluya una coordinación eficiente entre las entidades públicas involucradas en el proceso de promoción.

5.2 Limitaciones

Es necesario hacer referencia a las principales limitaciones que se presentaron durante el desarrollo de la presente investigación. Una de las limitaciones fue la obtención de los documentos entorno a las renegociaciones contractuales de las concesiones de carreteras, es decir, los informes técnicos que sustentaron las decisiones u opiniones de las entidades públicas involucradas en el proceso, tales como el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, OSITRAN, Proinversión y el Ministerio de Economía y Finanzas. A pesar de tener la posibilidad de requerir información a través del Acceso a la Información Pública, encontramos varias dificultades que nos impidieron obtener los documentos exactos para realizar el análisis, y ello generó retrasos en dicho proceso.

Al respecto, resaltar que en la página web de OSITRAN no encontramos todos los informes técnicos que sustentan las adendas, los documentos que faltaban los solicitamos por Acceso a la Información Pública. Además de ello, encontramos que algunas adendas no hacían referencia a ningún informe técnico, es el caso de las adendas de IIRSA Norte en donde tuvimos que solicitar de manera general los documentos que sustentan las modificaciones contractuales, para lo cual tuvimos que requerirlos reiteradamente pues no encontraban los documentos exactos, perdimos bastante tiempo en dicha búsqueda.

Asimismo, en la concesión Tramo Vial: Ovalo Chancay/ Dv. Variante Pasamayo – Huaral – Acos, si bien las adendas indicaban los oficios que contenían la opinión de OSITRAN, la numeración era errónea, pues al solicitar la información nos enviaron documentos distintos, o en varios casos nos respondieron que habían realizado la búsqueda de los documentos, agotando la búsqueda en los tomos, archivadores y demás documentos, y finalmente no pudieron ubicar la documentación en el archivo central.

En esa misma línea, quisimos obtener mayor información sobre la decisión de resolver el contrato de concesión en el proyecto del Aeropuerto Internacional Chinchero, para lo cual

solicitamos las cartas notariales de fechas 07 de febrero de 2018 y 13 de julio de 2017, en donde se comunica al concesionario la resolución del contrato de concesión, sin embargo la Dirección General de Programas y Proyectos en Transportes del MTC nos indicó que las cartas solicitadas forman parte de la documentación relacionada con el arbitraje internacional, el cual aún se encuentra en curso entre las partes, por lo que no era posible proporcionarnos los documentos.

Pudimos encontrar otra limitación durante la selección de expertos para las entrevistas, nos resultó complejo encontrar las personas idóneas de cada sector involucrado en el proceso de renegociaciones contractuales en APPs. En el sector público tuvimos como objetivo contactarnos directamente con los directores o coordinadores de las áreas responsables de las modificaciones contractuales en APPs, tuvimos éxito en el MTC y OSITRAN, sin embargo en Proinversión y MEF, solo tuvimos la oportunidad de conversar con un director encargado, sentimos poco interés en participar de la investigación. En nuestra opinión, se debe a la reserva que tienen sobre las implicancias sobre los procesos de renegociaciones contractuales, y el impacto que genere sus opiniones como funcionarios públicos.

Respecto a los expertos del sector privado, la muestra estuvo centrada principalmente en instituciones que tuvieran amplio conocimiento y experiencia en el desarrollo de proyectos de APPs, tanto abogados como especialistas financieros, hubiera sido deseable que por parte de los concesionario, participen las personas que actualmente gestionan las concesiones de carreteras o proyectos de gran envergadura como la Línea 2 del Metro, lamentablemente al final no pudimos llegar a contactarnos con las personas encargadas.

Sin perjuicio de las limitaciones que encontramos durante el proceso de investigación, vale precisar que tuvimos la oportunidad de entrevistar a personas expertas en el tema de investigación, de los cuales obtuvimos información muy valiosa en base a su experiencia, varios de ellos trabajaron por varios años en el sector público, así como notables académicos que conocen a fondo el problema de investigación, en general sus opiniones nos ayudaron a consolidar la investigación, y sobre todo a generar conocimiento sobre los procesos de renegociaciones contractuales en APPs.

5.3 Conclusiones

Finalmente, el desarrollo de la presente investigación nos ha permitido presentar las siguientes conclusiones:

1. De la revisión de la literatura advertimos la relevancia que tienen las APPs en el desarrollo económico de la sociedad, a todas luces es un mecanismo con grandes beneficios para reducir la brecha de infraestructura que aún existe en nuestro país, creando mayor productividad y competitividad en la economía, lo cual se evidencia en la dotación de infraestructura con mejor calidad y disponibilidad para todos los usuarios.

En ese sentido, si las APPs fueran utilizadas de manera eficiente, aprovechando todos los beneficios que conlleva su ejecución, constituirían un mecanismo con grandes oportunidades para el desarrollo de infraestructura y servicios públicos, los cuales cumplen un rol fundamental para crecer como economía, especialmente en la mejora de calidad de la vida de los ciudadanos.

2. De la revisión de la literatura evidenciamos que los contratos de APPs son contratos forzosamente incompletos debido a la imposibilidad de prever todas las contingencias futuras en proyectos de gran envergadura, de modo que las renegociaciones contractuales se presentan como un proceso natural para solucionar las deficiencias del contrato. Vale precisar que, las solicitudes de modificación por parte del concesionario o Estado deben aceptarse siempre y cuando dichas propuestas persigan la misma finalidad: proteger el interés público, y con ello la continuidad de la prestación del servicio público.

Ahora bien, del análisis del presente trabajo hemos notado que la mayoría de las modificaciones contractuales se originaron por causas que sí pudieron ser previstas durante la etapa de estructuración del proyecto de APPs, lo cual evidencia que no sólo es un problema de la naturaleza incompleta del contrato de concesión, sino existen dificultades inherentes a las fases de formulación, estructuración y transacción del proceso de promoción que impiden un adecuado desarrollo en la etapa de ejecución contractual.

3. A pesar de las diversas modificaciones a la Ley de APPs y su Reglamento a efectos de reducir el número de renegociaciones contractuales, continuamos observando en los últimos años una alta incidencia de suscripción de adendas de APPs en nuestro país, más que la excepción ha sido la regla, convirtiéndose en un fenómeno que refleja deficiencias en las fases de formulación y estructuración del proyecto, así como una falta de capacidad institucional para controlar las solicitudes por parte del sector privado.

Como hemos mencionado, las renegociaciones contractuales pueden ser un instrumento positivo para aclarar vacíos o malinterpretaciones del contrato, sin embargo del análisis de la presente investigación, hemos encontrado que las modificaciones contractuales no han resultado enteramente eficientes, los motivos que las originaron pudieron ser previstos de manera ex ante a la firma del contrato. Hemos observado que las mismas materias de modificación se presentan de forma recurrente, sin ningún control, a pesar que existe literatura y casuística nacional e internacional que pueden contribuir al desarrollo de mejores prácticas a fin de evitar el inicio de estos procesos.

4. De la revisión de los dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras, hallamos que se celebraron un total de 62 adendas hasta la fecha, en donde 23 adendas, es decir el 37%, fueron suscritas durante los tres años primeros años, las cuales involucraron la modificación de cláusulas relacionadas a temas técnicos, financieros y por errores materiales.

Un aspecto que nos llama la atención de las renegociaciones contractuales de APPs es el acelerado ritmo con que se generan la suscripción de adendas, del análisis de los contratos de concesión de carreteras, encontramos que el plazo entre la firma del contrato de APP y la renegociación contractual ha sido, de aproximadamente dos años, a pesar de que los contratos originales establecían un plazo de veinticinco (25) o treinta (30) años.

5. Según la consolidación de la literatura, los resultados de las entrevistas y análisis de los dieciséis (16) contratos de concesión de carreteras a nivel nacional, las principales causas que generan las renegociaciones contractuales en APPs son: (i) la ineficiencia en el diseño de los contratos, (ii) falta de bancabilidad de los proyectos, (iii) retraso en la entrega y liberación de predios, (iv) evaluación deficiente en la asignación de riesgos, (v) el poco nivel de los estudios técnicos, y (vi) factores externos a la concesión, como la conducta oportunista del sector privado.
6. Considerando los resultados de las entrevistas, la asignación de riesgos es el principal factor que evalúan las entidades financieras a fin de otorgar el financiamiento, de modo que van a requerir minuciosas modificaciones contractuales en caso vean que afecte principalmente el pago de la deuda, lo cierto es que no están dispuestos a asumir más

riesgos que el costo del financiamiento, por lo que van a buscar que el Estado o el concesionario cubran todos los riesgos posibles.

7. Asimismo, en base a los resultados del análisis de los contratos de concesión de carreteras, los concesionarios y financistas a efectos de lograr el Cierre Financiero, solicitaron diversas modificaciones a los contratos de concesión, entre las principales cláusulas financieras objeto de modificación contractual encontramos la definición de Acreedores Permitidos, el procedimiento del Pago Anual por Obras (PAO), el Endeudamiento Garantizado Permitido, el procedimiento y requisitos para el Cierre Financiero, y la introducción del mecanismo de pagos de Certificados de Reconocimiento de Pagos Anual por Obras (CRPAO).
8. En suma, ello muestra que existen dificultades durante las fases de formulación, estructuración y transacción de los contratos de concesión, especialmente en la determinación del modelo financiero, mecanismos de pagos y los conceptos de las principales cláusulas del régimen económico financiero, dado que dichos temas son modificados frecuentemente por los financistas, siendo evaluados nuevamente por las partes luego de firmado el contrato de concesión. Es evidente que son etapas cruciales para el éxito de un proyecto de APPs.
9. Las entidades financieras juegan un rol trascendental durante las etapas de estructuración y transacción de un proyecto de APP, en nuestra opinión no le han dado importancia al proceso de diálogo o interacción con los potenciales financistas durante el proceso de promoción, no existen lineamientos o criterios que determinen el grado de participación o el intercambio de información con ellos, lo cual ha generado que no se pueda obtener el financiamiento en el plazo y condiciones originales.
10. Uno de los retos de mayor importancia que enfrenta el financiamiento de infraestructura, es asegurar mecanismos que premien las inversiones con un impacto económico positivo en el diseño de los contratos, sólo así se podremos observar proyectos que puedan sostenerse en la etapa de operación y que generen alto impacto a la sociedad. Es evidente que es una meta difícil de alcanzar bajo cualquier mecanismo de financiamiento, ya sea público, privado o mixto, sin embargo el Estado podría enfocarse en optimizar la evaluación económica financiera con mejores prácticas vinculadas en el desarrollo de modelos financieros idóneos para cada tipo proyecto.

11. Se debe partir con trabajo exhaustivo en la evaluación financiera de manera previa a la firma del contrato, en base a casuística nacional y mejores prácticas aceptadas a nivel internacional, a efectos de lograr que el contrato de APPs nazca bancable. En esa línea, hemos observado que para lograr la bancabilidad del contrato de APP, no es adecuado evaluar los aspectos financieros del proyecto por separado, la evaluación tiene que abarcar integralmente tanto los aspectos técnicos como legales, puesto que las entidades financieras observan todas las aristas que pudieran generar retrasos en la ejecución de obras u operación del proyecto, así como la terminación anticipada del contrato de concesión. Con ello, se reduciría considerablemente el número de adendas de bancabilidad, por lo menos en aspectos de fondo que ya fueron revisados desde la etapa de estructuración del proyecto, tanto por el Estado, como por el inversionista y sus financistas.

12. De esa manera, pudimos comprobar nuestra hipótesis de investigación, efectivamente el principal factor que genera la suscripción de adendas de bancabilidad durante los primeros años de vigencia se origina en la etapa de estructuración de los contratos de APPs, en donde no se recoge adecuadamente los intereses del mercado financiero a fin de alcanzar la bancabilidad del proyecto. No deja de llamarnos la atención que hasta la fecha no se han emitido criterios que tengan como finalidad la bancabilidad del proyecto, es importante que el Estado y sector privado estén alienados en ese sentido.

Por ello, resulta conveniente regular el alcance de intervención que tendrían los potenciales financistas durante dichas etapas, siendo conveniente determinar el tratamiento que se emplearía para recoger las sugerencias y opiniones relevantes a fin de lograr que el contrato sea aceptado por el mercado financiero.

13. En resumen, se podrían implementar diversas evaluaciones y lineamientos para mejorar el proceso de estructuración financiera de un proyecto de APPs, sin embargo lo fundamental es la actitud que tome el Estado frente a las solicitudes de modificaciones contractuales por parte de los potenciales financistas. Como bien señalan la mayoría de los entrevistados, si se mejora la evaluación de bancabilidad desde el origen de proyecto, el Estado no debería aceptar adendas de bancabilidad, no debe ceder ante dichos pedidos, pues finalmente el riesgo de financiamiento bajo las APPs debe ser trasladado al sector privado.

14. Por otra parte, resulta confuso el objetivo de la excepción “*Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro*” para para la suscripción de adendas dentro del límite temporal de tres años establecida en el Reglamento de la Ley de APPs, pues no se tiene certeza si el actual marco legal permite o no modificar los contratos de APPs por solicitudes de Acreedores Permitidos vinculados al Cierre Financiero. Es necesario que se regulen los criterios para calificar un hecho como sobreviniente, si estamos ante una causal abierta, o si por el contrario no se permitirán modificaciones contractuales por temas financieros durante los primeros años. De esa manera, evitaremos cualquier ambigüedad o malinterpretación durante los procesos de renegociaciones contractuales, y sobre todo se controlaría la discrecionalidad que tienen los funcionarios públicos al momento de evaluar las solicitudes.

15. El presente trabajo de investigación ha evidenciado lecciones valiosas que son importante destacar, no solamente para los funcionarios públicos sino para los actores del sector privado, tanto concesionarios como entidades financieras. Podemos apreciar que existe una intención por parte del Estado en controlar la suscripción de adendas en los contratos de concesión. En nuestra opinión, existe gran trabajo por hacer, es importante empezar por reconocer que la ejecución de proyectos de infraestructura y la provisión de servicios públicos es una tarea del Estado, no del sector privado, la cual ha evolucionado a través de los años a fin de que dichas actividades puedan ser brindadas de manera eficiente a favor de los usuarios. En tal sentido, es crucial encontrar un equilibrio entre los intereses del sector privado y la Administración Pública, así como las ventajas comparativas de cada uno de ellos, logrando garantizar la sostenibilidad de los proyectos de APP en los años, enfocándose fundamentalmente en los beneficios a favor de la sociedad.

6. Bibliografía

Aguilar, Oscar. “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas” *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Ciencias de la Administración*, (2005): 379.

Alborta Guillermo, Stevenson Claudia, y Triana Sergio. “Asociaciones Público-Privadas para la prestación de servicios: una visión hacia el futuro”. Documento de debate #IDB-DP-195, Banco Interamericano de Desarrollo, 2011.

Albújar, Alex. “El Project Finance: una técnica para viabilizar proyectos de infraestructura” *Universidad ESAN*, no. 27, 29.

APMG International. “Public-Private Partnership – Introduction and Overview” en *The APMG Public-Private Partnership (PPP) Certification Guide*. Washington: World Bank, 2016.

Aportela, Fernando y Durán, Roberto. *La infraestructura en el Desarrollo Integral de América Latina: Diagnóstico estratégico y propuestas para una agenda prioritaria*. Paraguay: CAF, 2011.

Araujo, Alejandro. “La Colaboración Público Privada: entre indeterminación, flexibilidad e incertidumbre” *Instituto de Estudios Fiscales*, no. 4, 7.

Arias, Ligia. “Perspectiva legal de la financiación de proyectos Project Finance y el manejo del riesgo” *Revista de Derecho Privado*, no. 23, 235.

Ariño, Gaspar. “El enigma del contrato administrativo” *Revista de Administración Pública*, no. 172, 80.

Baca Víctor y Ortega Eduardo. “Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción en el Derecho peruano” *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 13, 4 “Financiamiento privado de la infraestructura de América Latina y el Caribe: Chile, Perú y Uruguay como casos de estudio”¹.

Baeza, María de Los Ángeles y Vasallo, José Manuel. “Renegociaciones de los contratos de concesión de autopistas de peaje en España y su influencia sobre los incentivos en la licitación”. Ponencia presentada en XV Congreso Panamericano Ingeniería de Tránsito y Transporte sobre renegociaciones de contratos de concesión, Colombia, 14 setiembre, 2008.

Banco Interamericano de Desarrollo (BID), “El rol de las Asociaciones Público Privadas en la promoción de la inversión privada en el Perú” en *Asociaciones Público Privadas en Perú: Análisis del nuevo marco legal*. 43-44. Lima.

Banco Interamericano de Desarrollo (BID), “Financiamiento de las APPs” en *Introducción a las Asociaciones Público-Privadas*, 2015.

Benavente, Patricia y Segura, Alonso, “Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana” en *Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: Beneficios y Riesgos*. Lima: PUCP, 2017.

Blanc-Brude Frederic y Makovsek Dejan. “Construction Risk in Infrastructure Project Finance” *EDHEC Business School*, 5.

Bravo, Sergio. “Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú.” *Círculo de Derecho Administrativo*: 97.

Bonifaz, José Luis. “Concesiones de Carreteras: recomendaciones para el caso peruano” *Revista de Análisis Económico*, no. 1 (1998): 119.

Bull, Alberto. “Concesiones viales en América Latina: situación actual y perspectivas”, *Recursos naturales e infraestructura*, no. 79 (2004):7.

Calafell, Jorge. “Teoría General de la Concesión” *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 26: 215

Cassagne, Juan Carlos. “Los contratos de la administración pública” *Crónica Administrativa*, 423.

Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Argentina, 2009.

Cassagne, Juan Carlos. “Colaboración público-privada para la concreción de proyectos de generación de energía renovable en la Argentina” *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 13 (2013): 226.

Chong, Sophia y Poole, Emily. “Financing Infrastructure: A Spectrum of Country Approaches” *Reserve Bank of Australia*, 2013, 68.

Cornejo, René. “Inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público” *Themis*, no. 52: 214-215.

Contraloría General de la República. “Estudios sobre las causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público – Privadas en el Perú”, 153.

Dammert, Alfredo. “Equilibrio Económico – Financiero en los Contratos de Concesión en Obras de Infraestructura” *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 7, 339.

Danós, Jorge. “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. Ponencia presentada en la VI Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Colombia, agosto 2005.

Danós Jorge. “Los fines o intereses públicos o generales como criterios de interpretación de las normas administrativas”. Ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Piura, 2018.

D’Medina Lora, Eugenio. “La privatización de infraestructuras de servicios públicos a través del sistema de concesiones” *Revista Ius et veritas*, no. 22 (2001): 99.

Debande, Olivier. “Private Financing of Transport Infrastructure” *Journal of Transport Economics and Policy*, no. 36, 367.

Decreto Legislativo N° 1224/2015, de 24 de setiembre, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyecto en Activos. (Lima, 25 de setiembre de 2015).

Della Croce, Raffaele y Gatti, Stefano. “Financing infrastructure – International trends” *OECD Journal Financial Markets Trends*, 2014, 125.

De los Heros, Juan Carlos. “Asociaciones Público Privadas: una mirada de cara al futuro” *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 16, 391.

De Michele Roberto, Prats Joan y Losada Isaías. “Efectos de la corrupción en los contratos de asociaciones público-privadas: Consecuencias de un enfoque de tolerancia cero” *BID*, 23.

De Solas Rafecas, José María y Ariño, Gaspar. *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*. España: Tecnos, 1990.

Díaz Pérez, Jaime. “Retos de la Colaboración Público-Privada para el desarrollo de infraestructura públicas (PPP)” *Boletín Económico de ICE*, no. 3012, 21.

Dromi, Roberto. *Tratado de Derecho Administrativo*. 13ra Edición, Argentina: 2015.

Druetta, Ricardo. “Renegociación del Contrato Administrativo”. *Contratos Administrativos* (2000):10.

Einstoss, Alejandro. *Contratos de Asociación Público – Privada, ¿una solución al déficit de inversión en infraestructura en Argentina?* Argentina: Fundación CECE, 2018, 16.

Elías, Silvana. “Tratamiento del Endeudamiento Garantizado Permitido en los contratos de concesión de infraestructura de transporte aeroportuario” *Derecho & Sociedad*, no. 45, 120.

Ernst & Young (EY). *Agilizando la ruta del crecimiento: II Parte del Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025*. Lima: AFIN, 2016, 11.

Engel Eduardo, Fischer Ronald y Galetovic Alexander. “Finance and Public-Private Partnerships” *Reserve Bank of Australia*, 2014, 194.

Engel Eduardo, Fischer Ronald y Galetovic Alexander. “Licitación de carreteras en Chile” *Estudios Públicos*, no. 61, 30.

Felices, Enrique. “Asociaciones Público- Privadas para el Financiamiento de Infraestructura: El Nuevo Rostro del Project Finance” *Themis*, no. 50, 145.

Finnerty, John D. *Financiamiento de proyectos: Técnicas modernas de ingeniería económica*. México, Prentice Hall: 1998.

García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. (Bogotá: Palestra, 2006), 794.

García, Eduardo. “La figura del contrato administrativo” *Revista de Administración Pública*, no. 41 (1963): 42.

García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Palestra, 2006.

García Capdepón, Pedro. “Los contratos de colaboración público-privada” *Revista Española de la Función Consultiva*, no. 3, 93.

García Morales, Pedro. “Marco legal de las concesiones de infraestructura de uso público” *Revista Chilena de Derecho*, no. 125, 125.

Gaspar, Ariño. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

González, Julio V. “Contrato de Colaboración Público-Privada” *Revista de Administración Pública*, no. 170, 37.

Guasch, José Luis. *Concesiones de infraestructura, cómo hacerlo bien*. Estados Unidos: The World Bank, 2005.

Guasch, José Luis. “La prestación de servicios públicos: el uso de concesiones y asociaciones público-privadas” en *Perú: la oportunidad de un país diferente*. Estados Unidos: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 2006.

Guasch José Luis, Laffont Jean-Jacques y Straub Stéphane. “Renegotiation of Concession Contracts in Latin America” *USC Law School*, no. 02-7, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=340580.

Guzmán Napurí, Christian. “Los principios generales del derecho administrativo” *Ius Et Veritas*, no. 38 (2019): 230.

Hernández, Víctor “Los avances y problemas de la contratación con el Estado” *Revista de la Facultad de Derecho*, no. 66 (2011): 110.

Hernández Meléndrez, Edelsys “Metodología de la Investigación, cómo escribir una tesis”. (Tesis en la Escuela Nacional de Salud Pública), 31.

Hernández, Roberto, Fernández, Carlos y Baptista, Pilar. “Definición del alcance de la investigación a realizar: exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa” en *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill, 2006.

Huapaya, Ramon y Vergaray, Giuliana. “Algunos apuntes en relación con la participación público-privada y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos” *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 3, 116.

Humaní Sandro y Vargas, Tito. “Renegociaciones no eficientes a partir del diseño del contrato y la licitación de las concesiones de transporte” *Regulación en Infraestructura de Transporte*, 2011.

Lucioni, Luis. “La provisión de infraestructura en América Latina: tendencias, inversiones y financiamiento” *Macroeconomía de Desarrollo*, no. 72 (2009): 59.

Menchola, Muriel y Chamorro, Mery. “Algunas Reflexiones sobre Ejecución de los Contratos de Concesión: Interpretación, Modificación y Solución de Controversias” *Derecho & Sociedades*, no. 45, 92.

Mendiola, Alfredo y Alvarado, Francisco y Chocano, Zoila y Cotrado, Alfredo y García, Luis y Aguirre, Carlos. “Factores críticos de éxito en concesiones viales en el Perú” *Serie de Gerencia para el Desarrollo*, no.25, 18.

Montesinos, Jorge y Saavedra Eduardo. “Algunos alcances en torno a la institucionalidad y renegociación de concesiones en la infraestructura de transporte de uso público” (2012), 2. <http://fen.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/07/I-277.pdf>

Moraga, Claudio. *Contratación administrativa*. Chile: Editorial jurídica de Chile, 2007.

Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

Nalvarte Salvatierra, Pierre. “Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público-Privadas” *Derecho & Sociedades*, no. 49, 323.

Núñez Caballero, Carlos. “Apuntes entorno al Financiamiento de Proyectos de Infraestructura de Uso Público con Participación Privada” *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 4, 266.

O’Neil, Cecilia. “De las privatizaciones a las Asociaciones Público Privadas” *Ius et veritas*, no. 37: 68.

Paliza, Rosendo. “Impacto de las privatizaciones en el Perú” *Estudios Económicos*, 9.

Pérez, Alejandro. “Renegociación de los Contratos de Servicios Públicos” *Derecho Administrativo*, no. 7, 276-277.

Pina, Vicente y Torres, Lourdes. “La financiación privada de infraestructuras públicas: El peaje en la sombra” *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, no. 123, 938.

Pretorius Frederik, Chung- Hsu Berry, McInnes Arthur, LejotPaul y Arner Douglas. *Project Finance for Constructions and Infrastructure: Principles and Case Studies*. UK: Blackwell, 2008.

Quiñones, María Teresa y Aliaga, Jenny “La renegociación de contratos de concesión en el Perú. Aproximación teórica y empírica a sus causas y consecuencias” *Ius Et Veritas*, no. 58 (2019): 96.

Reategui Ana, Carranza Isabel, Galván Jean Pierre y Gutiérrez Gustin. “Project finance para proyectos de APP en el Perú: evaluación tributaria, contable y financiera” *Serie Gerencia para el Desarrollo*, no 71, 64.

Rebollo, Andrés. “Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general” en *Experiencias internacionales en el desarrollo de Asociaciones Público Privadas* (España: PIAPPEM, 2009), 8.

Rebollo, Andrés. “APPs institucionales, financiación de infraestructuras y contabilidad pública” *Reflexiones*, no. 2, 6.

Roncero, Miguel Ángel. “Aproximaciones al Project Finance” *Ius Et Veritas*, no. 31, 368.

Rozas Patricio, Bonifaz José Luis y Guerra-García Gustavo. *El Financiamiento de la Infraestructura: Propuestas para el desarrollo sostenible de una política sectorial*. Chile: CEPAL, 2012.

Rufián, Dolores. “Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú” *Gestión Pública*, no. 16 (2002):56.

Ruiz, Ariela. “El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002” *Gestión Pública*, no. 22, 21.

Ruiz, Gonzalo. “Incompleteness and Renegotiation of Concession Contracts: An Empirical Evaluation” *Journal of Applied Economic Sciences* , no. 2, 9.

S. Ping Ho, “Government Policy on PPP Financial issues: Bid compensation and financial renegotiation” en *Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships* 267-300 USA: Blackwell Publishing, 2009.

Saavedra, Eduardo. “Renegotiating incomplete contracts: Over and Under-Investment in public infrastructure franchising” *Revista de Análisis Económico*, no. 1, 167.

Sandoval, Irma. “Corrupción y desafíos organizacionales en un mundo de asociaciones público-privadas” *Gestión y Política Pública*, no. 2, 400-401.

Sánchez, Ricardo y Wilmsmeier, Gordon. “Provisión de infraestructura de transporte en América Latina: experiencia reciente y problemas observados” *Recursos naturales e infraestructura*, no. 94, 16.

Serebrisky, Tomás y Pastor, Cynthia y Suárez-Alemán, Juan Alberti y Gonzáles, Aldo, “Financiamiento privado de la infraestructura de América Latina y el Caribe: Chile, Perú y Uruguay como casos de estudio” *Banco Interamericano de Desarrollo*, 2017.

Shimabukuro, Néstor. “Principio de Mutabilidad o Flexibilidad en la modificación del contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura suscrito en el marco jurídico de Asociaciones Público-Privadas” *Derecho & Sociedades*, no. 45, 19-20.

Smith Nigel y Gannon Mark. “Political risk in light rail transit PPP projects” *Management, Procurement and Law*, no. 161, 180.

Suto Fénix, Azaña Roxana, Chamorro Merry, León Lorena y Menchola Muriel, *Renegociación de contratos de concesión de infraestructura de transporte: diagnostico, análisis y propuestas de mejora*. Lima: Universidad ESAN, 2013.

Stern, Jon. “Relationship between Regulation and Contract in Infrastructure Industries” *Department of Economics*, no. 14, 1.

Tassara Diana, Garate Diana y Cánepa Cecilia. “Garantías que otorga el Estado en las concesiones de infraestructura” *Ius Et Veritas*, no. 39, 152.

Tirado, Richard. “El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú” *Círculo de Derecho Administrativo*, no.13: 309.

Torsten, Ehlers. “Understanding the challenges for infrastructure finance” *Bank for International Settlements*, 2014, 6.

Trujillo, José Antonio. “Financiación de infraestructuras: Los riesgos y su mitigación” *Banco Interamericano de Desarrollo*, 2004, 2-3.

Turley, Laura y Semple, Abby. “Financing Sustainable Public-Private Partnerships” *International Institute for Sustainable Development*, 2013, 3.

Umezawa, Angie y Reaño, María Elena “Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de las experiencias” *Círculo de Derecho Administrativo*, 60.

Uppenberg, Kristian, Strauss, Hubert y Wagenvoort, Rien. “Financing infrastructure: A review of the 2010 EIB Conference in Economics and Finance” *European Investment Bank*, 2011.

Vassallo, José Manuel e Izquierdo de Bartolomé, Rafael. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Caracas: CAF, 2010, 88.

Vassallo, José Manuel y Pérez de Villar, Pablo. “Diez años de peaje de sombra en España” *Revista de Obras Públicas*, no. 3.506, 19.

Villalobos, Federico. “Los conceptos de Fondeo y Financiamiento en el desarrollo de proyectos por medio de participación público-privada (PPP)” *Revista Infraestructura Vial*, no. 34, 13.

Yescombe, Edward. *Principles of Project Finance*. USA: Elsevier Science & Technology, 2013.

Zegarra Valdivia Diego, “Concesión administrativa e iniciativa privada” *Revista Themis*, no. 39 (1999): 100.

Zúñiga, Laura. “El diseño legal de las concesiones cofinanciadas en el Perú” *Círculo de Derecho Administrativo*, no. 16, 113.

7. ANEXOS

7.1 Guía de Entrevista

Fecha:

Hora:

Entrevistador(a):

Lugar:

Entrevistado(a):

Soy egresada de la carrera de derecho corporativo de la universidad ESAN, y actualmente me encuentro realizando un trabajo de investigación para la obtención del título profesional, el cual tiene como objetivo analizar las implicancias de los principales aspectos financieros en las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público-Privadas (APPs), por lo que agradeceré me pueda contestar las siguientes preguntas:

- ¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?
- ¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?
- ¿Es posible que los Acreedores Permitidos puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?
- ¿Por qué los Acreedores Permitidos solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?
- ¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?
- ¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

7.2 Entrevistas de los expertos

7.2.1 José Luis Guasch

Datos Generales:

Fecha: 21/12/18

Hora: 9:30 am

Lugar: Pan de la Chola

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

Las apuestas agresivas

El segundo tema es el de los predios, es una constante

Obras adicionales a veces pedidas por el gobierno a veces por el privado

Ingresos de demanda

Contextos políticos

Y el último es el tema del financiamiento. Adendas típicas por el concepto de acreedores permitidos, que aun no entiendo cómo eso no se define en el reglamento y se evitan todas esas adendas, exagerando un poco más del 50% de adendas tiene ese componente y con cambio de acreedor permitido. Eso no debería darse, se debería definir el perfil del acreedor permitido y no cambiarse.

Esas son las principales causantes que generan las renegociaciones, en menos escala están los temas de eventos sobrevinientes, que no están bien definidos, para mí no debería haber eventos sobrevinientes, porque hoy día tenemos 10 mil concesiones que se han dado en el mundo, con lo cual puedes tener un listado de los eventos que han ocurrido, entonces lo lógico para evitar esta problemática de adendas, como de litigios.

Un tema vinculado es el problema de la construcción, todo está vinculado al tema de cambios en la asignación de riesgos geológicos, que también es un elemento que ha generado adendas. El concesionario dice que resulta que los costos se han incrementado y que quiere una variante del contrato, pero esto va en contra de la solución de tener en principio en la regulación una cláusula que te establezca que cualquier evento no puede o no debe alterar la matriz de asignación de riesgos, aquí no se logró hacer eso. Me acuerdo que estaba asesorando al MEF y cuándo se hizo la última y penúltima, hablamos de esa cláusula que cualquier modificación al contrato no puede o debe alterar la asignación de riesgos, deben tomarse su tiempo en el diálogo con el privado para estructurar el proyecto, en definir cuál debe ser la asignación de riesgos, escuchar sus inquietudes y compromisos, pero eso ahí queda como tal.

Se debería tener una matriz y de riesgos, no modificarse y atarse eso con la ley, entonces están matando las adendas porque un montón de adendas, el 70% de adendas implican modificaciones de la matriz de riesgos o de las condiciones de competencias, entonces ya por ley no puedes hacerlo.

Otro tema es el factor de competencia, que hay bastante ambigüedades que hay que mantenerla, pero el problema es que no se han decidido los factores de competencia y hay mucha confusión. El factor de competencia para algunos es que tengamos un contexto que para todos los postulantes se les trate de forma igual, y eso no es para mí competencia, es un factor ex ante, que tengas igualdad, oportunidades, información, acceso, pero para mí el factor de competencia es tener todos los elementos en la estructuración del proyecto que te impactan en el modelo financiero y en el apuesta, el tema es que debes tomarte tu tiempo, escuchar a los privados, inquietudes y ahí hay una convergencia y hacer que sea el bancable el proyecto y que genere beneficios para el país, y sobre todo en los plazos que ocurre.

No es malo que haya adendas, hay eventos que ocurren durante todo el plazo del contrato y es correcto y apropiado ajustar el contrato porque son contratos a 20 o 30 años, pero hay adendas que ocurren a los 3 o 5 meses, después que han tenido todo un proceso de diálogo, a no ser que haya una catástrofe, pero existe una rapidez en las adendas que se generan, estamos a 2.7 adendas por contrato, una forma extremadamente rápida.

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

El rol de los bancos es indirecto porque lo que ocurre es que los potenciales concesionarios observan, pero a medida que se van construyendo las bases del proyecto, en algún momento es cuando ya empiezan a contactar a los banqueros, quienes van a ver algo que ya este cocinado, los montos, los riesgos y en base a eso te van a hacer una oferta no vinculante sobre el financiamiento, obviamente te van a pedir que en el contrato se establezca los derechos del banco en caso que haya una problemática que puede culminar en una cancelación anticipada, en ese caso tienes la base y garantía que van a ser posibles recuperar la inversión. Su papel viene indirecto porque básicamente van a darle al concesionario la tipológica y las características del préstamo que te va a otorgar, y en base a eso el concesionario va a meter eso en su modelo financiero y va a presentar su propuesta. Ese es el papel del banco, o le van a decir “sí, pero la verdad esta asignación de riesgos es demasiado, te estas tomando demasiado riesgo, la bancabilidad me preocupa” en ese caso el proyecto debe generar una garantía absoluta y claro si se hace a través de las garantías de ingreso mínimo que lo llaman debt coverage ratio que ellos necesitan, es el monto en que el concesionario debe pagar el prestamista para cubrir el principal más intereses, tienes que ir pagando durante la concesión y lo que quieren es la confianza que tú vas a generar ingresos suficiente para cubrir el debt los pagos y el principal e intereses, eso es lo clave para financiar y puedas pagar el préstamo. De ahí, que a veces te piden las garantías de ingresos mínimo, generalmente el nivel de la garantía de ingreso mínimo que se utiliza justamente es ese valor con un plazo, y a veces yo necesito 30 millones al año para pagar la deuda simplemente te va a pedir que tengas unos ingresos de 40 millones, va a ser importante para que el concesionario pueda desarrollar su modelo financiero y emitir su apuesta.

Tú cómo puedes emitir una propuesta si no tienes un cierto rango o margen de tu costo financiero, y tu costo financiero como lo obtienes, hablando con tu banco. Sino hablas con el banco no debería permitirse que postules. Si tienes un proyecto que no esté cocinado, no sabes si el tren va a estar en el subsuelo, suelo, el costo financiero de construir cualquier de esos varía sustancialmente, el banco te va a decir de acuerdo lo que tengas en ese momento.

En ese sentido, si el proyecto no está suficientemente cocinado para tener una evaluación fehaciente de cuales van a ser los costos, todo indica que no va a saber la bancabilidad del

proyecto. La forma apropiada sería que lances proyectos que estén una escala de 1 al 10 estén cocinados a nivel 7 en términos de calidad y de estudios de ingeniería, en Perú se lanzan a nivel 3, esto claro que te van a generar adendas incorrectamente. Justamente una de las causas de adendas es el nivel mínimo de los estudios de ingeniería, te va a generar un problema porque el proyecto no está bien definido.

Los postores dialogan continuamente con los banqueros, hay márgenes dependiendo de proyecto, ten en cuenta que las bases finales ahí hay toda una evolución del contrato en los cuales hay un diálogo, hay tiempo suficientemente de definir. Los bancos tienen sus equipos, cierta experiencia en temas de APPs y conocen la estructura, se enfocan en la asignación de riesgos, los flujos y costos. Lo pueden hacer. Hay bastantes países que en los cuales te exigen, complementando como parte de tu oferta técnica y económica, una carta de crédito vinculante del banco, en Canadá lo tienen, Kenia, Sudáfrica, en donde el banco se ha comprometido a otorgarte el financiamiento, a una tasa de interés tal.

Aquí no se hace en América latina, no conozco un país que se haga.

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Depende de los costos, es un juego, yo como banco quiero prestar pero hay un coste de acompañar en el proceso, depende del nivel de acompañamiento, una cosa es que me vayan siguiendo durante el proceso muy light o alguien muy serio que te va diciendo este riesgo es muy serio tienes que negociarlo o te pide una garantía, esto se vería de banco a banco, por qué voy a asignar recursos del banco si todavía no se si va a ganar.

No debería ser obligatorio el acompañamiento porque hay muchas formas de darle la vuelta. Va a depender de la seriedad del postor y del acompañamiento, ellos no se van a comprometer a dar recursos exagerados porque no tienen garantía que vas a ganar el proyecto. Es un negocio. De que están involucrados, sí están involucrados, el nivel de eso dependerá de la estrategia y negocio del banco y del riesgo del proyecto.

Las adendas que se hacen antes del cierre financiero a través de los Acreedores Permitidos a veces son correctas a veces no son correctas, el postor te dice “los bancos dicen que el proyecto no es bancable” y son dos meses después que tú hiciste tu apuesta como tal, en donde una parte esencial es que hayas hablado con el banco, no entiendo por qué dices que ahora no es bancable si tú intercambiaste información con el banco antes de hacer la apuesta y para hacer tu modelo financiero, y entonces con lo cual si hay mucho juego de que se escudan que le banco dice que esto no es bancable, que los riesgos son excesivos y abusivos, yo no voy a poder cumplir con el compromiso de poder cubrir el principal, eso pasa porque saben que la tendencia del gobierno ha sido y sigue siendo ceder, por el temor a cancelación de proyecto, por eso dicen sentémonos y arreglemos y entonces hay un juego que utilizan los privados, como sabéis el problema de cancelación es de 3%, para evitar problemas con la población o capital político perdido y avanzar con el proyecto, ceden.

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

A veces es cierto que quizá no hayan garantizado en el contrato que se lanzó con el detalle suficiente y ahora que viene la realidad de financiar, deben haber analizado el contrato cuando

yo como postulante ya cuando este el contrato definido, está el contrato me define los riesgos temas de garantías y con eso tienes una situación un poco más definida en términos de financiamiento que voy a conseguir.

Ahora va a depender del nivel de cocción del proyecto, pero cuanto ha variado ese nivel va a tener que hacer estudios adicionales para la bancabilidad, sino existe una variación en términos de los estudios de ingeniería se ha revelado modificaciones en la parte técnica que puedan afectar los costos, si puedo entender que haya una razón adicional que puede modificarse el contrato, pero si no hay eso, no entiendo porque solicitan modificaciones. Los bancos debieron haber visto ese contrato analizado, si lo tomaron a la ligera porque no aún no sabían que ese postor iba a ganar la adjudicación y no revisaron bien los riesgos puede ser un factor.

Yo como postor evalué los riesgos con el concedente, existe un diálogo, en donde se conversa sobre la asignación de los riesgos y posibles cambios para la mitigación entre ellos, pero justamente lo importante es tomarte tu tiempo dialoga con ellos, por si ayuda siempre tener una matriz cuasi genérica de riesgos y de asignación que pueda ajustarse al contexto del proyecto, unos necesitan garantías otros no, en principio los lineamientos de asignación de riesgos son esencial, te ayudan en esa dirección.

Yo recomiendo que la matriz de riesgos se incluya de manera óptica en el contrato, un modelo estandarizado, que se conecten con las cláusulas del contrato. Es útil para toda la parte de diálogo, el proceso interactivo que se llega hasta el final.

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Por supuesto, es muy fácil, asegúrate que en el contrato asignas el riesgo de financiamiento al privado, y le das un periodo de 6 meses a 1 año para cerrar el contrato, y ya está. Se acaban en el sentido que cualquier petición de adendas debería ser automáticamente rechazadas, cuando viene una adenda lo primero que yo digo, lo escucho y a ver qué dice el contrato, la base es el contrato, la biblia, el coral, si dice que la asignación del financiamiento es tuya, has tenido 6 meses, y no puedes ejecutar el proyecto? Lo siento. ¿Qué pasará? Voy a tener que reasignarlo y para reforzar eso, que se te permita adjudicar el proyecto al segundo postor o mejor oferta, si no hay te friegas un poco. Si no tienes otro postor vienen los problemas políticos.

Con la excepción que cedan deberían acabarse las adendas de bancabilidad. El gobierno no debe ceder y hacer caso a lo que dice el contrato, asignar el financiamiento al privado y si no lo tienes en un año, chau.

Para usted, ¿cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

La solución es bien clara, que el gobierno cumpla con el contrato, cuando se empieza a conocer que el gobierno reconoce el contrato y la asignación de riesgos es tuya, ahí se acaba porque sabe que es un riesgo real, que exige que yo tenga que evaluar el proyecto, o van a ser una mejor propuesta. Cuando haya conocimiento eso va a crear que esa jugada ya no va a salir, y van a mejorar su oferta, va a ser mucho más coherente con la expectativa del costo del financiamiento y vas a recibir.

Otro factor es que haya cambios sustanciales en la ingeniería del proyecto en ese proceso, ahí tiene toda la razón y deben aceptarse la adenda porque resulta que ahora el tren va por arriba entonces el costo ha cambiado. Pero mientras que no haya esos cambios sustanciales en el diseño o scope del proyecto y todo sea puramente juego financiero, no debería haber adendas. Eso justamente está buscando que se tenga un diálogo mucho más extenso y serio con los financistas antes de emitir tu apuesta con tu oferta final. Es todo un juego, porque saben que pueden revisar y modificar las cláusulas al final.

La matriz de riesgos tiene que estar con el contrato, eso ayuda, cualquier observación se ha hecho en el diálogo de los involucrados para convergir la matriz y/o garantías que afectan la matriz.

La idea es que en cada una de las causales hay medidas específicas, en el tema de los predios, la norma debe decirte que, si tienes un proyecto focalizado en una ubicación, un hospital, escuela, entonces no se permite lanzar el proyecto si no tienes el 30% de expropiación, los predios liberados. La idea es que puedas ir construyendo, y en paralelo puedes ir expropiando los terrenos restantes. Sino se va a los costos adicionales son adendas, todo termina en adendas, el banco te va a decir que debes agarrar el costo financiero desde ese momento por la demora en la liberación de los predios.

Un ejemplo es Chile, ha cancelado más concesiones justamente por petición adendas que no son correctas, eso está creando una reputación, los países están tomando una reforma para las adendas y reducir las ofertas agresivas.

Los proyectos tienen una asignación de riesgos que te la pide el prestatario, por ejemplo, los inversionistas institucionales te piden un grado de inversión del proyecto para prestarte el dinero, los ratings ya existen, ahora cuando se hace? Yo creo que se hace cuando se lanza el proyecto, debería hacerse como tal, pero creo que debe estar vinculado al tema de financiamiento. Sí se hace, pero voy a chequear si es voluntario u obligatorio.

7.2.2 Alex Albújar

Datos Generales:

Fecha: 03/01/19

Lugar: TP Invest

Hora: 9 am

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

Normalmente las causas son riesgos que aparecen, que se materializan en la etapa de ejecución contractual, y que no han sido previstos o son han sido debidamente previstos en la etapa de pre-adjudicación. Entonces para entender un poco como funciona una APP durante el proceso de formulación del proyecto lo que se hace es desarrollar los aspectos técnicos sociales y económicos del proyecto una vez que el proyecto es declarado viable asumiendo que sea una APP cofinanciada, por ejemplo viene la etapa de estructuración y promoción.

La etapa de estructuración y promoción significa estructurar el proyecto para que tenga bancabilidad es decir: para que las instituciones financieras, los bonistas o las diferentes instituciones puedan participar en el financiamiento del proyecto. Eso requiere que los riesgos estén debidamente acotados porque ningún banco, ninguna institución financiera, ningún bonista, ningún fondo de inversión está dispuesto a tomar riesgos más allá de los que esperan o de los que normalmente toman.

Y dado que el proyecto de APP básicamente es infraestructura del servicio público, es decir son proyectos del Estado, pues hay riesgos que el Estado tiene que tomar. Entonces durante la etapa de estructuración justamente lo que se busca es identificar esos riesgos que puedan aparecer en el proyecto y asignarlos. Asignarlos significa si se materializa este riesgo, ¿quién es el que paga el costo?

Vamos a suponer que...Hablemos de riesgo de construcción.

Esta obra cuesta 500 millones, pero 500 millones sale de un estudio, un estudio no es la verdad definitiva, un estudio es un aproximado

A la hora de ejecutar la obra puede ser que aparezcan cosas no previstas. Imagínate estás haciendo un túnel y aparecen restos arqueológicos nadie previó eso porque obviamente cuando estás haciendo el estudio lo haces a nivel superficial con algunas pruebas de terreno y a lo mejor no se detectaron y a la hora que estás construyendo aparecieron restos arqueológicos y por ley tú ya no puedes seguir. Tienes que llamar al ministerio de cultura, hacer un levantamiento eso se puede demorar un año más y mientras tanto...Si eso se provee, que normalmente eso se provee, ese riesgo lo asume el Estado. Eso es una asignación de riesgo en la etapa contra actual del proyecto.

Pero hay cosas que aparecen en la etapa contractual y que no fueron previstas o fueron previstas de mal manera, o quedaron en un vacío o por un tema de interpretación o en algo que finalmente amerita una adenda, y esas son las razones por las cuales se convoca a una adenda, ahora convocar una adenda no sólo es del privado también lo puede hacer el Estado. Lo que pasa es que estamos acostumbrados a que el privado convoque la adenda, invoque la adenda. El Estado también podría hacerlo, el Estado podría decir: sabes que esto resulto más fácil de lo que se preveía y vamos a hacer un ajuste. Lo que pasa es que no, no se hace sin embargo está previsto en la ley.

Muriel: entonces serían riesgos en general que no se habían previsto...

El tema aquí son riesgos, riesgos no previstos que aparecen en la etapa de ejecución y que no están regulados contractualmente. Y eso implica vamos a sentarnos a conversar como se trata ese riesgo.

No se trata de decir bueno como no está regulado es tuyo, o sea del privado o del Estado tampoco, o sea, se tiene que sentar a conversar.

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Bueno las entidades financieras van a participar finalmente en la etapa de financiamiento del proyecto cuando este ya se va a ejecutar.

Antes de empezar a construir una obra viene la etapa de elaboración del expediente técnico y famoso cierre financiero, entonces en ese período de tiempo las entidades financieras intervienen en el contrato y deciden participar o no a través del financiamiento del proyecto. Ahí eso es cuando hay un ganador o hay un adjudicatario, hay un concesionario.

Antes de eso lo que se tiene que hacer en etapa de promoción del proyecto es convocar a las entidades financieras para que conozcan el proyecto y también empiecen a dar sus opiniones de tal manera que cuando ya se adjudique el proyecto pues, no sea una novedad para esas entidades financieras ya lo deben conocer deben manifestar sus preocupaciones y eso pasa por un proceso adecuado de promoción.

En este caso, el Estado a través de Proinversión o a través de las entidades municipales o gobiernos regionales, pueden hacer una promoción adecuada del proyecto eso significa ir a explicar el proyecto a las entidades convocarlas.

Nosotros aquí hacemos eso, nosotros trabajamos mucho con APPs, y nosotros hacemos aquí lo que llamamos road show financiero, que consiste en convocar a los bancos nacionales e internacionales, fondos de inversión, representantes de inversionista, AFPs etc. Explicar el proyecto y decir esto es lo que estamos pensando nosotros hacer para el financiamiento para la estructuración, creemos que el banco puede entrar con estos montos, estas tasas...

Y ahí sondeamos, estas son las asignaciones de riesgo que se están trayendo y el mercado y el momento ideal...Intervienen, dan sus opiniones, obviamente no son vinculantes, son simplemente opiniones, nosotros finalmente recogemos en la etapa de estructuración para la elaboración del contrato.

Muriel: como puede tomarlas Proinversión, como puede que no...las opiniones

Puede ser que sí, puede ser que no

Muriel: Ud. cree que Proinversión ha venido tomando opiniones del mercado de alguna manera para generar un contrato bancable o medianamente estructural con la finalidad que ya no se generen adendas a los 5 meses o 6 meses...

No, ya no se puede a los 5 meses 6 meses tiene que pasar 3 años. En los 5 meses sí se puede salvo por temas de bancabilidad y por temas operativos.

Muriel: ahora hay abierta una posibilidad de hechos sobrevinientes, pero quién va a determinar cuál es un hecho sobreviniente...

Es un problema.

Muriel: Ahí van a entrar las adendas, acreedores permitidos, según el Ministerio supuestamente ya no van a haber...

En mi opinión es que siempre van a ver, toda la vida. La verdad, yo no le tengo miedo a las adendas.

El problema de las adendas viene cuando que el que pide la adenda pide más de lo que debe y no hay la capacidad suficiente del Estado para decirle: sabes qué... esto sí... esto no... hay una

asimetría de conocimientos, por ejemplo: el concesionario va a una reunión convocada al Estado a cualquier ministerio que ya está ejecutando un proyecto a solicitar una adenda y va con un equipo de abogados de primer orden y por parte del Estado sólo hay 2 funcionarios...eso pasa...son gente que todavía no tiene la experiencia, los más experimentados ya están en el sector privado, están al otro lado y conocen las dos caras de la moneda.

Y dejan abogados que todavía no están expertos en el tema y encima que tome una decisión ese abogado o ese funcionario todo va a hacer cuestionado, definitivamente no hay forma, ahora la cosa está bien desequilibrada.

Personalmente, yo no le tengo miedo a una adenda porque mi experiencia en APPs en Proinversión en la etapa contractual es una especie “negociación”. Uno publica un contrato, el privado, los postores empiezan hacer sus comentarios y observaciones y te empiezan a bombardear....

Los agentes de Proinversión dicen sí o no. Pero cuando uno dice no, también debe decir porque no.

Muriel: sustentarlo...

Sabes que eso no va porque lo que tú dices no es cierto, porque los bancos...no es que te pidan esto...es lo que a ti te está facilitando.... Tú quieres todo fácil, pero en circunstancias si se puede, pero no va a hacer fácil...Eso implica conocer el mercado.

La adenda habrá siempre.... Yo soy enemigo de decir: prohibido las adendas porque no puedes hacer un pie forzado de las cosas uno no ve el futuro... uno no sabe lo que va a pasar mañana...

El gran tema aquí es que hay errores conceptuales.

¿Qué es un estudio? Muchos se llenan la boca diciendo hay que hacer unos buenos estudios.

Muriel: o a qué nivel lo sacas...

A qué nivel lo sacas porque eso elimina las adendas, jamás vas a eliminar una adenda porque un estudio por más bueno que sea siempre sigue siendo una muestra. El estudio es una muestra, mientras más grande es la muestra, más preciso es tu estudio y te acerca más a la realidad del proyecto.

Nunca vas a saber cuánto cuesta, entonces tienes 2 opciones: haces un buen estudio para aproximarte a lo que cuesta y aun así le agregas un margen de contingencia. En la práctica en el estudio muchas veces se termina poniendo un costo mucho mayor del que realmente es por el temor de que te cueste más. No vez que con ese valor tú haces tú modelo financiero. Imagínate que tu estudio sale por 500 millones te queda la duda...? ¿pero y si cuesta más? entonces le pones 550 millones, y si cuesta más....

Al final los que participan en una licitación ponen una inversión bastante alta. Los riesgos que ya proveen los costean. Pero ellos saben que hay cosas que pueden aparecer porque nadie sabe lo que pueda pasar. Al final te cuadra tu modelo, a la hora que se materializa el riesgo.

Por eso siempre van a ver adendas. El tema es a ver muéstrame tu modelo quiero ver que has hecho...a ver...no acá tú ya habías previsto 100 millones.... Y aquí se te han materializado solo 5...no pero eso es para otra cosa...no...Agótate los 100 millones y después hablamos, esa capacidad falta, estoy dándote un ejemplo simple, no te digo que así sea. Por la asimetría de la información o desconocimiento que hay entre el sector privado y el Estado muchas veces se piden adendas innecesarias pero a veces son necesarias y el Estado no las otorga por el temor a ser juzgados después o el temor no estar seguro de que realmente esa adenda la necesita. A lo mejor si se necesitan...el de acá dirá: Algo habrá ahí que no me quiere decir y yo no la estoy viendo mejor le digo que no... o la alargo.... la alargo.

¿Quién se perjudica al final?... el país...por la falta de conocimiento, por la falta información, por la falta de experiencia a veces del Estado y también hay que decirlo y a veces la viveza del sector privado...la oportunidad de poder sacar algo más...El tema de la corrupción. Ha originado que esto ocurra ahora. Todo está paralizado, para mi esa es la conclusión.

El tema es capacidad.

Al funcionario público no lo puedes tener con una pistola en la cabeza porque si no, no decide nada. Entonces digo no a todo, sigo ganando mi sueldo 10 años y no pasa nada.

Muriel: las entidades financieras tienen un rol en la etapa de financiamiento cuando se va a ejecutar la obra y antes para evaluar en el proceso de promoción de todo el proyecto.

Ellos deberían conocer.

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

El MEF y el actual Proinversión busca que el postor ya vaya casado con su banco.

Y otra vez regresamos al concepto.

En un proceso de promoción Proinversión por más que gaste recursos en hacer estudios. Jamás va a tener el estudio definitivo, el estudio definitivo se lo encarga al concesionario... si no mejor que haga obras públicas, en obras públicas el Estado hace su estudio definitivo y es costo para el constructor en toda obra pública y el Estado asume todos los riesgos.

El Estado dice: yo hago mi estudio definitivo, yo quiero está carretera así, o quiero mi edificio así. Y el constructor viene y hace lo que tú le has puesto. Y si encuentra errores te avisa y sale un adicional.

Vamos a suponer que el constructor sea químicamente puro y haga exactamente lo que le dicen y no te cobre ningún adicional. Cualquier falla que haya es culpa del Estado porque el constructor dice yo hice lo que decía tu expediente. El riesgo lo asume el Estado.

Con ese temor que hace el constructor es sacarte adicionales y te pone a sus expertos, y pone a sus peritos (a nivel internacional que cuestan) y lo pone por escrito y que hace el Estado acepta. ¿Quién tiene el sartén por el mango? El sector privado, porque el Estado no tiene la capacidad de decir no sabes no....

Yo, sí creo que el tema de las adendas no se va a reducir tan fácilmente, el tema de los Acreedores Permitidos que preguntabas yo sinceramente creo que no. Porque sabes que reduces competencia, esto va a originar en algún momento sobrecostos porque no todos están en capacidad de financiar una infraestructura grande, si es pequeña de repente. No todos están en capacidad.

A nivel internacional, no creas que Perú es ahhh..... hay tanta oferta, hay demanda fuera... Ese es un tema que hay que conocer también, a veces te cierras aquí en el Perú y crees que acá ya tienes la gran inversión. Para que tú puedas emitir bonos fuera en USA el pique mínimo es 300 millones de dólares, para que sea público. Pero allá salen piques de 500 de 800 de 1,500 2,000 o sea el de 300 es el último que tomarían. Entonces los estructuradores, los bancos de inversión no van a tomar el de Perú, un lugar que ni conocen, no se van a preocupar por eso cuando tienen un océano de proyectos para financiar.

Tenemos que ir a pedir....

¿Eso qué hace? te reduce la oferta del financiero, solamente los que ya conocen... y siempre son los mismos... entonces si tú obligas a que cada postor llegue con su financiero ya cerrado, primero necesitas un estudio definitivo antes de concursar porque ningún banco te cierra si es que no hay un estudio bien hecho. Pero ¿quién se va a atrever hacer un estudio que cuesta un montón de plata si todavía no ha ganado?

¿Qué es primero el huevo o la gallina? O sea no hay forma....

Muriel: y no se hace ahorita...

No se hace... han intentado, yo he asesorado varios proyectos donde a mí me han pedido eso y yo no he estado de acuerdo y me han dicho (por favor exigen las bases que...) he dicho no puedo pedir eso....

El día que ocurra eso es porque hay un solo postor, atenta contra la transparencia...

El mejor proyecto es hacerlo bien estructurado para que llame el apetito de muchos postores y muchos financistas.

Vamos a suponer que el postor A ya hablo con este financiero y si gano quiero que me prestes... si yo te voy a prestar... no le va a asegurar pero es muy probable que le preste... perfecto gana. Después que gana, salvo que haya firmado un acuerdo de exclusividad, sí se hacen pero es bien difícil ahí recién conversan. Pero el poder lo tiene el financista y no le va a bajar el costo. En cambio si él no hace el compromiso y sabe que su proyecto es bancable una vez que gana el que gano, el concesionario, tiene el poder somete a licitación de los financistas y baja el costo.

Muriel: todos esos bancos han tenido que evaluar el proyecto...

En realidad no lo hacen pues... ¿Tú sabes cuánto cuesta meterse en un contrato?

Muriel: Y de ahí solicitan cambios cuando ya hay un contrato firmado...

Sí ...solicitan cambios...

Muriel: Ahí están las adendas de bancabilidad...

Ahí están las adendas de bancabilidad.

Yo te acepto que en los primeros proyectos haya habido esas cosas. Hoy, ya no puede haber, hoy no debería haber. Porque ya hay experiencia suficiente...

Finalmente, sabes que... tiene que haber un momento que se diga no...no te doy la adenda. Yo me quiero sentar a hablar con tu banco, a ver que me demuestre a mí... Y si al final la adenda que quieren así se reduce así a buena hora porque a lo mejor necesitan una precisión, por términos de redacción.

Yo soy pro-inversión privada. Para mí, yo defiendo el mercado, defiendo al concesionario, al financista, al usuario. Pero desde el punto de vista que este bien hecho... tampoco el abuso. Sin embargo yo asesoro al Estado y decirle... Oye el mercado no es lo que tú crees.... pero mi labor es intermediación prácticamente...Pero yo...algún momento me gustaría asesorar al Estado para una adenda y decirle no va. Y el Estado debe tener la capacidad. Lo que pasa es que hay presión política, presión social.

Imagínate suspender un contrato de gran envergadura.... imagínate un contrato caducarlo... nadie se quiere compra ese problema, ningún funcionario quiere poner su firma...

Muriel: es retroceder un poco, ojo no van a ver adendas después, pregúntame todo ahora, luego no van a haber cambios...

Por eso es que, en otros países lo que se hace es, se adjudica y después se acuerda el precio.

Muriel: como que no hay una versión final antes, si no después?

Pero el problema que tenemos acá.... si tu abres esa ventana que adjudicas y después que le darán...Por un tema de corrupción.

Muriel: principio de competencia entre todos los postores antes o después...

Complicado tu tema no...

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Bueno, básicamente hay que tener un concepto claro.

Los Acreedores Permitidos no toman ningún riesgo, eso hay que tenerlo claro. Ellos no tienen por qué tomar ningún riesgo. Cuando digo ninguno de todos los previsible y los que te puedas imaginar. Ninguno, por eso que el costo financiero de una APPs es barato hablamos de 6% anual, 5% anual, porque no tienen esa prima de riesgo, porque ellos no tienen por qué asumir.

No es igual a un crédito hipotecario o un crédito pyme o un crédito de consumo, donde la banca si sabe dónde se está metiendo. La banca te presta a ti para tu carro. Sabe muy bien que le puedes dejar de pagar. Va a depender de si consigues chamba o que mantengas su chamba... y en tres años ese carro ya no sirve. Ahí está tomando un riesgo la banca y por eso te cobra.

Cuando tú vas a las microfinanzas y te cobra 100% al año, 80% al año de tasa de interés porque saben que varios de esos no van a pagar... ya saben.

Te doy a 12 cuotas con que me pagues hasta la 8 cuota ya estoy feliz las otras 4 ya están en el 80% ya están previstas. Pero aquí es otra cosa es otro tema. Ellos no toman ningún riesgo.

Entonces, ellos leen el contrato con una lupa, donde huelen riesgos y piden modificación. Así sea una coma, piden modificación... no me precisas esto. Porque no tiene por qué tomar riesgos. La banca va a decir, salvo que tú me lo garantices, se lo dice al concesionario, pero es diferente....

Tú eres el concesionario, yo soy el financista, acá está el Estado.

Al final el contrato, es una forma que el Estado consiga financiación a través de la concesión, lo ves así o no? la obra de infraestructura es del Estado, el tren , la línea 2 del metro, los aeropuertos son del Estado. ¿Quién tiene la obligación de hacerlo? ¿el Estado? Si lo quiere hacer el Estado como obra pública...lo hace con sus recursos o va y se endeuda. Pero después lo tiene que mantener operativo. El problema de esto es que la obra puede ser pésima: puentes que se caen etc. El Estado dice: otra vez tema de riesgos, yo quiero dar un buen servicio. Yo como Estado quiero asegurarme de que este túnel me dure 100 años. Y un privado que lo maneje...concesionario. Y se quita una carga de encima el Estado, pero eso cuesta.

Muriel: porque eso es tarea del Estado...

Eso es tarea del Estado.

El MEF ya se olvidó que es una tarea del Estado, y cree que esto es un negocio entre privados. Yo me desespero, sorry ...es un error de conceptos. APPs es un medio, no es el fin. El fin es el servicio público, si el Estado quiere dar un buen servicio público, usa al privado y tiene que pagar.

Yo sí he vivido en la época en que el Estado tenía la telefonía, era un desastre, tú pedías un teléfono, te atendían a los 6 meses, ahora lo tienes en 3 días, hay competencia, empresa privada.

Tema eléctrico en el Perú no era un sistema interconectados, eran sistemas aislados y no tenías luz todo el día, hasta que se privatizó...

Es el costo que el Estado paga por dar un bien servicio.

El banco dice: esto para mí es un riesgo, entonces hay dos opciones aparentemente, el Estado lo aclara para que le riesgo lo asuma el Estado, o el privado se lo garantiza al banco, pero ahí es otra evaluación, ahí tienes que evaluar al concesionario y el concesionario depende de su matriz y ellos tienen un riesgo diferente del riesgo del Estado.

Muriel: claro, porque están evaluando el riesgo del proyecto...¿y otra cosa es el riesgo del Estado?

Lo que pasa es que cuando tú evalúas el proyecto con riesgo Estado es diferente, el riesgo Estado es diferente que el riesgo corporativo de una empresa.

El riesgo Estado es el menor de todos los riesgos en un país, el riesgo corporativo es el riesgo Estado más un spread.

Cuando el Acreedor Permitido quiere una precisión es porque el asume que hay un riesgo que el asume no va a cobrar, porque finalmente el riesgo se traduce en dinero, ah aquí puede ser que yo no cobre, ¿quién me lo paga? entonces el concesionario dice que te lo pague el Estado, ah entonces adenda, porque si el concesionario diría yo te lo pago no necesitaría adenda, en ese momento viene la evaluación al concesionario a su matriz y a todo su historial y además el costo sube. Y podría darse que no se cierre el financiamiento te das cuenta...

Eso no lo tienen muy claro muchos acá.

Muriel: Es más rápido ir por adenda...

Es más rápido, más fácil para todo ir por el Estado.

Muriel: y el porcentaje de cancelación es de 6% de proyectos. Es muy difícil que el Estado no firme las adendas...siempre dice que sí...porque no le conviene que se suspendan...

Que no se suspendan es una razón...

Yo sí creo que hay pedidos de adendas muy abusivos. Pero no hemos tenido la capacidad de demostrar que es abusivo y poner un alto.

En la etapa de promoción es diferente, los postores piden todo, porque es válido que haya un proceso de observaciones del contrato. En el proceso de adenda ya no tienes competencias tienes uno al frente.

Yo creo que se regula con una competencia, se me ocurriría... debes tener otro al costado dispuesto hacerlo.

Muriel: o sino va el segundo que quedo calificado...

Eso puede ser una salida...mientras tengas otro que te pueda quitar el negocio... el negocio uno se mete cuando hay riesgo...Uno quisiera tener el negocio sin riesgos y ganar mucho... pero siempre hay riesgos y hay que saber cómo vas a manejarlo...

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Yo no creo que se pueda eliminar... pero siempre es posible reducir el número de adendas.

Ojo que el número de adendas va a aumentar en la medida que más riesgos se traslade al privado en el proceso contractual, y actualmente hay una tendencia muy fuerte de trasladar riesgos al privado, eso va a originar más adendas... por más que tú le pongas candados... va a originar más adendas... eso es así.

Es que mira hay un concepto acá...no sé tú has llevado Project finance?

Muriel: sí, conozco el concepto.

Ya, es que ese es el principio básico para las APPs el Project finance.

Muriel: ¿es cierto que en carreteras no se han ejecutado proyectos con Project finance? en carreteras por ejemplo

¿Quién dice eso? Eso lo dice el MEF....

Muriel: he entrevistado profesores de la universidad y me han dicho que en carreteras no se han hecho Project finance...

Así.... No sé...

El concepto de Project finance es que el proyecto se paga con los flujos de caja del proyecto, y no necesitas garantías de los promotores, un concesionario arma el SPV, pero la matriz no tiene por qué garantizarla a la SPV nace de cero, nace sólo para el proyecto.

En el Perú pocas carreteras son autosostenibles. El mejor ejemplo del Project finance son las carreteras de la municipalidad. Donde seguramente los que te han dicho que no, no han visto estas carreteras. Como el concedente es la municipalidad de Lima la garantía de la municipalidad no sirve para los bancos por que la municipalidad no tiene plata. A todo el mundo le interesa que el que garantice sea el Estado, el gobierno central. Por lo tanto, con qué se están garantizando esas carreteras? Con sus flujos de caja del proyecto. Entonces los bancos entran porque hay buen flujo de caja, no porque la municipalidad lo garantice.

Por eso es que cuando sale el tema que quieren quitar la caseta.... Ciérrale la caseta... Ahí hay un riesgo materializado... porque obviamente debe ser un riesgo previsto... ¿Qué pasa si cierran la caseta? entonces ahí si tiene que compensar la municipalidad porque ya estaba previsto.

En las otras carreteras donde te han dicho que no hay Project finance es porque no hay una demanda suficiente. Tú te vas a la Longitudinal de la Sierra, ¿Cuántos carros pasan? ¿Tú crees que eso aguanta 500 millones de dólares?... No lo aguanta.

Muriel: ¿y no hay pagos adelantados?

Ahí lo que tienes que decir es que el Estado te garantiza el ingreso.

Muriel: ¿ahí están los RPI y RPMO?

Sí, ahí están o el PAO y el PAMO en las IIRSA. ¿Por qué se pone el PAO y el PAMO? porque la demanda sólo te genera un ingreso muy por debajo. Entonces ahí viene el tema es Project finance o no es Project finance.

Los que dicen que no es Project finance es porque lo garantiza el Estado. Pero si no hay garantía... nadie te va a hacer la obra. Porque este flujo de acá no te paga ni para el té. Entonces no puede ser APPs, si quieres no lo hagas como APPs. Pero si decidiese hacerlo como APPs, al privado le tienes que garantizar un ingreso que recupere su inversión y su operación.

Y finalmente el sponsor no está garantizando nada, el sponsor mira un flujo, el banco mira un flujo. ¿De quién viene del flujo? del Estado.... entonces el flujo si paga el proyecto entonces,

por ese lado si es Project finance... Los que dicen que no es Project finance es porque no hay un flujo directo del peaje si quieres. Claro pero... ¿Cuántas carreteras puedes tener tanta demanda para que pague una inversión como las rutas de lima o línea amarilla?

¿Quién hubiera hecho la línea amarilla, has usado el túnel?

Muriel : ¿La que va al Callao?

Muriel : Sí. La del aeropuerto

¿Quién haría eso? y ahí no hay garantía del Estado.

Muriel: todo es flujo...

Todo es flujo... y ¿Cuántos pasan por ahí... tú has pasado?

Muriel: Yo he pasado ...pero siempre está vacía

Siempre está vacía... ahí se pelaron y ya pusieron la inversión.

Muriel: ¿y no hay pagos adelantados?

Nada...

La inversión que han puesto ahí viene de los otros peajes que tienen... menos mal que tienen otros peajes...

Pero eso es parte del juego, es parte del proyecto...no está mal. Los que usan eso pagan dos peajes (pagas peaje llegando a Surco y pagas ese peaje llegando al aeropuerto) pero te cuesta S/.11.00 y pico entonces la gente no lo paga... eso es Project finance puro si quieres.

Yo le llamaría Project finance puro y Project finance simple. El PAO y el PAMO para mí sí es un Project finance.

Muriel: porque al final las entidades financieras...

Viven de ese flujo que no viene de la demanda ...

Muriel: no importa que sea de la demanda o del Estado...yo estoy recibiendo...

Y no le piden garantías al sponsor.

Muriel: Porque aparte...Piden otras garantías...si es que no ven los flujos futuros...

Eso cubre todo. Porque lo que pasa es que la tendencia no usa Project finance. No usan Project finance cuando habiendo mucha demanda, o sea mucho flujo, tipo Línea Amarilla, el Estado le garantiza algo, ahí le diría yo estas garantizando innecesariamente. Pero si no hay flujo entonces no hay proyecto, pero el Estado quiere el proyecto. Tiene dos opciones el Estado: o lo pagas como obra pública y te encargas de operar y mantener, o lo das en APPs pero

garantizas un ingreso, es como comprar al crédito. Pero en ambos casos el proyecto se paga del flujo. Solo que en el segundo caso es flujo garantizado por el Estado.

Muriel: lo del aeropuerto es Project finance

Es total, ahí hasta sobró plata para los aeropuertos en provincias... ya no hay muchos proyectos así.

Muriel: el privado no recibe nada cuando están construyendo...en cambio las carreteras...alguna si les pagan cuando están construyendo.

No les pagan nada, lo que pasa es que te van reconociendo hitos, te van reconociendo el pago.

Muriel: ¿Esos pagos adelantados son cuando están construyendo?

No son pagos adelantados, son reconocimientos de obra, son certificados. O sea tú tienes una construcción y a partir de aquí tú vas a recibir tu RPI, a partir de aquí del año 4. Conforme tú avanzas te dan un certificado en donde te dicen avanzaste 10 % te reconozco el 10% de esto. Pero no es que el Estado te lo pague, sino te da un certificado y, ¿qué haces con ese certificado? te vas al banco y descuentas el flujo futuro. Es una operación estrictamente financiera.

Tú con ese certificado, tú dices: El Estado ya me reconoció que tengo derecho al 10% de ese RPI que voy a empezar cobrar en 4 años durante 15 más.

Ah, como es el Estado el que ha prometido yo le creo al Estado, porque el Estado peruano es buen pagador, no es Venezuela. Perfecto te doy el valor presente, te descuento los flujos. Es como descontar letras. Pero la plata viene de la banca y con esa plata construyes tu pedazo de obra y así...Pero no es que le pague el Estado le reconoce si...pero de todas maneras hay un riesgo.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Nuevamente, yo te digo evitar nunca vas a poder hacerlo, lo que sí puedes hacer es reducir, yo no creo que se puedan eliminar las adendas de bancabilidad porque aquí hay un principio básico: la obra, la infraestructura es del Estado, y el privado es un intermediario que obviamente por ese servicio de construir y operar debe tener una rentabilidad.

Pero en el eventual caso esa obra no le pertenece, no es como un negocio privado. En donde tú dices, yo construyo mi edificio y es mi edificio. Si al final no logro alquilar como yo esperaba, lo vendo y recupero al menos el costo aunque no gane... pero ahí no.

Ahí el concesionario te construye el tren y no es de él...puso 1,500 millones y no es de él...es mucho más riesgo, se está endeudando por algo que no le pertenece. Sólo porque el confía en que el Estado le va a pagar o a garantizar un ingreso, el día que se rompa esa confianza no va a ver APPs, no va a ver privados que apuesten.

Ese es el concepto que hay que tener en cuenta. Muchas veces la gente que opina y dice es que los contratos están mal hechos, los ponen como si fueran 2 contratos privados en donde efectivamente cada uno tiene como cubrirse.

¿Cómo reduces la bancabilidad?

Yo sí soy enemigo de tanta norma, hay una feria normativa, cada 6 meses cambian las normas. Pretenden educar el mercado con normas. Eso así no funciona. Al contrato hay que desregularlo un poco. Debes tener mucha competencia, el proyecto tiene que ser hecho para que haya competencia.

Cuando no hay mucha competencia, si solo tiene 1 postor, un máximo 2 postores, eso significa que el proyecto no es muy atractivo. Al no ser atractivo tiene muchos riesgos y entonces el que gane tiene el sartén por el mango. Y después va a tratar de renegociar y si le pusiste candados... siempre hay una válvula de escape.

Muriel: el hecho sobreviniente...

Por ahí te lo va a justificar con un estudio de abogados de primer nivel del mundo y te va a decir que es un hecho sobreviniente.

Siempre te dejan la válvula de escape...Ellos saben que no pueden ponerle candado porque simplemente no adjudicas nada. Dime ¿Cuántos se han adjudicado en este gobierno últimamente? ...nada, solo se han adjudicado la carnecita de proyectos de telecomunicaciones...nada más.

Pero proyectos importantes...ninguno. No se va a adjudicar ninguno porque le están poniendo candados a todos lados. Entonces mucha competencia, transparencia y hay otra cosa mucho más difícil es: Concientizar a los funcionarios del Estado de cómo funciona el mercado, que tengan experiencia en ese tema que no sólo sean conceptuales y teóricos. Tienen que ser conscientes de cómo funciona el mercado.

Y que cuando alguien venga con su adenda deben tener a un equipo capacitado o contratar alguna consultoría capacitada cuyo objetivo sea minimizar la exposición de riesgo ante esa adenda.

En el momento que alguien pide una adenda tiene que ser una adenda justa estrictamente justa. Tiene que el Estado tener la capacidad de llegar a los acreedores permitidos y sentarse hablar con ellos. Porque a lo mejor, el acreedor permitido te dice: si a mí el concesionario me da esta garantía yo voy, entonces el Estado dice ¿Tú garantizas.... Acaso no confías en tu proyecto que te quieres ahorrar ese costo...? entonces... Ahí hay información suelta que no se está diciendo... ahí hay que meterse....

Eso es así y no regularlo.

Muriel: Mucha más interacción con los involucrados...

Obviamente pero con niveles adecuados.

Muriel: un proceso más abierto, mayor promoción, participación de las entidades financieras antes de la firma del contrato que de alguna manera manifiesten los riesgos, las preocupaciones que tienes, oye dímelo ahora o calla para siempre porque después no me vas a pedir modificaciones a los 3 meses...

Y esa adenda se demora un año en darse.

Así es...

7.2.3 Eldda Bravo

Datos Generales:

Fecha: 07/03/19

Hora: 10 am

Lugar: Universidad ESAN

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

De mi experiencia, he visto que las negociaciones se han debido a que ha habido de alguna manera ofertas temerarias. Entonces, el adjudicatario ha dicho que: Yo me lanzo ahorita con un número pero yo sé que después lo voy a poder renegociar. Y otras veces creo que ha sido, porque no se ha recogido la experiencia de la ejecución del contrato y realmente yo te hablo desde el punto de vista el agente promotor porque yo toda mi vida he estado en Proinversión. Y no es por el agente promotor si no básicamente por los sectores y básicamente y específicamente por el MEF, porque el ministerio a la hora que diseña con nosotros el proyecto él tiene un esquema buscando siempre guardar recurso.

Muriel: como conservador...

Como conservador, y así saca su proyecto y así da su opinión sobre ese tipo. Por más que nosotros, el agente promotor le dice la experiencia nos dice: de acuerdo a lo que hemos visto en las adendas que esto no va. Y te doy un ejemplo, el ejemplo de Chinchero.

En Chinchero, en una primera etapa lo que dijimos fue que el modelo financiero fuera por menor cofinanciamiento, no me acuerdo exactamente el detalle Muriel, se le dio un esquema distinto en base a las experiencias del primer y segundo grupo de aeropuertos. Y el MEF dijo no, por ahí no vamos porque acá nosotros tenemos que priorizar los recursos del Estado...

Finalmente, cuando llegamos a la etapa, te das cuenta que el concurso se cayó y ¿por qué se cayó?, primero para mí porque fue un postor con una oferta temeraria que se basó, que se colgó de por ahí de un vacío... Porque tampoco nadie es perfecto...

Primero, hizo una oferta temeraria y terminó colgándose de eso.

El diseño que se propuso era diferente, pero el MEF en su condición de cuidador de recursos no permitió modificar el sistema financiero. Yo creo que se debe básicamente... y muchas veces porque no se toma las experiencias de ejecución contractual. Porque una cosa es el funcionario público que está con su sombrero de diseñador de procesos y otra cosa cuando está sentado ejecutando un contrato, que trata de que definitivamente... siga adelante la obra.

Muriel: Claro porque primero es Proinversión quien diseña todo el proceso de promoción y de ahí se pasa el proyecto al sector, ya el contrato y el contrato ya se ejecuta sector y regulador.

Recién ahora en la última modificación Proinversión va a entrar justamente para el esquema financiero en el caso de Acreedores permitidos o endeudamiento garantizado permitido ahí recién Proinversión opina porque tiene el diseño.

Muriel: porque tiene todo el backup...

Exacto. En la penúltima norma ya se dieron cuenta que Proinversión tenía que participar de esto.

Muriel: y bueno en general las causas pueden ser aspectos técnicos, de repente hay solicitudes que se tienen que modificar los estudios de ingeniería o expropiaciones.

Acuérdate que los procesos de promociones de inversión privada los últimos son cofinanciados y los proyectos... los estudios están a cargo del ente privado con todas las aprobaciones y finalmente el concesionario es quién se encarga de elaborarlos y efectivamente en el camino puede encontrar algo que con los estudios de Proinversión de repente no se habían identificado lo que hace que tengas que cambiar, modificar el contrato en la parte técnica.

Muriel: y Ud. ha visto alguna vez solicitudes por cierre financiero?

No, yo no he llegado a ver eso.

Muriel: ¿eso ya lo ve el sector no?

Claro ya lo ve el sector. Pero ahora como te repito Proinversión opina, interviene creo que hasta aprueba... llega a aprobar...

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Lo que hace el agente promotor es reunirse con los agentes financieros para poder tomar sus expectativas sus requisitos, como ellos verían mejor estructurar el proyecto para poder disponer de recursos para el financiamiento. Eso hace el agente promotor. Se reúnen.

Muriel: y con bancos en general o el que viene con el postor?

No, en general convoca a bancos nacionales e internacionales.

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Sí, ha habido, pero todo se hace a través del postor, es el que emite sus sugerencias, no es el financiero el que directamente sugiere, si no a través de él.

Pero sí hay postores que vienen con el equipo completo.

Muriel: porque supuestamente el banco puede decir “no te acompaño porque es un costo mayor para mí porque todavía no has ganado la buena pro”

Exactamente, pero viene un socio que le va a cuidar las espaldas financieras.

Muriel: y esas solicitudes u observaciones que le dan, Uds. generalmente las acogen...no las acogen...lo que normalmente se da en la práctica?

Lo que se hace es analizar completamente todas las sugerencias que te dan los postores y se acogen algunas, las otras no, lo que sí no se hacía, al menos era sustentar porque no hacia el postor porque al finalmente decíamos: tú me das sugerencia y yo veo si las acojo o no, y no tengo porque justificar porque no. Salvo que me pidas o nos pidas una reunión, entonces ahí se les explica porque no.

Pero cuando va a Concejo Directivo para aprobación si es que hubiera alguna modificación que sea en mérito a esta sugerencia, ahí si hay que sustentar porque la estamos acogiendo.

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Y luego una vez firmado el contrato después recién están solicitando estas modificaciones, cuando ha habido todo un proceso para hacerse. Claro es justamente por eso como te digo algunos son temerarios. Otros porque el propio Estado no les acogen...Igual se van pensando en la ejecución, como el Estado no va a permitir que se les caiga fácilmente un contrato van a obtener una modificación.

Yo creo que juegan a eso y eso es lo que hemos visto, fuera de todo lo que lamentablemente se ha visto en Perú.

Muriel: ¿Ud. cree que después se va a modificar?

Si, exacto.

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Yo creo que ahora que sí...porque es más...parte del proceso ... incluso antes del diseño es sentarte con aquellos posibles interesados y dentro de esos posibles interesados puedes tener a tus financieros...Y empiezas a sondear en el mercado cómo para ellos podría ser atractivo el proyecto para ser financiado, entonces yo creo que con esa medida de alguna manera se podría atenuar... y siempre lógicamente que no solo el agente promotor sino también el MEF que es el que básicamente el que tamiza estos temas, este dispuesto a acoger con ojos diferentes.

Muriel: porque al final.... Si Uds. por ejemplo...un banco o financista les da sugerencias y Uds. creen que también se podrían acoger...pero el MEF también tiene que dar el sí...

Acuérdate que el MEF opina sobre proyectos de contrato, contrato de versión final...

Muriel: hasta antes....

Claro... entra todo...opinan sobre...Se meten en bases, en informes de evaluación...Opina sobre todo

Muriel: entonces Ud. cree que están frenando ahí?

Yo creo que el MEF debería de ser mucho más abierto. En la etapa de estructuración ser más abiertos para escuchar y acoger y evitarse luego las adendas que acarreen también responsabilidad.

Muriel: ...y suspensión de proyectos, más costos...y retrasos...

Exactamente

Muriel: haces desconfiar de un mecanismo que de alguna manera sí ayuda... principal...

Todo lo que es el proceso de promoción de la inversión privada es lo que ha levantado el país estos últimos veintitantos años.

En los 80, yo ya había terminado la universidad, y estaba por casarme y habíamos mandado hacer nuestro juego de dormitorio que por decirte costaba 1,500 y había en un shock terrible que al día siguiente esos 1,500 eran nada... el pobre carpintero no pudo darles el trabajo porque los 1,500 que les dijés no me alcanzaba ni para una pata de las camas...así estaba el país.

Si no hubiese sido por esa herramienta, este país no hubiese seguido... insertándonos a la economía...

Muriel: y ahora de alguna manera la sociedad lo ve como corrupción...lamentablemente se ve así...

Lamentablemente es por malos funcionarios que ni siquiera estuvieron en el diseño, que es lo más triste...Yo empecé mi carrera casi en COPRI...yo me gradué y a los 3 años ingrese a COPRI y te diré que para mí pareció una estructura muy sólida que no te permitía ningún tipo de interferencias.

Tenías un equipo técnico, sobre este equipo técnico tenías un comité sobre este comité tenías una Dirección Ejecutiva con otro equipo de profesionales que revisaban lo que hacías y sobre este iba el Consejo Directivo.

Entonces, para que desde abajo tú pudieras meter algo que el de arriba quería era bien difícil... porque tenías que pasar varios tamices...y otra cosa, que los comités eran integrados por gente privada básicamente no por funcionarios públicos, no era aquel que era Director de Concesiones o Director de Economía el que integraba el comité, no integraba el comité alguien que tenía o una empresa privada o formaba parte del directorio de una empresa privada y su visión era diferente también.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Lo que yo te decía me parece un buen punto de esta última norma... de estas dos últimas

Convocar a los posibles interesados dentro de estos a los financieros para que den sus inputs y sus apreciaciones de como estructurar el proyecto para que les resulte a ellos interesante financiarlos... yo creo que por ahí vamos...

Y luego con relación también a los sectores yo creo que los sectores deberían al momento de aprobar o de opinar deberían de pensar más que en la responsabilidad en ese momento del diseño si no pensar en que tienen que hacer un contrato bancable y que permita ser ejecutado sin ningún problema.

Eso les falta a los funcionarios pensar en que ese proyecto no es para ahorita es un proyecto que tiene que ejecutarse y no porque si opinan ahorita van a sumir responsabilidad por lo tanto sabes que yo me voy por lo más estrecho que al final va a resultar pues en un proyecto inejecutable y que te lleva a adendas...

Otro punto que también es importante, y es que te lo habló yo desde cuando estaba en Proinversión que ha sido hasta el año pasado...

Qué el órgano regulador tiene mucha experiencia en la ejecución del contrato y él es el que recoge ha supervisado ha visto donde están los errores

El órgano regulador no opina cuando le toca opinar que es justamente en versiones preliminares, tú le mandas y le dices mira dame tú opinión, no legalmente y le dices oye mira

Muriel: no vinculante

No vinculante pero incluso antes de llegar a ese punto... tú vas trabajándolo, opina de acuerdo a lo que has visto. No...Se guardan...o si te dan te dicen: si te lo doy pero no te digo que después yo te lo pueda aceptar ah...

No hay una colaboración... No hay compromiso...Porque el regulador tiene mucho que dar, él es el que supervisa y ve a los dos, ve al concesionario y ve al concedente, tiene la visualización total del contrato. Y finalmente es el neutral pero también cual ha sido el error del regulador. El regulador cuando se creó se creó como un ente imparcial por eso es que depende de la Presidencia de Consejo de Ministro. Y por eso es que cuando se nombra a sus directores, se nombra a sus directores por un periodo "x" y nadie los puede sacar así haya un cambio de gobierno no...

¿Por qué? ¿Cuál es la imagen que se quiere dar? al menos desde que nació, es que sea un ente totalmente imparcial, que el privado que viene a invertir al país se sienta de alguna manera respaldado de que haya alguien que va a escucharlo y que a va a poner y evaluar bien su posición y su parte en este contrato de concesión.

Pero desde hace unos 5 años más o menos el regulador ha cambiado su chip y el regulador se siente que él tiene que velar por el Estado cuando no es así. Entonces ha tergiversado su papel...

Y yo creo también ha sido consecuencia de la gran Contraloría que también tiene su parte o sea gente que desconoce lo que son asociaciones público privadas lo que son procesos de promoción...empiezan a comparar con obras públicas y entonces empiezan a sancionar a medio Perú.

Muriel: y ya las sanciones hacen que los funcionarios no hagan nada...

Exactamente, no fluyen y encima te arruinan porque le han cambiado el chip al órgano regulador, te habló de OSITRAN estrictamente... Lo mismo lo he visto en OSINERMINA... Son dos entidades que yo he trabajado, porque yo he visto procesos de transporte y después he estado durante año y medio en el Ministerio de Energía y Minas viendo proyectos de Energía y Minas.

Entonces he tenido interrelación desde el concedente, con el órgano regulador y el órgano regulador tiene su chip totalmente estatal... pero no es así.

Muriel: sí, yo creo que también eso se está dejando de lado

Exacto, no se está viendo eso

Muriel: y las funciones de Proinversión y MEF también se ha discutido bastante...

Lo que pasa es que a Proinversión le han quitado muchísimo, yo creo que ahorita Proinversión ha quedado básicamente como un ente profesionalmente, hasta MEF quiere hacer plantillas de contratos o sea...

Muriel: Pero si Proinversión es el que tiene la experiencia y capacidad supuestamente técnica creo que el MEF tiene una dirección de cuántas personas?

Pero bueno así es... así lo han diseñado. Así están desde el 1224. Proinversión está cayendo cada día más, y yo que ahora estoy afuera que escucho al privado hablar de ello, de Proinversión dicen: Bueno yo ya que voy a Proinversión, si el que hace todo es el MEF, bueno quién hace entre comillas...

7.2.4 Sergio Bravo

Datos Generales:

Fecha: 13/12/18

Hora: 3:00pm

Lugar: Universidad ESAN

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

Cuando uno estructura un contrato, en general la perspectiva del contrato es de 30 años, 20 años, 25 años, dependiendo de lo que finalmente se pacta en cada proceso, entonces uno debe establecer en el contrato lo que podría pasar en esos 20 años o 30 años, lo cual es complicado, pero se hace los mejores esfuerzos para que eso se logre.

El contrato tiene esencia viva, yo puedo hacer un aeropuerto que crece más allá de lo debido, o una carretera que se satura o una carretera que no tiene mucho tráfico, por lo que no necesariamente lo que se ha previsto en los estudios termina cumpliéndose, por lo tanto necesitas siempre ajustes.

Uno de los grandes temas de la elaboración del contrato de concesión es que los que elaboran los contratos se niegan a estar en todas las situaciones y a hacer un contrato estructurado, es decir, que prevea en cada situación una respuesta contractual, por lo general lo dejan al trato directo o solución de controversias, todos los mecanismos que el contrato trae. Por lo cual,

cuando tienes un funcionario ya administrando un contrato le es muy complicado hacer esos tratos directos porque fueron términos del concurso que pudo haberse previsto en el contrato original, entonces complica bastante hacer cambios.

Entonces, los cambios siempre van a haber, lo importante es que haya menor cantidad de cambios, y eso depende de cómo estructuras el contrato.

Una de las principales causas es la negación a una adecuada asignación de riesgos, el Estado cree que puede trasladar todos los riesgos sin absolver todo lo que corresponden y cuando eso ocurre, ya gatilla y el riesgo apareció y genera controversia que se arregla vía trato directo o adenda, o se arregla vía arbitraje, pero de cualquier forma es un cambio al contrato original.

Si los riesgos ya están estructurados en el contrato, nunca van a haber problemas de adendas, si ya están previstos, salvo que quieran modificar la naturaleza del contrato, lo cual es otro tema. Si logras establecer todo lo que le corresponde a cada parte, ajustes, pagos, prórrogas, todo lo que corresponde a un evento, ya no hay adendas.

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Calificar el endeudamiento previsto, si es bancable o no es bancable, ellos definen si van a poner el dinero, si van a poder vender bonos o no van a poder vender bonos, si ponen o no el préstamo, en general ellos califican el proyecto, los riesgos asociados al financiamiento y por lo tanto determinan si es o no bancable.

¿Es posible que los Acreedores Permitidos puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

No hay postor que vaya a ir a un concurso sino ha consultado si el financiamiento es posible y cuánto costaría, el postor no va a poner una oferta si es que previamente no ha consultado con algún banco o estructurador. Eso les cuesta dinero, pero la mayoría lo asumen.

¿Por qué los Acreedores Permitidos solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Porque si todo ya estuviera preestablecido o si se hubiera hecho un contrato bancable, no pedirían nada. Te niegas a ceder ciertos derechos que reclama la banca y crees que la banca va a sumir los riesgos totales por el financiamiento, porque cree que el que corre el riesgo es el concesionario, pero el que corre el riesgo es la banca, entonces le niegas seguridades y lo que va a hacer es no prestar y si quiere prestar te va a pedir modificaciones.

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Ya no van a haber adendas de bancabilidad, en este contrato que estamos haciendo ya no hay adenda de bancabilidad. Esa es la idea. El contrato va a tener que nacer bancable.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Ya hemos hecho algunos cambios. Por ejemplo, que el cierre financiero no se dé si no hay terrenos saneados, que todos los permisos estén otorgados, todavía no es la perfección hay muchos que depende del Estado que no lo quieren asumir, pero bueno nos estamos acercando a un contrato mucho más bancable.

Entonces esos cambios ayudan, todo se posterga hasta que no se den los hechos precedentes, por lo tanto cuando el cierre financiero se da después de ello, es muy fácil financiarlo porque todo lo que les preocupa, por ejemplo, en la Línea 2, o en todos los procesos que veo, los terrenos no estaban debidamente expropiados o las interferencias debidamente acotadas, todo desaparece.

Comentarios Adicionales:

¿Cuáles son los principales cambios que solicitan las entidades financieras?

Se fijan en la seguridad, en el fondo lo que busca el banco es que su flujo de retorno este exonerado de todo riesgo, entonces el flujo de retorno depende de que la deuda sea lo suficiente para financiar todas las inversiones, es lo primero, y luego que ya se ha dado y si eso es suficiente, que el repago de ese financiamiento sea seguro. Si eso no se da ahí viene el problema.

Los más estrictos son los de la AFP o seguros, entonces ellos lo que dicen es “yo quiero como un bono pero que este exonerado de todo riesgo” “si lo penalizan o lo caducan a mi me sigues pagando”. Ellos no entran al negocio, son acreedores ciegos por eso ellos piden miles de papeles y lo que les importa es que sean seguros. Si por no expropiar se demora la obra, ellos están con el dinero anclado, entonces lo que hacen es no prestar el dinero, o tendrán que analizar nuevamente el financiamiento y los riesgos del contrato, es una nueva contingencia. En ese caso, y lo que pude hacer en este contrato, es que todo ese retraso se reconozca un ajuste de precios.

¿Por qué cree que no nacían los contratos bancables? ¿A pesar de tener los asesores financieros?

Porque no hacen caso, uno proponía cosas, uno iba al MEF y el miedo del MEF retornaba contratos y todos sin modificaciones, uno ve que sale el contrato, hay un ganador, y de pronto tenían la salida de las adendas de bancabilidad, y las mismas propuestas que se habían presentado antes al MEF, el ministerio recién procedía a incluirlas.

Hoy día eso está cambiando porque ya no hay otra oportunidad para hacer los cambios, para mi es bueno porque el contrato debe estar bien estructurado, pero casi todo ha sido porque el MEF ha retrocedido en las cosas que debió haber hecho bien. Ahora ya no lo puede hacer, son duros todavía, pero ya no tienen oportunidad de arreglar las cosas después.

¿Usted recomienda que los bancos se involucren más durante el proceso?

De hecho que eso debería ser, justo hubo una oportunidad ahora en el contrato que estoy viendo, de hacer un análisis de una clasificadora de riesgos, que también lo contratan los bancos, pero el tema es que ya por falta de tiempo, no se pudo contratar dicho análisis, pero dentro del proceso, Proinversión debe incluir un análisis de una clasificadora de riesgos que no sea para un banco en específico, sino que sirva para todos y sea imparcial.

7.2.5 Hernán Castañeda

Datos Generales:

Fecha: 15/04/19

Hora: 10 am

Lugar: Proinversión

Para usted, ¿cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

Saneamiento y superposición de predios, interferencias, permisología

Cierre financiero

Presupuestos mal estimados: en la etapa de formulación cada sector está a cargo de establecer el presupuesto para cada proyecto, sin embargo esto no se realiza de la manera adecuada, ni la estimación correcta del CAPEX.

Mal estructuración de los contratos

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Recién en la etapa de estructuración las entidades financieras tienen una participación con Proinversión, a través de roadshows, reuniones informativas, en donde opinan de los parámetros de bancabilidad de los proyectos, los convenants de los contratos, etc.

En ese sentido, durante la evaluación del proyecto, las entidades financieras conversan con Proinversión para medir la bancabilidad y proponer cambios y/o comentarios a las principales cláusulas de los contratos. Así, Proinversión contrasta la información que tiene con los parámetros del mercado.

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Sí, las entidades financieras acompañan a los postores, a través de los roadshows y feedback que puedan dar de la evaluación de los documentos del proyecto.

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Las razones son principalmente las mencionadas en la pregunta 1. En primer lugar, como consecuencia de la mala estimación del presupuesto en la etapa de formulación por parte del sector, los concesionarios y los financistas se dan cuenta que es necesario modificar ciertas cláusulas del contrato para conseguir los flujos que cubran la inversión asumida en el proyecto.

Asimismo, los financistas aseguran que las cláusulas del contrato tengan la flexibilidad para responder a ciertos eventos que le podrían causar contingencias a futuro, como por ejemplo penalidades o la caducidad del contrato.

En síntesis, las principales modificaciones son: (i) definición de Acreedores Permitidos, (ii) paquetes de garantías y (iii) toma de posesión de predios

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Ya no son posibles las adendas de bancabilidad, como consecuencia del cambio normativo.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Actualizar los conceptos técnicos y financieros. Definir y estandarizar conceptos, mientras más objetivos sean tendrán mejores resultados en la etapa de ejecución contractual. A la fecha, se van a emitir lineamientos para estandarizar cláusulas

7.2.6 Camilo Carrillo

Datos Generales:

Lugar: Videnza Consultores

Fecha: 08/03/19

Hora: 6pm

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

Hay una estadística que se ha hecho en varias presentaciones que tenía el MEF.... a ver puedo equivocarme en el número en exacto pero...cerca del 30 a 40% de las renegociaciones contractuales eran a raíz de ...había problemas de terrenos que no entregaba el Estado, hay varias concesiones en las cuales se ha firmado y el Estado se ha comprometido entregar 10 kilómetros, 20 kilómetros de terrenos para hacer carreteras, obras de irrigación, y no ha entregado nada y se comprometía a entregarlo en 6 meses con un proceso de expropiación de mora de año y medio entonces, ya de por si lo que firmaba el Estado estaba totalmente desfasado de la realidad. Eso obligaba a renunciar a las renegociaciones contractuales muchas veces.

Otra razón de las renegociaciones contractuales eran los llamados cierres financieros, que había problemas con el financiamiento, las cláusulas no estaban claras y era lo que ha obligado a adendas llamadas las adendas de bancabilidad. Esa es la mayoría de los problemas que hay. Los otros tipos de adendas son menores.

Muriel: y esas son las que se dan durante los 3 primeros años...

Es que no se pueden hacer otra adenda que no sean por eso.

Muriel: Pero supuestamente la regla general es que no debe haber adendas, salvo las 3 excepciones...justamente ha habido modificaciones durante ese lapso de tiempo...

Sí, después de los 3 años puede ser por que el Estado quiere que se haga obras adicionales y muchas veces se hacen esas cosas...

Si por cuestiones de no... más que por cuestiones de aspectos técnicos... por ejemplo: una carretera iba a pasar por el medio de una ciudad, normalmente pasa por la Panamericana, y se firmó la concesión hace 10 años y resulta que de los 10 años ahora ha habido tanta cantidad de invasión que ya es inviable... Para hacer ese evitamiento por ejemplo, claro el privado te va a decir: oye a mí me dijiste que iba a pasar por en medio de la ciudad ahora si tú quieres que haga 20 kilómetros más y que rodee la ciudad, es otro costo y tiene razón, entonces, es un adicional y pasa por adenda también.

Cambios de la realidad del proyecto, la mayoría es por temas de expropiación. O problemas con las cláusulas bancarias, que siempre también son un problema.

Ahora muchas de ellas eran también... eh... cuando es oportunista el privado porque te decía: No puedo hacer el cierre financiero porque el banco no me presta, entonces porque no has hecho un buen due diligence, no, no porque ah no me di cuenta... ya te habían fregado...

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Eso es lo malo... con la norma con la que estaba anteriormente con la 1012 y 1224, hasta antes de las modificatorias del año 2016 no la última si no la que ese hizo el 2016, tú permitías adendas por bancabilidad.

Claro te lo pongo de esta manera: para qué los postores van a mirar las cláusulas financieras con los bancos, si finalmente si el banco no le presta va a hacer una adenda con el Estado.

Estoy siendo exagerado, por qué el banco se tendría que sentar con el privado si el banco le iba a decir: oye perdóname, pero si yo no te presto plata tu arréglatelas con el gobierno haces tú adenda y ahí te presto. Eso es lo que te decía muchas conductas oportunistas también...

Porque por el lado del Estado tienes al estructurador, y el estructurador si puede ser depende que tan serio sea hace un análisis con el mercado a ver si estas cláusulas que van a poner son bancables ... Si el contrato es bancable por estas características, pero igual no es un banco. Los expertos son los bancos. Los que debían ir a hacer los que deberían revisar las cláusulas con el postor son los bancos que les van a prestar.

Así, el postor le dice yo quiero entrar a esta carretera yo debería ir llamar al banco ven conmigo siéntate conmigo y revisa el contrato, pero antes no era así, porque como podías renegociar después la venta para que el banco se iba a sentar, ahora con el cambio ya no te permite una adenda de bancabilidad, entonces si leíste mal, mala suerte te caduco el contrato.

Coloquialmente la pelota que está en cancha del Estado, ahora la pelota se la pasas al privado y le dices: mira yo te di todas oportunidades durante el contrato. Ahora como no te permito renegociar la adenda de bancabilidad, si tú no viste esa cláusula bien con tu banquero es tu problema, pero ahora si te obligo que tú te sientes y traigas al banquero y le digas: oye mira, sabes que con estas cláusulas de caducidad yo no te puedo prestar plata, así como está. Ah ya, antes de postular preguntas y en todo caso no postulas... no propones y te das cuenta de que no es bancable el proyecto.

Muriel: ¿y de alguna manera la coordinación y la intervención de estos bancos o financistas durante el proceso de estructuración ha sido dinámica ha sido buena...con Proinversión o MEF?

Es que no hay, como te digo, no había, yo te puedo decir lo que había hasta el año pasado, pero hasta el año pasado cuando recién cambio la norma, no había, o sea la interacción con el banco una vez que le empresa ganaba ahí volteaba y le decía banco présteme y el banco decía lo siento tu contrato es ambiguo no te presto.

Oye, yo gané, pero no me presta nadie, renegociemos y hagamos las famosas adendas de bancabilidad, entonces, eso es una conducta oportunista, ¿en qué sentido? en que el privado no ha sido completamente serio, con la base del contrato, ir al banco sentarse y decirle ¿tú me prestarías en caso es esto? No, no te prestaría.

Entonces, señores del MEF yo no postulo sino me cambian esta cláusula no puedo postular no voy a poder bancar mi proyecto. Antes no participaban ahora entiendo que están participando más.

Muriel: Entiendo que para estructurar el proyecto Proinversión necesita un consultor financiero para saber si es bancable o no.....

Totalmente de acuerdo. Proinversión tiene su estructurador que conoce y los privados también tienen su estructuradores que conocen.

Muriel: ¿y tienen opiniones diferentes?

No, no tienen opiniones diferentes.

Para todo efecto ninguno de los dos son bancos. El único que tiene el know-how al 100% es el banco. Claro que cuando Proinversión hace el contrato tiene un estructurador que es un financista que analiza y dice: esto debería ser bancable, va le consulta al banco le pregunta, si se supone que es una persona que sabe. En condiciones normales, tanto el estructurador de Proinversión como el estructurador que hace la oferta a nivel del privado, analizan la versión del contrato y dicen es o no es bancable y cámbiame esto y seguramente solucionan el 90% de los problemas. Igual, aunque sean muy buenos no van a hacer nunca el banco.

Aparte de lo que ellos conocen pueden tener otras motivaciones para decir: perdóname, pero esta todo al 99% pero por esta cláusula que está aquí yo no te presto, por esta cláusula no te presto. Y como esta cláusula no ha cambiado te obligo a renegociar.

Claro, que tanto Proinversión como los privados tienen sus estructuradores que conocen del tema bancario, pero por más que sean muy buenos, la experiencia dice que no son iguales que el banco. El banco era un tercero que esperaba sentadito y decía: firma y después vienes. Ahora el banco no puede hacer eso, porque si hace eso ya, no puede renegociar. Antes le decía no, no me gusta renegocia la cláusula 15, iba y renegociaba y se solucionaba el problema. Ahora, no se puede renegociar porque ya no se permiten las adendas de bancabilidad. Al no permitir la adenda de bancabilidad, la única manera que el privado postule es agarrar al banco llamarlo y decirle: revisa que te parece, tú léelo porque si no me quedo en el aire.

Muriel: y justamente esa es la tercera pregunta

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Muriel: porque entiendo, he entrevistado al sector privado, es un costo para ellos, que el banco vaya desde el inicio cuando no sabe ni siquiera si ha ganado la buena pro.

Tú tienes la respuesta. Si lo pueden hacer, pero es un riesgo que asume el privado que nadie le va a reconocer.

Muriel: Pero es por los 2 lados. El privado no lleva a alguien, el Estado sale perdiendo porque después van a haber adendas...

La forma como está ahora es mejor. Tú obligas al privado que se sienta con el banco. Si pero el banco te va a decir: pero qué seguridad me das que vas a ganar. El banco apuesta también, o sea yo estoy seguro de que invertir 50,000, 100,000 o 200,000 dólares en ayudar al privado en su propuesta, lo va a recibir cuando le preste 150 millones dólares, un quinto de punto porcentual, se come todos esos 150 millones invertidos. Entonces, es un costo, le cobrará una tasa de 5% sino le cobrará 5.25% y recuperará ese costo.

Muriel: va a ser un riesgo por los dos. Tanto por el banco y por el sector privado ahora, ir los dos y arriesgarse a analizar concretamente...

Es que, sino no gana, date cuenta de la otra figura, la otra figura es. Como pasó en Chinchero, el Estado firma, el privado gana, foto para todo el mundo, la población está feliz y a la hora que vas a comenzar. Uy mira, este, no puedo comenzar, porque tienes que cambiar esta cláusula.

Y que le pasa al Ministerio cuando viene el privado, el presidente se tomó la foto, la población está esperando que se inauguré y tú le dices: cámbiame la cláusula.

Muriel: está atado de manos...

Exactamente, para que no pase eso, ahora le dice: sabes que arréglatelas tú hermanito, pero acá me vienes con tu préstamo en la mano y no me vienes a cambiar nada y tiene lógica, tiene razón.

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Muriel: ¿No hay una matriz de riesgos?

Es que la matriz de riesgo por ejemplo son cláusulas de penalidad que no están claras. Tan simple como: ¿Qué cosa reconoces en la caducidad? La lógica te dice reconozco todas las inversiones, pero y si hay inversiones adicionales? ¿Las reconoce o no las reconoce? ¿Y si la obra fue de 100 pero el privado dijo yo voy a hacer el puerto? Pero parte de las obras adicionales que ofrece el privado para ganar, aparte de hacer el almacén de granos, el almacén de minerales, la oficina de aduanas, yo ofrezco hacer un almacén de verduras y yo ofrezco ser el segundo desembarcadero para brindar un servicio adicional. Está ofreciendo más servicios y como ofrece más servicios, por eso gana.

¿La cláusula de caducidad que tiene que reconocer? te va a decir el banco. ¿Tiene que reconocer las obras obligatorias y las adicionales? o sólo las obligatorias porque es diferente que el banco te diga: Yo necesito 300 millones para hacer las obras obligatorias y 100 millones para las obras adicionales. ¿Cómo me protejo? tú eres abogada, no se preocupe Sres. Banco, está la cláusula de caducidad, que en caso me pase una caducidad el Estado reconoce mi inversión. Oye aguanta, pero no está claro, te dice de reconocer las obligatorias pero las adicionales, y ¿si no te las reconoce? te preste 100 millones y contra que ... ah inclúyeme eso... Ah es que, ¿no está incluida? Ese es un ejemplo particular.

Es que es tanta la cantidad de variables que entran que...

Muriel: ¿y no siempre son los mismos parámetros para estandarizar todo esto?

Lo que pasa es que hay es principios, lo que hay es principios. ¿Cuál es el principio en esa cláusula de caducidad?

Si el Estado caduca, le paga 100% de la inversión al privado y si hay caducidad por culpa del Estado, el estado le paga el 100% al privado porque lo ha perjudicado y si es caducidad por culpa del concesionario el Estado le paga su inversión, pero lo castiga 10%, no le puede quitar el 100% porque sería confiscatorio, sino le devuelve el 90% y te castigo con 10% por incumplimiento de contrato, esa es la regla. Ya que en el contrato diga 10%, 15 % de castigo es marginal. La regla es yo te pago todo si es tuyo, o si es culpa mía, yo te pago el 90%.

Terminarías en una situación atípica en la cual al Estado le conviene caducar porque aunque le pagues 100% de las obras se las queda gratis. No tiene sentido jurídico darle un incentivo al Estado para caducar el contrato y confiscar no tiene ningún sentido. Ese tipo de definiciones no está claro a veces. Son tantas la cantidad de variables que se te puede pasar, por eso es necesaria la visión del banco. El banquero dice: no, yo no te presto mientras la cláusula no esté clara. Tiene que estar clarito todo.

Por eso se maneja con principios. Pero a eso súmale que son tres entidades del Estado las que lo revisan. Una entidad te puede decir: si pues lo que estamos conversando es lógico, pero tienes otra persona que te dice si pero no, no está en papel, si pues aunque no está en un papel, rige el principio universal del respeto a los contratos... No a mí no me interesa eso, aquí dice obras y yo obras son las obligatorias las adicionales no, no puedes hacer lo otro.

Muriel: no te quedas en la letra, sino anda más allá.

Es que eso de ahí un abogado, una persona normal lo entiende, y hay gente que no lo entiende.

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Muriel: Como comentaste ya no van a ver estas adendas de bancabilidad, han modificado y eliminado esta excepción, pero hechos sobrevinientes es un criterio bastante amplio y subjetivo...

Pero lo que pasa es que siempre va a ver alguien que te va a decir no me quieren prestar la plata, pero esto no es un hecho sobreviniente.

El hecho sobreviniente es: Oye de repente tú Estado y privado has modelado la APP por una tasa de financiamiento óptimo de 6% y de repente la fep americana aumenta su tasa de referencia en 2 puntos, o hay un crash en New York y las tasas internacionales pasan de 4 a 6, y por tanto el riesgo país pasa de 4 a 7 en Perú y por tanto la tasa de préstamo pasa de 6 a 8.

Y 2 puntos porcentuales en un financiamiento te tiran a bajo un proyecto. Una cosa así, si pues, es un hecho sobreviniente. No le puedes echar la culpa al concesionario de que cayó la bolsa de Nueva York, es un hecho sobreviniente.

Crisis en Argentina, el tipo de cambio se derrumbó, paso de S/ 3.20 a S/.4.00, y el Estado decidió cambiar las políticas tributarias y la libertad del tipo de cambio subió a S/.4.00, una cosa así, te tiro abajo toda la modelación económica financiera.

El privado te puede decir: era imposible verlo venir, yo no manejo ese tipo de cambio una variación tan brusca como esta, yo no manejo la fep americana... Este tipo de cosas es un hecho sobreviniente.

Pero no te puede decir: Oye, la verdad nadie me quiere prestar. Es tu problema que nadie te quiera prestar.... ¿qué ha pasado? que nadie te quiera prestar...y si... reconozco que ha habido subjetividad, pero....

Muriel: Y ¿quién va a calificar esto? entiendo que si no es cofinanciamiento no llega al MEF...

Pero acuérdate que una adenda es un trato entre dos partes. Aunque pudiera ser un hecho sobreviniente el ministerio te puede decir yo no quiero una adenda. O sea tú has firmado un contrato con el Estado peruano, la pregunta es: ¿Es factible la adenda en hechos sobrevinientes? Si es como antes era factible hacerlo, te permite hacerlo. Pero si el Estado no quiere no la acepta.

Muriel: pero tienen que sustentar porque no....

Te puede decir que lo que le dé la gana ... puede decir que no. Es una adenda, es una voluntad entre las partes.

Si quieres ponerte más formalista: Lo citas, te presentas y le dices que no.

Para todo efecto no te puede obligar a firmar...se supone que cuando tú firmas con el privado es porque tu Estado analizas porque efectivamente hay un problema que tienes que solucionar. Si tú consideras que no tiene razón... no firmas y se acabó el problema.

Muriel: pero la tasa de cancelación de proyecto aquí en Perú es la más baja...creo que el Estado es pro-adendas...

Como te mencioné antes, eso generaba conductas oportunistas. De hecho, el caso que particularmente lo conozco, lamentablemente Chinchero es el caso paradigmático en todo esto. El concesionario claramente tuvo un comportamiento oportunista.

Pero ante el comportamiento oportunista el Estado trato de buscar una solución porque se dio cuenta y dijo efectivamente hay un problema y ese problema hay que solucionarlo.

El Estado podría haber dicho no me parece que haya un problema y no firmo contigo la adenda. En este caso si había razón para firmarla, yo si considero que había razones para firmarla. Si se hizo una negociación, se firma pero porque ambas partes...dijeron efectivamente hay un problema, el privado que tuvo una actitud... que de alguna manera encontró un vacío, lamentablemente había un vacío y se tuvo que buscar una solución.

Ahora lo que están haciendo están cortando esa posibilidad.

Muriel: ya no hay...

De alguna manera ese no hay, obligas al privado a sentarse con el banco y lo revise 10 veces y diga bueno: Si yo voy a ...con el Estado peruano, yo estoy seguro de que a mí me prestan plata.

Salvo... no puedes tampoco ser absolutista, salvo como te digo aumento las tasas de interés y los bancos ahora no me prestan, de hecho eso puede pasar. De hecho el 2008 pasó, el 98 paso con el efecto tequila... no sé qué historia. El 2008 migran las tasas de interés, todas las tasas aumentaron a 200 puntos más Eso es un cataclismo en el sistema financiero, ante una cosa así el privado te puede decir: Mira lo que ha pasado, y eso es un hecho sobreviniente.

Lo que no es un hecho sobreviniente es: Oye no me prestan plata, pero ese es tu problema porque no revisaste el contrato antes.

Muriel: ¿y tú crees que los funcionarios públicos de los gobiernos regionales, locales y de los sectores están en capacidad para sustentar este tipo de hechos sobrevinientes?

No, no están en capacidad ni siquiera de evaluar adendas. Si no están en capacidad de evaluar adendas, menos aún está en capacidad de evaluar hechos impredecibles.

El funcionario público lamentablemente no tiene capacidad y en la situación en la que estamos donde se ha generado pánico porque ahora la palabra APPs está mal, la palabra adenda está mal, y si a eso le unes que tienes a Contraloría que está persiguiendo, literalmente nadie firma.

Muriel: nadie va a firmar eso...

No es que nadie va a firmar...el día de hoy nadie firma....

Muriel: con toda razón, lamentablemente se ha abierto una excepción mucho más amplia...

Yo no me preocuparía por el hecho impredecible.

Muriel: y en verdad crees que ya no van a aceptar por ahí algún tipo de modificación...

Seguramente trataran de meterse por ahí. Yo creo que el incentivo está en el lado privado en ser más cuidadoso, que alguno se tratará de aprovechar... es un hecho sobreviniente que no me quieren prestar...bueno...

Ya queda en el Estado ponerse duro, pero ahora están incentivados para revisar dos veces con mucho más cuidado las adendas.

Pero eso no quita que capacidad del Estado peruano en revisar adendas es muy malo y es peor hay un sistema perverso.... El Sector, el Regulador, el MEF y Contraloría tienen que estar de acuerdo. Tienes a 4 tipos de funcionarios públicos con diferentes incentivos que ven a veces cosas distintas. Y los 4 tienen que coincidir, porque si los cuatro no coinciden automáticamente te culpan que estás haciendo algo mal.

Yo diría que es estadísticamente difícilísimo estar de acuerdo y en lo normal estar en desacuerdo. Pero estar en desacuerdo el día de hoy.... A pesar de que las normas te dicen que puedes estar en desacuerdo.

De hecho, la opinión de Contraloría es no vinculante, la de OSITRAN es no vinculante, pero a pesar de que tú puedas...es no vinculante. Porque si tu sustentas que no estás de acuerdo continuas.

Muriel: igual queda registrado...

Olvídate que alguien saca una opinión en contra de la opinión de OSITRAN, automáticamente eres sujeto de sospecha o sea es una locura. El sistema estaba hecho para avanzar y ahora se ha generado terror y el día de hoy es parálisis.

Muriel: lo mejor es no llegar a ese punto...todo el proceso de renegociación es todo un caos

Es que es imposible no renegociar.

Muriel: es imposible pero de repente no a los meses de haber firmado un contrato...pero hay adendas de 6, 5,4 meses....

En eso estamos de acuerdo, pero hay varios problemas estructurales...

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Lo que se trató de hacer hace tiempo y creo que están haciendo es un contrato estándar, va a hacer mucho más fácil.

Muriel: ¿y está la matriz de riesgo?

La matriz de riesgo ya no existe hace tiempo

Muriel: ¿Pero no se incluyen en los contratos no?

Es que no se incluye una matriz de riesgo se incluyen cláusulas que ya determinan riesgos cuantificables. O sea, es lo mismo. No necesitas una matriz de riesgo. La matriz es una forma gráfica de ver el riesgo de expropiación lo tiene el Estado. Exactamente igual lo tienes en la cláusula contractual.

Muriel: ¿y el banco revisa el contrato, las cláusulas?

La matriz de riesgo es para ayudarte. Lo que rige es el contrato.

Muriel: he leído también que se está obligando en Latinoamérica presentar una declaración jurada, en el proceso de selección en la que tú ya presentas al banco con una tasa de interés...como para evitar que cambies de banco o de tasa de interés.

No sé si acá lo hacen...

Muriel: no he visto acá...pero en otros países...

Lo que pasa es que es una suerte que los países hacen para certificar la seriedad de tu propuesta es que te piden: Oye, dame a ver que banco te está prestando... ¿qué banco te tiene ya casi aprobado?

Pero igual me queda claro que siempre habrá esas letras chiquitas de esta carta del banco: Esta propuesta no obliga al banco a prestarte, es una suerte de decir dime que tan lejos has llegado con una propuesta en serio que el banco está a punto de darte.

Pero acuérdate el banco no te va a prestar hasta que no tengas el contrato firmado.

Muriel: pero claro ya con la versión final

El banco sólo te presta si ganas el contrato.

Muriel: Si ganas el proyecto.....

Esa es una forma de obligar al privado... es que son formas distintas.

Nosotros por el cambio normativo le decimos. Te prohíbo renegociar, al prohibirte renegociar. Lo que te digo es: si no te reúnes con el banco te fregaste. Hay otros países te dicen tráeme el certificado de que te has reunido con el banco. En castellano: tráeme el certificado de la declaración jurada.

Muriel: porque en verdad con esa modificación...yo si estoy a favor que no existan mayores renegociaciones ni adendas de bancabilidad...están los ministerios, gobiernos regionales que no saben cómo utilizar el mecanismo...

Los ministerios no saben, podría ser es una forma no lo veo mal....

Muriel: y de ahí lo del contrato estándar...

Proinversión tiene potestad de decir para este proyecto yo te pido que me hagas tu propuesta económica, tu oferta técnica y también me traigas carta pre aprobación del banco, puede hacerlo.

Muriel: y de ahí las coordinaciones durante todo el proceso, me imagino entre Proinversión y los bancos...

Recuerda Proinversión no coordina con los bancos, Proinversión tiene su estructurador y es su estructurador en nombre de Proinversión conversa con los bancos para que le diga: Oye ¿Este es un sujeto prestable?, no mira esta cláusula está mal.

Al banco también le conviene asesorar a Proinversión porque al banco le conviene que proyecto salga a licitación por que eventualmente puede ganar un cliente.

Muriel: Actualmente entiendo que llegan observaciones al contrato...enviadas por cada postor...

A través de los bancos por cada postor.

Muriel: de acuerdo a otras entrevistas me comentan que la mayoría no se llegan a incluir, Proinversión y el MEF no llegan a aceptar esas modificaciones, que después igual son solicitadas por los concesionarios...

Es que por eso mismo. Por ejemplo: El caso Chinchero es paradigmático, se preguntó textualmente que cosa incluía la tasa de interés de la fórmula, se le preguntó textualmente, y Proinversión dijo: Revisa las bases, en la fórmula está...dice: La tasa de interés incluye el costo de la estructuración financiera y todas las cosas derivadas, la tasa de interés tiene la fórmula 25.2 del artículo 14.

Justo lo que te estoy preguntando: ¿qué incluye la tasa de interés? la fórmula te dice i =tasa de interés.

La pregunta es ¿qué incluye esa tasa de interés y la respuesta mira la fórmula....

Lamentablemente gran parte del problema es que se hacen las consultas...Muchas adendas se podrían no haber dado porque las consultas a las bases se responden concretamente. Pero cuando tu vez cualquier contrato, lamentablemente el 90% de las respuestas son: apégate a las bases. En lugar de responderte si es esto ... no es lo otro...Totalmente de acuerdo eso es fatal y te lo digo como Estado, yo que he sido Estado, es pésima la costumbre que tiene el propio Estado de no responder las preguntas, porque están hechas para responderlas justamente.

En varias de las preguntas los concesionarios se dan cuenta del problema y de la pregunta y las respuestas son ambiguas.

Por último, te dicen no, no acepto tus preguntas es esto, bueno son ambiguas, tras ser ambiguas peor generan dudas.

Y a la hora cuando van a adjudicar...Ahí es donde sale; pero es que en las bases estaba claro, mentira yo hice las preguntas y nadie me ha respondido.

Muriel: ¿y no hay predisposición de aceptar o sugerencias de modificaciones? Al final quién van a salir perjudicado...

Eso es problema de las personas...

Muriel: ¿Es Proinversión y MEF quienes ven las consultas?

No, es Proinversión quién responde la absolución de consultas.

7.2.7 Lenin Mayorga

Datos Generales:

Fecha: 27/03/19

Hora: 6:00 pm

Lugar: MEF

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

Una de las principales causas es el tema de bancabilidad, generalmente los concesionarios solicitan que se modifique el esquema de financiamiento de Pagos por Disponibilidad a pagos con fecha firme, esto es, para tener mayor seguridad y el respaldo del Estado para el pago de los valores mobiliarios. Ello porque en los pagos con fecha firme se realiza un financiamiento en el mercado de valores (bonos, notas, etc.), en donde el riesgo lo asume el Estado.

Asimismo, existen otras causas por temas de expropiaciones, demoras en la entrega de terrenos, ambigüedades en los contratos, etc.

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Las instituciones financieras tienen un rol importante durante la estructuración de un proyecto, principalmente porque tienen que asegurarle a Proinversión que el proyecto sea bancable.

Las etapas del proceso de promoción de la inversión privada son: planeamiento y programación, formulación, estructuración, transacción y ejecución contractual. Las entidades financieras tienen participación en la etapa de estructuración y transacción, en donde Proinversión debe recibir las opiniones y comentarios de los postores e interesados en el proyecto para perfeccionar la estructuración del proyecto. Asimismo, realiza el Informe de Evaluación Integral (IEI), en el cual incluye el análisis preliminar de bancabilidad y en donde debe recoger todos los aspectos financieros evaluados por Proinversión, su estructurador, así como las opiniones de los postores y las instituciones financieras. Estas últimas deben confirmar el nivel de endeudamiento, los riesgos que afectan el financiamiento, etc., por lo que generan que el postor presente una oferta válida, mitigando cualquier tipo de riesgo futuro.

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Sí, de acuerdo al modelo que se pretende aplicar, los postores deben estar acompañados por los bancos para evaluar los riesgos y la estructura financiera desde que muestran interés en el proyecto. Actualmente, la mayoría de los postores vienen siendo acompañados por sus bancos, ellos asumen el costo de dicho servicio. Esa figura es un modelo eficiente.

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Como mencioné, los concesionarios, acompañados de los Acreedores Permitidos principalmente solicitan modificaciones al contrato para cambiar el esquema de financiamiento de Pago por Disponibilidad a pago con fecha fija, toda vez que el pago por disponibilidad se presenta cuando el Estado o el usuario, sólo paga cuando la infraestructura está operando o cuando se está prestando el servicio público. Asimismo, a los concesionarios les interesa financiar el proyecto a través del mercado de capitales, puesto que no se evalúa el riesgo proyecto sino riesgo Estado.

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Con los cambios normativos ya no se aceptarán adendas de bancabilidad.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

El Estado quiere modificar el esquema de financiamiento de pagos con fecha fija a Pagos por Disponibilidad, es decir, pasar de una estructura en el mercado de capitales a un mercado de crédito bancarios, en donde el Estado no sea el que asume todos los riesgos del proyecto, por lo que desde ahora el privado debe identificar y asignar mejor los riesgos para lograr un Project Finance.

De esta manera, se busca alinear los incentivos para estructurar mejores proyectos (riesgos mejor alocados y adecuadamente mitigados), los inversionistas tienen el incentivo que el proyecto opere porque de eso depende su pago y los bancos realizan un due diligence intensivo del proyecto porque tienen las cláusulas "step in" y asumen riesgo proyecto en escenario de caducidad.

Asimismo, con relación a las adendas de bancabilidad, se ha incluido en la normativa el Informe de Evaluación Integral, en el cual Proinversión o el OPIP respectivo debe incluir el análisis final de bancabilidad del proyecto (habiendo tomado en cuenta las sugerencias y comentarios del sector privado), por tanto, en caso soliciten modificaciones al contrato por "hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro" dichos aspectos no deben haber sido analizados dentro de dicho informe para calificar como hecho sobreviniente.

7.2.8 Dante Cieza

Datos Generales:

Fecha: 9/03/19

Hora: 10 am

Lugar: OSITRAN

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

En base a la experiencia que tengo, puedo indicar que son varias las causas, los motivos que dan origen a la renegociación de los contratos. En primer lugar, hay que partir de que en base a que los contratos, al menos los de concesión que son tan complejos y que consideran los aspectos de todo tipo, actividades que tienen que ver con finanzas, aspectos económicos, aspectos tributarios, aspectos de seguros, etc.

Son contratos que nacen incompletos y en el camino es que se van de cierta forma integrando a través de las famosas adendas y lo que hacen las adendas son es ajustar algunas obligaciones que quizás no fueron bien definidas en el proceso de elaboración o diseño de los contratos. Bueno, habiendo dicho esto puedo decir que una de las principales causas que genera las renegociaciones es la incapacidad del Estado de poder cumplir con sus obligaciones.

Para que los contratos sean firmados con una rapidez que no debería ser así, porque ese tipo de contratos o de proyectos en la media que son de largo plazo 30, 40 hasta 60 años de acuerdo con la norma, de acuerdo con el sector, tú tienes que tomarte al menos unos 2 o 3 años para estructurar bien el proyecto porque estas regulando una relación jurídica de largo plazo y es diferente a lo que sucede por ejemplo en otro tipo de proyectos que son aquellos considerados dentro del esquema de la obra pública que son procesos muchos más ágiles muchos más rápidos porque la relación con el privado puede ser de 2 a 3 años máximo, entonces ¿Porque digo que es incapacidad del Estado para asumir sus obligaciones? Porque muchas veces el Estado incorpora en los contratos de concesión obligaciones como por ejemplo la entrega de terrenos...y como tiene que entregar terrenos y tiene que entregar predios tiene que hacer toda una labor técnica con la dirección determinada del MTC por ejemplo, hablando de transportes, para que puedan hacer la liberación y expropiación de los terrenos de los predios etc.

Y poder ser entregados formalmente a los concesionarios para que ellos puedan cumplir con sus obligaciones, o sea, la principal obligación que existe por ejemplo en los contratos de concesión es la entrega formal en los términos establecidos en el contrato de concesión de los terrenos de las áreas de la concesión

Porque es a partir de ese momento que se pueden gatillar todas las siguientes obligaciones de los concesionarios, es a partir de ese momento, por ejemplo si yo tengo como Estado peruano que entregar una carretera al privado, lo tengo que entregar y en cierta forma y de acuerdo al contrato de concesión... hay contratos que te dicen: entrega solamente el terreno pero no hay otros contratos de concesión que se efectúan sobre carreteras ya construidas anteriormente en gobiernos pasados, entonces lo que busca a veces el Estado es que esa carretera se entregue en concesión para que sea otro el que la rehabilite, la mejore la amplíe, y pueda dar servicios vinculados a la infraestructura, no es cierto, entonces muchas veces el Estado tiene que hacer entrega de esta infraestructura pero se demora mucho porque tiene procedimientos que muchas veces podrían ser muy lentos.

Entonces si el Estado es incapaz de cumplir con esta obligación trascendental y por una presión política tú incorporas una cláusula que dice que te entregará en 10 meses pues simplemente tú ya no lo vas a poder cumplir o sea, 10 meses no lo vas a poder cumplir y todos los contratos de concesión siempre tienen un anexo especial que dice cronograma de entrega de terrenos, cronograma de ejecución de obras. ¿para qué? para que el Estado, luego de 2 años de retraso en la entrega de terrenos se sienta con el concesionario y a través de una evaluación conjunta puedan acordar cuáles son esos nuevos términos de tiempo para poder entregar los terrenos y si no son sustentados nuevamente vas a incurrir en una nueva adenda, ¿en una nueva adenda y una nueva adenda ahora porque digo incapacidad del Estado?

Y eso te trae problemas adicionales y eso afecta tu expectativa económica y eso genera el inicio de todo lo que son controversias, esas controversias tienes tú que zanjarlas a través de tratos directos o a través de los arbitrajes y ya sabemos cómo terminan esos arbitrajes no, entonces una de esas es la incapacidad del Estado.

La participación del Estado a través de sus entidades se va plasmando en cada una de esas etapas de acuerdo con las competencias que cada uno tiene, entonces en la primera etapa, tú como entidad responsable del proyecto, ¿Estás planificando bien?, ¿estás programando bien? ojo ¿lo estás haciendo bien? Estas incorporando los proyectos adecuados para que sean desarrollados como APPs, etc. Y luego de eso que tú tienes identificados la cartera de proyectos preliminar para ser desarrollados como lo estás haciendo, ¿Tú lo estás formulando bien?, ¿quién lo está formulando? ¿La formulación al final a quién se la vas a delegar? ¿Lo haces a través de Proinversión?, ¿lo haces tú directamente? ¿Cómo lo estás haciendo?

Entonces la estructuración... Proinversión si bien tiene 20 años de experiencia en el mercado siendo Proinversión se ha equivocado tan garrafalmente en un proyecto como Chinchero. Al no cerrar una cláusula de cierre financiero con tiempos máximos y a su vez colocar una cláusula que le pueda gatillar una caducidad por no refinanciar el proyecto oportunamente y siendo una cláusula que es trascendental en todos los contratos porque en eso no apareció el más experimentado de la promoción de los proyectos y si hablamos de Proinversión del nivel más alto que hay de experiencia que será pues promover proyectos a nivel de gobiernos regionales gobiernos locales... sería la desgracia no, y luego en la etapa de transacción... realmente tú has tenido la capacidad de convocar a los mejores operadores en el mundo para ese tipo de...lo podrías hacer? Eventualmente solo logras obtener dos o tres postores interesados...porque....

El hecho que en Línea 2 hubo como más 20 interesados entre empresas grandes y entre fases del proyecto, pero que al final del concurso se define entre dos o tres empresas, Te da entender que esas 16 vinieron y observaron algo en el proyecto en el diseño en la estructuración que no les pareció correcto o no era adecuado para sus intereses y se retiraron, pero sí de cierta forma este mecanismo hubiera sido diseñado de una forma distinta más óptima, perdón entonces quizás de los 20 interesados se hubieran quedado con una propuesta válida 7, 6 pero que se queden 2 o 3 significa que podría haber un error ahí en el diseño del proyecto en el diseño de las bases en el diseño del proyecto de contrato o en el mismo concurso no, hay un problema ahí...

La falta de experiencia de los funcionarios en materia de APPs en concesiones se necesita gente que de cierta forma tenga una continuidad laboral en ese tema, continuidad laboral que tenga experiencia tenga estudios y además que tenga continuidad en una misma entidad porque de que te vale tener funcionarios que vienen al MTC y cada 6 meses lo van rotando o sea no tiene ninguna continuidad de nada. Entonces el funcionario tiene que aprender, tiene que adaptarse y luego ya puede tener un desenvolvimiento óptimo, técnico en cuanto a la función que le corresponde.

No puede ser que haya alta rotación de funcionarios en las entidades públicas. A menos en esta materia no puedes hacer eso no, no puedes rotar tanto a la gente....

Ahora cuál es la crítica que hacen muchos teóricos que tiene mucho de verdad y es que el Estado no debería promover proyectos con estudios débiles, porque si no tú no tienes información para tomar una decisión no tienes estadísticas no tienes nada, entonces viene un Odebrecht un Navarro Correas y te van a levantar en peso hablando en términos técnicos, y siempre te van a sacar plata, te sacan plata, te sacan plata, te sacan plata, como todos, entonces el proyecto que estaba diseñado para que cueste 800 millones termina costando 1,300 millones de soles y sigues contando todavía...

Y una más podría ser el tema que a veces durante las fases de promoción de la inversión privada no se permite el ingreso como debería ser de parte de terceros interesados, por ejemplo, ahora con la 1362 se ha importado un mecanismo de promoción de proyectos y todo bajo las concesiones y ese tema del diálogo competitivo no.

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante las etapas de estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Ya ok...Antes que nada, quiero decir...que en cuanto a financiamiento dado que usualmente...

En la misma norma de APPs hay un monto mínimo de lo que significa monto de inversión en APPs, entonces eso de por sí te genera ya una barrera de entrada para muchos proyectos que

no pueden llegar a presentarse, son más pequeños y que bueno tendría que ser ejecutados por otras modalidades de APPS.

Te quiero hablar de dos escenarios, la iniciativa pública y la iniciativa privada.

Cuando hablamos de iniciativa privada estamos hablando de una propuesta que presenta un grupo de inversionistas privado o puede ser un consorcio nacional o extranjero presentan una propuesta al Estado y le están presentando ya el diseño preliminar de un proyecto y están presentando de una forma preliminar el modelo económico financiero del proyecto y en ese momento de la presentación con la entidad privada ya el privado tuvo que haber interactuado con entidades financieras para poder buscar una propuesta de cual van a ser las condiciones de financiamiento porque hay entidades que te pueden decir: Yo no te puedo financiar solito, yo no soy un banco, yo tengo límites individuales para financiar un proyecto, Yo tengo que hacer crédito sindical ,etc.

Entonces cada entidad financiera lo que hace es asume un riesgo determinado y así mismo tiene políticas de otorgamiento de créditos en proyectos, de préstamos en proyectos que son distintos entre ellos cada uno maneja una tasa distinta, por ejemplo. Entonces, en esa propuesta de licitación privada yo ya le digo: Estado peruano por si acaso, mi esquema económico para la retribución de los pagos del proyecto, que tiene que ver con retribución por inversiones y retribución por mantenimiento, así como mi rentabilidad, es: Yo invierto y en 3 años yo no recibo ni un Sol hasta que esté en operación y luego me hacen pagos diferidos, esa es mi propuesta económica de repago de la concesión.

Pero mi propuesta para el repago de financiación tiene que ver con que tú tienes que emitir unos títulos valores que se llaman Certificado de Reconocimiento de pago año por obra que le vas a pagar a los financistas bajo estas condiciones a esta tasa de interés por “n” número de períodos

Yo para poder proponer eso, yo he tenido que tener una relación como empresa privada con los potenciales financistas y les lanzo una propuesta, entonces desde ese marco, desde ese punto de vista en una licitación privada, yo llevo una interrelación inicial y ahí ya le digo como empresa estado de los 100 millones que cuesta el proyecto yo voy a poner 10, 90 lo va a Financiar un Fondo de Inversión Chileno, un Fondo de Administración de Pensiones Argentino ellos lo van a financiar el proyecto y lo van a financiar bajo estas características 6.6% anual etc., etc., etc.

Sin embargo, en la iniciativa pública no se aprecia en la etapa de formulación ni en la etapa de estructuración, una participación de entidades financieras, porque, como bien lo dice todavía estas estructurando el proyecto, actualmente no existe un mecanismo en el cual pueda ver ya prefijada una o dos empresas financieras potenciales que vayan a financiar el proyecto porque si eso existiera, entonces ellas de cierta forma propondrían un mecanismo de pago más optimizado al proyecto, de mayor garantías para el proyecto, como por ejemplo, el tema de los fideicomiso, en todo financiamiento siempre hay un fideicomiso porque un fideicomiso es la herramienta contra actual bancaria más eficaz que existe actualmente para poder garantizar que todos los intervinientes en el contrato los constructores, accionistas, SUNAT, financistas, todos reciban un pago oportuno de acuerdo con lo establecido en el contrato.

Y en la iniciativa pública no hay una participación de una entidad que le puedan decir a Proinversión, como entidad financista potencial, Proinversión tu deberías hacer esto, esto y esto, para que puedas obtener un financiamiento adecuado. No hay

Lo que si existe es el asesoramiento y la contratación de consultorías como Price, como ESAN, como Deloitte, como el Banco Interamericano de Desarrollo, son consultores simplemente que lo que te van diciendo en cierta forma es: Oye, Estructúralo de esta forma, estructúralo de esta forma porque el mercado funciona así..., entonces tú lo vas estructurando en base a lo que los consultores te van definiendo y eso te sirve de base para que tú puedas financiar el proyecto por ejemplo el consultor te va a decir: Actualmente consideramos que este proyecto puedes financiarlo a través de una emisión de bonos y ese bono no debería sobrepasar del 5% de tasa de interés anual, y te lo dice porque ya hicieron una investigación, etc. pero más que todo ahí se centra la aparición de los asesores externos

El Estado te reconoce que tú vas a invertir 100 millones en 4 años, pero el Estado no le paga al concesionario. El concesionario se buscó la carta del financista, entonces el financista dice: ah este esquema está interesante porque, porque yo te voy a prestar 100 millones como financista, por eso justamente viene el interés del financista en participar. Yo te voy a desembolsar a medida que tú vayas avanzando las obras, entonces al final el financista le da 100 al constructor y el constructor, construye con 100, pero ¿Cuándo el Estado le va reconoce el pago de 10 millones al año, por 10 años, por 15 años o por 20 años?... cuando este en operación mientras que no entre en operación el proyecto no se le paga ni un sol al concesionario.

Esto es lo que mira el financista: Es un proyecto de 100 millones, es un proyecto de 15 años, $n=15$ años y tasa de interés, es equivalente a 10%. Esta tasa de interés es lo que tú tienes que...buscar el mecanismo óptimo para que esa tasa de interés sea menos de 10%, sino que sea 7%, sea 6%, sea 5%. Y por eso es importante que justamente el concedente otorgue garantías financieras, otorgue garantías no financieras, asuma compromisos firmes y cumplimientos contingentes.

Si el Estado asume riesgos esta tasa de interés se te va a bajar, entonces ahí va justamente la estructuración, en que el contrato si no tiene muchos compromisos por parte del Estado, la tasa va a ser 15% porque consume gasolina todos los días, si no pasa un vehículo que le importa el Estado le importa al privado

Pero si el financista dice: Estado peruano porque no pones una garantía de que si no se llega al nivel de recaudación mínimo esperado tú vas a poner lo que falta, ok lo pongo porque la probabilidad de que eso pase es mínima, pero ponla garantía, ponla, eso te baja de 10 % a un 8% porque el financista sabe que siempre va a ver plata, de lo que se encargara es que el concesionario haga un buen estudio de tráfico para que te arroje el número más probable de carros que van a pasar por ahí y cuál va a ser tu ingreso más probable para que el Estado ponga la diferencia pero eso ya es tu chamba....Y al final es financista que te dice esa estructura se cerraría con un 10%.

¿Qué sucede con los certificados de avance y obra? que este proyecto es de 15 años, no, vas a ponerle acá 3 años etapa de inversión o sea de construcción, y 12 años de mantenimiento.

Yo como empresa financiera tuviera que financiar el proyecto podría ser que le diga: concesionario toma 100 millones, ahorita y te hago firmar ¿Pero cuánto tiempo dura la construcción? 03 años, si tú le entregas 100 millones ahorita, pero él tiene proyectado construir

en 03 hitos, puede ser qué de los 100 millones, acá utilice 5 millones, y acá los 5 millones y aquí los 90 millones, no te parece un desperdicio de dinero?

Muriel: exacto, está corriendo el tiempo y los intereses...

Entonces, no puede ser así. Porque los proyectos son cofinanciados, el Estado asume esto, entonces que se hace, dime tú en el año 1 de los 100 millones ¿Cuánto vas a gastar? Todo proyecto tiene un programa de entrega de terrenos y tiene también a su vez un programa de ejecución de obras y cada obra tiene un programa de ejecución de esas obras, es decir en el mes 1 cuanto vas a construir y son hitos y pueden ser hitos por tiempo, o pueden ser hitos por algún tipo de infraestructura culminada, o puede ser hito funcional.

Hito funcional es la nueva tendencia de todo lo que son este tipo de proyectos ¿Qué es un hito? Un hito yo pude decir 15 km, 15 km primer año, 15 km segundo año, entonces, que es lo que ha pasado, tu hito pudo haber sido en la mitad de la nada en la Selva y termina en la mitad de la nada. Entonces supongamos que hay una caducidad anticipada del proyecto, se tiene que de cierta forma reconocer ese pago al concesionario o al financista de acuerdo con lo que diga la cláusula de caducidad de liquidación... Oye, pero se va y esto que construyo no conecta ninguna ciudad está en la nada, no tiene nada.

El hito funcional que significa qué si sucede algún tipo de caducidad, para efectos de financiamiento tú contratas una carretera desde Chiclayo hasta Motupe y sabes que ese es un hito y sabes que si no termina ese hito no se le paga. No se le reconoce el pago como vamos a ver ahora.

El hito funcional tiene que estar funcionando, si va a construir un hospital un hito podría ser que el área de todo lo que es enfermedades psicológicas este culminado, no podría ser un hito un primer piso ya no funciona así sino justamente para optimizar los recursos del Estado es hito funcional.

Entonces cada mecanismo de financiamiento es distinto: pueden ser Bonos de Titulación, Fondos de Inversión, Fondos de las AFP, la CAF, Multilaterales, Banco Mundial, etc. En los bonos de titulación el que emite el bono es este de acá, en un Project Finance se basa en esto que es la Sociedad de Proyectos Especiales.

Por ejemplo, en España se trabaja mucho los bonos corporativos, en USA es Project Finance, en Inglaterra en Project Finance...depende en que sistema te encuentres...perdón de qué estamos hablando

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Yo pienso que de cierta forma se podría generar un mecanismo similar al del diálogo competitivo, que ya habíamos comentado, o que las entidades de promoción de inversión privada cuenten con una cartera de financistas en cierta forma pre inscritos no... en el cual tú digas: Haz una convocatoria y hayan 10 o 15 empresas financistas o entidades financista del mundo y que siempre puedan participar en algún tipo de consulta y tener información preliminar para que ellos pueda de cierta forma opinar cómo podría ser financiar este proyecto dado que el Banco Mundial tiene experiencia en financiamiento de proyectos en todo el mundo entonces sabe cómo podría ser la mejor estructura de financiera de los proyectos.

Muriel: Porque es un costo también para ellos porque el privado estaría asumiendo un costo porque generalmente el banco les va a pedir un monto mayor por acompañamiento

Claro. No se pueden cerrar las puertas a las adendas de bancabilidad, es como que yo diga: yo mañana decido que los terrenos empleados porque no se ha entregado oportunamente y nunca más van a ver adendas por falta de entrega de terrenos, eso es imposible, porque tú no vas a poder encontrar un sistema perfecto de participación de los financistas en las etapas previas. No puedes cerrar esa puerta en algún momento vas a tener que financiar algo, el hecho de que te falte plata en algún momento te va a requerir adenda de bancabilidad. No veo como se pueda cerrar esa posibilidad lo que sí se podría ser es volverte fuerte en el análisis financiero en la etapa de estructuración y formulación en algunos temas y dejar una pequeña puerta para unas algunas adendas pero tampoco puede ser tan abierta como existía en la 1012, durante los primero 3 años tu podías solicitar adendas sin ningún problema pero tampoco eso no era lo adecuado, porque nos llenábamos de adendas

Muriel: Aparte también puede haber renegociaciones por parte de concesionarios oportunistas queriendo de alguna manera: ah no esto lo voy a ver ahorita con mi banco después, igual puedo renegociar...

Ofertas temerarias. Y de ese lado Ositran por ejemplo... porque he conversado con los señores de Proinversión, cuando los postores emiten observaciones al contrato al proyecto no son bien recibidas por el MEF, entiendo que también mandan sus observaciones a Ositran, pero Ositran algunas veces no contesta en ese momento pero después si las hace... ¿cómo se maneja eso?

A diferencia del 1224 se han incorporado una versión al contrato.

Usualmente existen opiniones que tiene que emitir las entidades, bueno el sector tiene que estar de acuerdo, emite opinión el regulador, el MEF vinculante y emite un informe previo la contraloría, generalmente esta emisión se hacía durante la etapa de transacción y cada uno tiene un plazo determinado más o menos son de 15 días hábiles para emitir una opinión o informe previo uno detrás de la otra, contraloría emita su informe al final como siempre y créeme que no ha habido ninguna oportunidad en la cual Ositran se pronuncie lo que sucede que dentro de la estructura del contrato de concesión, Ositran tiene competencia claramente definidas que tiene que ver con aspectos de acceso a la infraestructura, aspectos tarifarios, aspectos de servicios, etc.

Entonces nosotros no podemos opinar sobre cuestiones que son como entrega de terrenos, es un tema que no es de nuestra competencia. Cada entidad se pronunció u opina sobre el nivel de lo que es su competencia, no podía yo ir más allá, entonces esos 15 días hábiles es para que justamente Ositran emita su opinión.

Muriel: ¿Cuál será la posición si hay observaciones por parte de bancos, de concesionario o de Proinversión y ellos... no, no lo incluyen, no lo ven voy, y después de firmado el contrato lo van a hacer?

Lo que pasa es que ... como te digo depende de las facultades que tiene, en el marco de estas opiniones solo para el tema de ver si las cláusulas están bien en el contrato de concesión, por ejemplo en alguna oportunidad Ositran emitía opiniones respecto al endeudamiento garantizado permitido, ahora Proinversión no quería que hiciera eso, entonces nosotros no podíamos hablar de eso mucho Proinversión era quien tenía que hacerse cargo de eso.

Antiguamente por ahí veías una cláusula y te decía ese tema de financiamiento porque lo has hecho así, y le decía no pensamos técnicamente pensamos que debía ser así, claro emitías una opinión

Muriel: Durante el diseño

Son propuestas nada más. Ahora con la 1362 lo que se ha hecho es en la etapa de transacción efectivamente hay una opinión de la versión final del contrato, pero ahora en la etapa de estructuración hay una opinión de la versión inicial del contrato entonces desde el inicio Ositran marca su posición...

Muriel: Y en temas de adendas?

Un proyecto de adenda llega, y nosotros tenemos 10 días hábiles para pronunciarnos respecto de la competencia también igualito... sea con Consejo Directivo... y también igual...

Participan en una elaboración conjunta la lidera Proinversión si es que la adenda se da durante los primeros 03 años Contraloría el MEF y Ositran

Muriel: ¿Se tienen que poner de acuerdo de alguna manera... No se reúnen? Solo emiten opinión

A no nos reunimos sí, para decir esto sí, esto no, y son reuniones informales porque la opinión se da a través de una resolución de Consejo Directivo sustentado en un Informe Técnico de la Gerencia de Línea .Pero es una opinión no vinculante, o sea yo te puedo decir :Me parece que eso va a originar un desastre en el proyecto y el MTC te dice no me interesa, porque es no vinculante

Muriel: Pero generalmente sí toman la opinión de Ositran?

No siempre, por eso cuando viene Contraloría y nos dice: Oye pero y esto? Acá está mi opinión

No nos hacen mucho caso, como te digo, Ositran es un ente regulador técnico y el MTC es una entidad del aparato político.

Muriel: son diferentes

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para llegar a otorgar el financiamiento?

Te pongo un caso. Tú tienes una estructura de un contrato por ejemplo que tiene que implementar una serie de peajes, tres peajes, los dos primeros están construidos financiados, pero respecto del tercer peaje acuérdate que de su implementación oportuna va a significar que se vaya a repagar el proyecto, porque un peaje es el 30% de los ingresos entonces si no implementa el peaje entonces en qué momento tú le podrías pagar al del financiamiento

Entonces ¿Qué es lo que sucede? viene un financista y dice: concesionario si tú no solicitas una adenda para que me coloquen a mí una cláusula que indique que si ese peaje no entre en operación de acuerdo a lo que dice el contrato de concesión, durante todo el tiempo que se demore el Estado gracias a su incapacidad para gestionar los aspectos sociales mí me reconozca

durante tanto tiempo...Pero es autosostenible, pero está estructurado de tal forma que en tal fecha entre en operación y si no entra en operación porque la gente se ha levantado en armas.... En el caso de Ticlio, San Nicolás, en el Sur... la gente no quiere un peaje ahí...Eso es justamente una mala acción social del Estado...es un riesgo. Entonces, ¿Qué dice el financista? yo te pongo la plata, pero eso si ahí viene el riesgo, y no voy a poder cobrar, entonces si yo no voy a poder cobrar el peaje, que el Estado me reconozca por todo el tiempo que este paralizado, no me interesa que este paralizado, pero a mí me paga por todo ese tiempo.

¿No solamente en un contrato de concesión hay aspectos que tú podrías evaluarlos oportunamente en el proceso de promoción del diseño del contrato, sino que también hay hechos sobrevinientes que te hacen firmar adendas y que vas a hacer? ¿Qué vas a hacer? ¿Tú en ese momento sabías que se iban a oponer? No, pero ahora ya sabes que se oponen a los peajes y el Estado tiene que asumir.

Muriel: ¿Sería diferenciar entre hechos sobrevinientes y cuáles no?

Claro

Muriel: y justamente hubo una modificación del reglamento que ha eliminado la excepción de solicitud de acreedores y han puesto hechos sobrevinientes. Y ahora nos preguntamos ¿Qué es un hecho sobreviniente? es una cláusula abierta también...

Es arbitrario. Eso no está advertido en la matriz de riesgo, porque tú para que digas que es un hecho sobreviniente o algo de fuerza mayor, algo fortuito, o no previsto tienes que compararlo con una situación de un pasado no... porque con la coyuntura, porque en ese momento nadie gente que se oponía a los anclajes y en la matriz de riesgo se colocó que era tal cosa...

Ahora todo ha cambiado ... Por ejemplo, los hechos de la naturaleza

Hay hechos que no se pueden modificar, porque son muy difíciles de modificación, porque si no estarías cambiando los aspectos sustanciales del contrato, del proyecto

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Claro que sí, justamente, no, uno sería diseñar mejores contratos

Muriel: desde el principio

...desde el principio que se haga un examen de bancabilidad, con independencia que se incorpore o no la participación preliminar de los posibles financistas que se haga un análisis de bancabilidad en etapa de filtración, una reunión, una herramienta que permita recoger lo que opinan los financistas del mundo, nada más un análisis de bancabilidad y listo no, o la participación de estos financistas pero hay que ver la forma de como los vas a integrar, cómo le vas a pagar, porque de cierta forma hay empresas interesadas pues van a desplegar recursos, dinero, tiempo y eso como se retribuye a ellos salvo que tengas algún mecanismo de colaboración...lo que si es cierto es que no puedes patear estos problemas de financiamiento para después, esto es lo que paraliza los proyectos, tener plata no ejecuta . Pero yo pienso que sí se puede...

Muriel: Y generalmente creo que la tasa de cancelación de proyecto es muy baja... el Estado siempre cede, nunca cancela el proyecto porque ellos se ven mal, ya se tomó la foto etc.

Pero ya tienes dos productos que se cayeron: Gaseoducto Norperuano y Chinchero

Muriel: y mira todo el escándalo...El privado se va y sabe que puede llegar a renegociar esas adendas

Ya que hablas de contratos de este tipo, no es lo mismo que tú vayas a anular un contrato de obra pública, en la cual el Estado asume todos los riesgos hasta de financiamiento que tú vayas a anular un contrato de concesión en la cual hay un Project Finance hay un montón de empresas que está vinculadas a esta estructura, es diferente las empresas son diferentes las consecuencias son diferentes. Claro se tiene que evaluar con muchas pinzas, pero se tiene que tener un mecanismo que permita que la bancabilidad sea analizada muy adecuadamente en etapas tempranas, ya sea integrando a estos potenciales financistas, buscando exámenes de bancabilidad, mejorando la capacidad de los profesionales en Proinversión, Mejorando la calidad de las consultoras que se contratan que no sean peruanas solamente, empresas que tenga la capacidad de trabajar de la mano con financista de todo el mundo , por ahí el tema.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se podrían implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Muriel: Una mayor participación de los involucrados, mayor diálogo, bueno de los Sectores también, buena disposición por parte de Proinversión acoger este tipo de sugerencias, funcionarios más capacitados, hacer un análisis de bancabilidad...

También he estado leyendo que otros países presentan con los sobres una declaración Jurada, un compromiso del banco con que están ya acompañados, con una entidad financista a una tasa de interés de tanto de repente...

Claro, también sería adecuado que uno de los requisitos de precalificación sea la presentación Declaración Jurada respecto de ese proyecto del Contrato. Las adendas que sean principalmente por hechos sobrevinientes.... En Chinchero...

Lo que también es cierto que cuando tú firmas un contrato de concesión, mucho de los adjudicatarios van con su contrato a buscar recién el financiamiento por eso es por lo que existe la cláusula del cierre financiero, la cláusula del financiero te dice tienes seis meses para buscar la plata...Sale como loco a buscar la plata.

Muriel: recién con el contrato

Recién... cuando empezó el financista a presentar encuentra todo cerrado...

Muriel: Claro de repente no sé si un documento anterior o una participación mayor del banco antes cuando no tengas un contrato firmado, porque que implica tener un contrato ya firmado, realizar adendas, un proceso de renegociación, una evaluación conjunta por parte de todos los involucrados...

Una Carta de intención en la cual diga que ya conoces los términos del contrato.

Muriel: Claro, que ya habido una evaluación...

Y también un poco que este tipo de contratos tengan... hay muchos contratos que son muy homogéneos, para una cláusula de la lista de los potenciales acreedores permitidos hacen una adenda, para poner ahí Fondo de Inversión.... Pero porque no lo pusiste si todo el mundo los tiene ah... no sé...

Ahora Proinversión ha contratado una consultoría para que le diseñe un contrato tipo de lo más standard que puede haber. Y claro cada Sector tiene sus particularidades ¿Una cláusula que debería ser estándar para que te equivocas? y eso pasa por adenda y el otro dice yo no puedo conseguir plata ni acá, ni acá, ni allá. Porque esas dos palabritas no están.

7.2.9 Enrique Cárcamo

Datos Generales:

Fecha: 13/12/18

Hora: 6:00pm

Lugar: Universidad ESAN

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

La principal es el comportamiento oportunista de los concesionarios, se aprovechan de las debilidades del concedente y del organismo regulador para cambiar las condiciones de los contratos.

El comportamiento oportunista se manifiesta de diferentes formas, una interpretación literal del contrato o cambiarle de nombre a los términos o dividirlo en varias partes, por ejemplo en el caso de aeropuerto se hablaba de saneamiento y este implicaba saneamiento legal y saneamiento físico y liberación de interferencias y después se dice “no en mi contrato está incluido el saneamiento pero no las interferencias” y subdividen una actividad en varias y dicen que no estaban incluidos, como en el caso de Chinchero, “los intereses no estaban incluidos en mi oferta”, entonces básicamente el comportamiento oportunista se manifiesta de diferentes formas, el tema de generar nuevos costos, en carreteras es la famosa puesta punto, es un tema que genera renegociaciones. Después en las carreteras concesionadas hay un incentivo perverso, porque si tú le das el peaje desde el primer día, hagan o no hagan las obras, el concesionario espera que se demoren, ya que está cobrando la plata sin hacer nada, y demora las obras por años y hace caja. El concesionario dice “no está expropiado el 100% falta el 100 m2 en el último km” y no hace nada hasta que no se expropie dicho terreno. Mil argumentos para retrasar la obra, y en Perú se ha creado el incentivo que si la obra se atrasa te doy más plazo, lo cual extremadamente atractivo y rentable.

En conclusión, citando al profesor Guasch en su libro “Concesiones en infraestructura, cómo hacerlo bien” las principales causas de renegociación son:

- 1) Incumplimiento de las partes
- 2) Comportamiento oportunista de las partes
- 3) Naturaleza incompleta de los contratos
- 4) Eventos no previstos por las partes

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Hay un asesor financiero que hace la estructuración, ese asesor tiene que buscar en el mercado las garantías, sobre costos de financiamiento, hacer el modelo financiero. Proinversión necesita un asesor financiero y muchas veces contrata, a veces lo hace con su staff propio, pero también contrata una empresa internacional que hace el flujo financiero y temas de tasas de interés, garantías, ingresos mínimos, analizan que el proyecto sea financiable.

En el Perú se ha cometido un grave error, en la etapa de licitación, todos los postores participan y opinan, entonces en la etapa de licitación uno hace todos sus comentarios y una vez que se llega a un consenso se publica la versión final del contrato, a diferencia de una obra pública, en la APP un privado sí puede opinar y se modifica el contrato. Ese contrato ya recogió la información del mercado, de los postores, de los posibles financistas, de los operadores, y después que se da la buena pro, él que gana dice “quiero cambiarlo por bancabilidad”, por eso se ha prohibido la bancabilidad, la bancabilidad es cualquier cosa. Si no me das más plazo, no consigo el financiamiento, sino me pagas más, no consigo el financiamiento, si tú no asumes el riesgo geológico, no consigo el financiamiento, con el argumento de la bancabilidad se han hecho todo tipo de barbaridades en los contratos de APPs, cambios en la asignación de riesgos, cambios en las garantías.

¿Es posible que los Acreedores Permitidos puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Un problema grande en carreteras es que no ha ganado ningún concesionario de carreteras, han ganado empresas constructoras que no saben financiar estos proyectos, la empresa constructora recurre al financiamiento corporativo con garantías, no hay un financiamiento de Project finance. Si tú convocas a un concesionario, él va a venir con su financista, con su banco de inversión y van a evaluar del contrato y van a acompañar en todo el proceso, ellos no tienen una licitación sino treinta licitaciones, ellos tienen un partner financista que los acompaña en todo el proceso.

Lo normal en el mundo es que los concesionarios vayan con su acreedor permitido que les va a dar la garantía. En el Perú han ganado empresas constructoras que no han hecho ese acompañamiento. Las constructoras te piden pago por avance de obra, no son capaces de gestionar el financiamiento con los flujos futuros. El banco mundial lo explica, un gran error en Latinoamérica ha sido que los concesionarios son empresas constructoras, quienes no son especialistas en Project finance.

¿Por qué los Acreedores Permitidos solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Modifican el contrato para asumir menos riesgos con los que se habían comprometido en la etapa de licitación. Los postores habían dicho “yo asumo el riesgo geológico, yo asumo el riesgo de retraso en tal cosa”, después él que gana dice “no mi financista no quiere asumir ese riesgo, modifícame la cláusula”, entonces con el argumento de bancabilidad, te trasladan riesgos o sobrecostos, o actividades adicionales, o alteran el equilibrio económico financiero, por eso el financista te va a pedir cambios para generar ahorros.

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Sí, es posible, haciendo buenos contratos, evitando los errores que se han venido cometiendo y que se siguen cometiendo, porque Proinversión no reconoce que ha cometido errores por eso lo sigue cometiendo.

En las APPs te permiten cambiar de financista, por ejemplo, si tú eres postor y el banco BCP te cobra 8% para financiar, después que ganes, buscas otro banco que te pida menos tasa, y se presenta el banco Azteca y te dice yo te cobro 5% de interés, el banco Azteca te va a pedir condiciones diferentes a las que había aceptado el BCP porque se va a quedar con ese margen de 8% - 5%. Cambiar de financista te permite trasladar riesgos al concedente, y reducir tu oferta.

Se puede permitir el cambio de financista, pero no por temas de bancabilidad, el nuevo financista debe aceptar las condiciones y asignación de riesgos originales, no puede pedirte más modificaciones. El nuevo financista también debe cumplir con los mismos requisitos de acreedor permitido pactados al inicio. En otros países, el ahorro que consigues se comparte entre el concedente y el concesionario, en Corea del Sur e Inglaterra, acá todo el ahorro se va al privado.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Estandarizar con buenas prácticas internacionales las bases de la licitación y el contrato, la propuesta técnica y la propuesta económica, que sea comparable, no puede ser que uno lo presente con 5 columnas y el otro con 8, Proinversión tiene que dar un formato para que las ofertas sean comparables fácilmente por rubros, tramos, mantenimiento, seguros, grúas, y también una buena matriz de riesgos, importantísimo.

En los contratos no hay matriz de riesgos, entonces ese es un error. Primero se debe hacer un buen diseño del negocio, después un diseño de licitación, tener un equipo profesional adecuado, Proinversión a veces contrata por honorarios para un proyecto y luego viene gente nueva que empieza desde cero, y no sabe el tema, no sabe qué es una APP y una licitación, entonces ahí se pierde mucho y se cometen muchos errores.

Entonces tener un buen equipo, tener un buen modelo, hacer una buena promoción y un buen manejo para la licitación, buenas prácticas para la licitación. Tienen que participar los financistas, las compañías de seguros. Hoy día en Perú el concesionario, te dice “yo me comprometí a asegurar, pero no existe seguros para eso, por eso no puedo contratar seguros, no me obligues a eso”. “En el mercado local nadie me quiere asegurar esta carretera”, entonces el riesgo lo pasas a la municipalidad de Lima, lo han hecho en Nuevas Vías de Lima.

También es importante incluir una mitigación de riesgos, seguros, nunca reducir plazos en el proceso, por reducir a veces se han quedado con un postor y es el peor escenario. Otro tema es que Proinversión tiene toda la información de la licitación, otorga la buena pro y le pasa el contrato a otra entidad pública, y luego el concesionario te dice este contrato está mal, me lo cambias o se cae, ahí en esa etapa de negociación Proinversión debería decir esto está bien,

esto no es nada extraordinario. Proinversión debe acompañar hasta que se dé el cierre financiero y se empiece a ejecutar las obras.

Además de ello, se debería incluir en todos los contratos el compromiso firme de financiamiento, a través del cual cada postor tiene que demostrar que los bancos A, B y C van a financiar en los próximos 5 años el proyecto a una tasa de interés X y se comprometen a hacer los desembolsos necesarios para hacer las obras. Con ese documento se presentan a los procesos, sino tienen los compromisos no le dan la buena pro. El compromiso te demuestra que ya tienen el financiamiento a una tasa, sino los concesionarios después intentan cambiarte la tasa o te obligan a pagarle más porque nadie los quiere financiar. No se puede cambiar las condiciones económicas después que ya ganaste, tienes que cumplir con lo establecido en el compromiso. Si un postor no es capaz de presentarte dicho compromiso, de repente después tampoco lo puede obtener y el proyecto se trunca. Esas fueron las primeras adendas de bancabilidad.

También se debe revisar que dichos compromisos incluyan toda la información relevante para sustentar el financiamiento, he visto casos que presentan los documentos sin las principales condiciones, situación que debe eliminarse.

Comentarios Adicionales:

Oferta temeraria: sabe que el postor no puede cumplir con los requisitos, pero se presenta y después cambia las condiciones para poder cumplir. En el caso del aeropuerto Jorge Chávez, gana LAP y ofrece el 47% total de ingresos como canon después que gana van a la prensa diferentes entidades y dice que 47% es mucho que lo bajen, después de haber ganado, es oportunista decía. Mientras que en el aeropuerto de Quito 51%, en Guayaquil 50%, todos los aeropuertos son autosostenibles y te generan ese plus extraordinario para el concedente, no era algo oportunista y era el estándar.

7.2.10 Antonio Rodríguez

Datos Generales:

Fecha: 13/06/19

Hora: 3pm

Lugar: OSITRAN

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

En mi opinión se va generando nueva coyuntura que conlleva a que tengas que ir... digamos... tratando de adecuar los contratos a las nuevas realidades del mercado financiero recordemos que tienes contratos de primera, segunda y tercera generación en términos de desarrollo de distribución de riesgos estructurados por Proinversión. Es más no necesariamente los contratos son iguales en distribución de riesgos entre cofinanciadas y autofinanciadas y mucho depende también del grado de avance país en su capacidad de convencer de que tiene... va ahorrar todos sus compromisos que genere los contratos de concesión entonces tú tienes contratos de primera generación donde no tuvieron una concepción de como por ejemplo armar los esquemas de

caducidad, los esquemas de exposición máxima del Estado considerando que es un autosostenible en caso de caducidad el reconocimiento del monto de inversión, la forma en que son reconocida ese monto de inversión si es con un esquema intangible o si es con otros esquemas que estuvieron vigentes en estos contratos de primera generación de carreteras en realidad tienen un... son contratos visibles que van evolucionando y eso va de la mano también con que... normativa o especificidad del mismo Estado respecto de cómo plantea que se financien las inversiones ¿en qué sentido? los primeros contratos si bien es cierto fueron muy paternalistas, entregaban instrumentos que coadyuvaban al financiamiento tramitado por el mismo Estado peruano, después eso fue tratando de modificar a efectos de darle mayor riesgo al concesionario a efectos de conseguir el financiamiento.

Pero siempre controlaba o de alguna manera trataba de vigilar el tema que los recursos que provengan para financiar la concesión, sean recursos de entidades de primer nivel y de todas maneras de acotar cualquier riesgo de que pueda venir algún tipo de dinero no lícito digamos... si lo queremos ver de esa forma y por eso los contratos de concesión tiene esquemas de acreedores permitidos y endeudamiento garantizado permitido, eso fue el objetivo central de todos los primeros contratos de concesión, después ya... empezaron a aparecer en el mercado el financiamiento a través de bonos de infraestructuras sobre todo estructurados en paraísos fiscales con una regulación distinta entonces como que ahí ya se pierde un poco el control de finalmente ...de quienes son las personas que finalmente están haciendo el financiamiento de la concesión. Entonces está en ese periodo de ecuación creo yo porque ahorita creo que el último contrato que es el de Titicaca... ya está saliendo con un esquema sin acreedores permitidos creo me parece como una libertad total de que ... cualquiera puede financiar este contrato.

Muriel: pero no tienen garantía del Estado

No tienen garantía del Estado, pero ojo ahí es donde me voy al tema...

Si bien es cierto le das el riesgo total de financiamiento al concesionario, pero ya pierdes control respecto de quien está financiando finalmente ... de donde están proviniendo los fondos para financiar esa infraestructura... o sea, quieras o no quieras... y más aún si las operaciones pueden realizarse en paraísos fiscales en donde quieras... ya ni siquiera vez los contratos, como se están estructurando esos financiamientos

Muriel: Claro, pero en el cierre financiero tiene que presentar el contrato de financiamiento y todos los documentos no? Entiendo que el contrato con la entidad que financia igual

Claro pero ya no bajo un esquema de... que te lo tengo que aprobar sino...tomo conocimiento de lo que tú has hecho, para que no puedas actuar contra lo que está ya pactado. Entendería...que está saliendo así...

Muriel: Con tal de que cumplas con el cierre financiero y que tengas el dinero para hacer la obra... está.

Ahora, eso no sé si va a seguir aplicándose a otros sectores en el caso de infraestructura del transporte como que ha habido siempre...se ha tratado de mantener esa lógica de que haya cierto control del Estado respecto de entidades participan en el desarrollo de infraestructura de servicios públicos... entonces estamos en este periodo.

Muriel: Entonces ahorita ¿Cuál sería el próximo proyecto? ¿El ferrocarril?

El ferrocarril Huancayo – Huancavelica y de ahí vendrían... bueno pero en el más largo plazo ahí vendría línea 3 línea 4.....4 años ... más o menos de ahí que tenga así en cartera Proinversión...bueno creo que están queriendo manejar el tema del tercer grupo de aeropuertos 3 o 4 aeropuertos que le han encargado....que son chiquitos y otras carreteras... más están en rescatar proyectos de lo que antes se llamaba el programa Costa Sierra los que te comunicaba de la Panamericana Norte a Sur hacia serranía...Puertos... ya se entregaron la mayoría de puertos, quizás creo que Pucallpa van a empezar hacer algún tipo de proyectos y bueno de ahí están los proyectos trenes de cercanía que en si ya los han aprobado ...Expandir las vías férreas hacia el Norte y al Sur pero... no si serán por iniciativas privadas o por el gobierno que está intentando impulsar estos esquemas nuevos.

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

El concesionario va a encargar esa función, buscar asesoría externa y buscar a entidades financieras que puedan entregar los recursos y estructurarle todo el proceso y los instrumentos financieros a utilizar y obviamente que las entidades financieras siempre van a tratar de ir a esquemas donde ellos obtengan o estén coberturados si es posible al 100%.

Que asuman el mínimo riesgo posible y si eso implica, obviamente desde su óptica pedir mayores alcances a los contemplados en el contrato de concesión lo van a pedir porque son privados y no tienen limitación respecto a lo que están solicitando, entonces hay todavía un distanciamiento o un entendimiento porque generalmente la lógica del privado es yo puedo hacer todo que no esté, digamos, este no regulado dentro del contrato de concesión porque la lógica en el Estado es: Yo puedo darte todo pero...que este contemplado dentro del contrato de concesión, todavía hay un campo una brecha en donde todavía tiene que haber un entendimiento para que puedan fluir las estructuras financieras y no tener un periodo de adecuaciones que generalmente conllevan a que haya una demora se dilate el proceso de aprobación en la estructuración financiera.

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

En realidad, eso sería lo ideal, sería el mundo perfecto, pero tiene sus desventajas.

1.- Son costo de transacción más caros

2.- Si ya quieres tú un financiamiento firme vas a tener que tener estudios desarrollados para que te puedan dar una estructuración los mismos bancos o la entidad financiera que está acompañando al postor, te pueda dar digamos un compromiso de parte de ellos que vendría a ser a firme porque casi está viniendo de la mano con el concesionario y que si gana tendrían que juntarse, entonces esos dos elementos de que hayan los estudio definitivos hechos por el mismo concesionario y haya un compromiso firme del banco para estructurar al postor hace que se requiera mayor tiempo y mayores recursos.

Pero esos esquemas sí se manejan a nivel internacional, aquí en el Perú, digamos, se viene de un concepto de armar tus procesos y adjudicarlos lo más pronto posible porque requiere la infraestructura y la adecuación después de como estructuras de financiamiento y todo proviene recién después, este es por ejemplo es un tema que de alguna manera actualmente la normativa

lo ha querido acotar de APPs al incorporar el hecho de que los postores presenten sus modelos económicos financieros al momento de presentar su oferta económica

Pero igual, lo más probable que ese sea un instrumento hecho por el mismo concesionario no necesariamente por el banco.

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Sí, básicamente está orientado en Acreedores Permitidos, en que la lista entre comillas corta que contemplan los contratos de concesión se amplíe, por ejem la experiencia que hemos tenido de opiniones se buscaba que agencias de crédito a la exportación que dan seguros no financiación si no de seguros como cobertura de tasas de interés, cobertura de riesgo cambiario...y que se yo.... también fuesen acreedores permitidos a ellos por ejem se les dice no ese es un riesgo atribuir asignado al concesionario y ese tipo de entidades van a cuenta del concesionario porque esta coberturando un riesgo que ellos tiene, pero no eso no entra en acreedores permitidos porque lo de endeudamiento garantizado permitido va a estar respaldado por las garantías del Estado y por lo tanto hay recursos que el Estado va a tener que proveer indirectamente para garantizar todo esto.

Eso me da pie a comentarte algo importante y que nosotros hemos estado viendo a raíz de las adendas, muchas de las opiniones del Estado peruano se basan en información que se produce sólo para el Estado peruano y no es de conocimiento de los postores entonces por ejemplo algo importante que deberían tener los contratos de concesión, es que por lo menos las matrices de riesgo que se generan dentro del proceso de evaluación, que se incluyan dentro del contrato de concesión. Porque si no es asimétrica la norma. En su momento cuando estuve en Proinversión me peleaba por que fuera así... pero...

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Bueno acá que tenemos, justo lo que te mencionaba Adendas de bancabilidad del 2017 36 % estamos hablando acá del total de infraestructura no, no solo carreteras y el 2018 16,67% entonces ha habido una disminución, pero yo creo que es referencial, pero en el 2015 por ejemplo ninguna adenda fue de bancabilidad, es más coyuntural, parece no?

Lo que pasa es que hay una complejidad porque generalmente estas últimas adendas provienen de, en el caso de carreteras, de adendas que incorporen nuevas inversiones y como son contratos de primera generación no está del todo normado para esas nuevas inversiones un esquema de financiamiento que esté dentro del alcance de los acreedores permitidos, endeudamiento garantizado permitido entonces...y es lógico y racional que también puedan ser financiados a través de estos esquemas pero esos esquemas de esos contratos son de primera generación donde no había estructuración con bonistas, no había... tienen que surgir adecuaciones para poder llevar a que este nuevo financiamiento ,estas nuevas inversiones también puedan hacerse con los esquemas actuales

Muriel: Es como una actualización del esquema de financiamiento...

Por ejemplo, te comento un tema puntual, tú adjudicaste una concesión autosostenible donde pusiste un tope de reconocimiento del Estado en caso de caducidad para un monto de inversión

porque fijaste un concepto que se llamaba inversión de proyecto y le pusiste una cifra. Y cuando desarrollas tu esquema de caducidad dices es el menor valor entre los que dicen los estados contables la aprobación...o el valor pactado en esta ingeniería en esta definición de inversión referencial del proyecto.

Entonces, ese contrato fue estructurado con una lógica que el Estado su riesgo estaba marcado por un techo. Pero estas nuevas inversiones que surgen... o contemplaban alguna de estas obras de acá por lo cual ya tenías un techo...pero obviamente el costo de esas inversiones ahora frente a lo que en esa época pusieron pues estamos hablando de un desfase de más o menos de unos 10 años, no lo contemplaría. Entonces, parten de la lógica de Oye: Para yo poder financiarme tienes que sacar ese esquema ya estoy variando un lineamiento de base a ese contrato de asignación...

Muriel: Y también he visto unas adendas que primero se financiaban por pago por disponibilidad y de ahí se incluyó lo de CRPAO o los de Certificados de Reconocimiento. Y ahora entiendo que ahora lo quieren, modificar. O sea, no modificar sino tratar que ahora sean Project Finance... ¿Tú como lo vez es posible eso...?

Hay de todo...en qué sentido...

Los CRPAO surgieron en un momento cuando el país no tenía grado de inversión y tú necesitabas de alguna manera dar seguridad a los que financiaban esas concesiones contando para ello con instrumentos que el mismo Estado te otorgaba en esos contratos de concesión y ahí nacen los CRPAO, al final son unos títulos valor que son transables en el mercado internacional, pero quien está detrás para el pago es el Estado peruano, eso se hizo al principio con las Interoceánicas porque no había forma de hacerlo creíble la concesión de concesiones cofinanciadas que no habían existido en el país y menos con concesiones de otros país, se desarrolló ese instrumento, después se vio que eso cargaba mucho la mochila de las cuentas fiscales lo que podía ser considerado como deuda pública y afectaba como país...después iba madurando país Perú y haciéndose más creíble entonces para que mantener un esquema que era muy paternalista se dejó de utilizar recientemente como 4 o 5 años, se volvió a instrumentalizar pero era porque se trataba de una obra muy grande que era Línea 2 del Metro de Lima y volvió a renacer el concepto de CRPAO. A raíz de esto obviamente que los concesionarios dicen: ah ya! Entonces porque no me dan ese instrumento a mí también y vienen a solicitar por adenda que incluya el sector financiero. Pero eso ya fue de otra época y cambia la distribución del riesgo porque a ti ya te habían asignado el riesgo del financiamiento completamente, pero no me pidas que como Estado vuelva a entrar a tener esos instrumentos entonces...Es también otro motivo...

Muriel: ... También es bien difícil que ahora se vea todo lo del Project Finance porque es hacer otro tipo de estructuración de riesgos o sea es todo riesgo proyecto entiendo, todos los ingresos que tenga el proyecto, es ver riesgos de expropiaciones, interferencias de predios, todo eso perjudica de alguna manera el financiamiento del proyecto.

Es más complejo es mayor cantidad de riesgo metido ahí...Entonces el gran tema es: ...le das o no le das...

El otro gran tema es que hay una intención del Estado en el que los pagos por ejemplo ya sean por no por avance de obra si no por obra entregada. Pago por disponibilidad más que por hito constructivo. El hito constructivo te ayuda a bancar más rápido, pero tienes el riesgo que el

Estado comparte de alguna manera el riesgo de terminación con el concesionario porque si no termina la obra y se generó el pago el Estado va a tener que seguir pagando, pero no se ha terminado de edificar toda la obra. Pero ya generaste los compromisos de pago del Estado, por esos 3 años atrás había ese firme convencimiento que ese pago del Estado por cofinanciamiento debía ser un pago por disponibilidad entonces cuando ya se ha terminado toda la obra te activo todo lo que quieras... de compromisos del Estado.

Que tiene que ser evaluado... y si definitivamente.....

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Definitivamente tendrías que tomar todos los insumos que te permitan poder verdaderamente estructurar un Project Finance. Estamos hablando que el riesgo de terrenos no debería existir, de expropiaciones no debería existir, porque si no estas cargan un mayor riesgo hacia el Project Finance... y obviamente que las tasas, si es que te las dan se disparan...

¿Qué otros instrumentos?

Bueno solidez... como país tienes que puedas trasladar al 100% el tipo de cambio todo eso lo puedes hacer... por las condiciones en que está el país.

Pero... tendrías que tratar de... mira yo creo que definitivamente Proinversión, si es que quiere llegar a ese tipo de estructuras tiene que incorporar dentro de la estructuración el generar instrumentos de financiamiento sombra. Y eso llevarlos a clasificadoras de riesgos que le digan a Proinversión: Si quieres que este proyecto se instrumentalice vías Project finance ¿Qué riesgos tienes que acotar? definitivamente no puedes trasladarlo al sector privado y no puede estar contemplado dentro de tu contrato de concesión. Solo teniendo eso bien claro es que se podría estructurar contratos de concesión con intención de Project finance.

Muriel: y participación más de los bancos... o crees que no se va a dar...no es importante...?

De todas maneras...es que al hacer este instrumento sombra que te digo, ya está saliendo a ver todo el sistema financiero, que riesgos están contemplando si tuvieran que financiar este instrumento.

7.2.11 Gian Carlos Silva

Datos Generales:

Fecha: 28/03/19

Hora: 6:00 pm

Lugar: MTC

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

Adendas de bancabilidad: buscan garantías adicionales para afrontar inversiones

Interpretación del contrato

Incumplimiento de algunas de las partes
Sector transporte: entrega de predios
Comportamiento oportunista del privado

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

El rol de las entidades financieras es esencial. Una de las principales actividades que realiza la entidad financiera durante el asesoramiento es el due diligence a fin de asignar y mitigar los riesgos del del proyecto, considerando todos los aspectos para que el concesionario cumpla con sus obligaciones.

Las entidades financieras deberían involucrarse mucho más durante la estructuración del contrato de concesión, Proinversión debe tomar en cuenta las sugerencias del mercado.

¿Es posible que las entidades financieras puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Proinversión es quien tiene competencia durante la etapa de formulación y estructuración del proyecto. Desde el MTC, no se tiene experiencia sobre el acompañamiento de las entidades financieras.

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

En el transcurso de los años se están viendo varios cambios en los proyectos de APPs. Se solicitan cambios a los contratos con el objetivo de adecuarse o las variaciones de endeudamiento garantizado, valor que el Estado paga a favor de los concesionarios, condiciones del Acreedor Permitido calificado como tal.

Se puede ver que las condiciones en el mercado de endeudamiento mejoran, por lo que el concesionario se encuentra interesado en modificar o actualizar ciertas cláusulas del contrato de concesión.

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Normativamente ya no se podrán solicitar adendas de bancabilidad. Chinchero fue un ejemplo de adenda de bancabilidad en donde se interpretaron cláusulas a favor del concesionario, quedando evidenciado el oportunismo del sector privado.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Deben encargar el proyecto a los mismos funcionarios durante todo el proceso de promoción hasta la ejecución del contrato, es decir, Proinversión debe asignar a una persona que acompañe al MTC y OSITRAN durante la operación del proyecto.

En la etapa de transacción, los postores deberían dentro de la oferta económica revelar como llegan a los montos (TIR), esto evitaría la suscripción de adendas, y en especial adendas de bancabilidad. En ese caso, se verificaría que los supuestos económicos sí se condicen con el contrato, evaluando el análisis en la etapa de formulación. Para ello, es importante que haya transparencia en ese sentido, Proinversión debería revelar dicha información.

Asimismo, antes de firmar el contrato debería haber algún tipo de verificación del cierre financiero, no se debería suscribir el contrato sin que se tenga la certeza de tener el financiamiento por parte del banco.

7.2.12 Samuel Rivero

Datos Generales:

Fecha: 05/04/19

Hora: 10 am

Lugar: MTC

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

Las APPs básicamente se manejan como todo proyecto desde un primer momento de la concepción de la planificación, si no hay una adecuada planificación del proyecto, una adecuada vinculación de cuáles son los problemas que queremos resolver, definitivamente no vamos a poder continuar hacia adelante con eso y en algún momento vamos a tener algún tipo de renegociación.

Los errores de los gobiernos de turno, sobre todo en el gobierno de Ollanta Humala que manejó muchos proyectos y los quiso resolver en su momento adelantando los plazos y corriendo mucho las fechas, generando una serie de indecisiones que al final por llegar a las fechas del contrato terminaron firmándose los contratos sin determinarse determinadas condiciones, valga la redundancia.

Estos son los principales errores que se cometen, no se establecen plazos adecuados para la entrega de predios, para el saneamiento de sus predios ya. No se establecen plazos realistas para el tema de las inversiones sociales que van a tener un proyecto.

No se establece un Project finance adecuado o no se hace una medición del Project finance adecuado o con una viabilización de lo que van a ser los pagos a futuro, eso se tiene que coordinar entre los diferentes sectores que van a estar involucrados.

Cuando hay un proyecto de relevancia regional como por ejemplo Majes –Sigvas en Arequipa o Chavimochic en la Libertad, que están a cargo de los gobiernos regionales y tenemos que ver cuál es la predictibilidad de recursos en el futuro.

Tú sabes que para el tema de las apps nosotros tenemos un límite de gasto anual. O sea, anualmente tú no puedes gastar más que cierto porcentaje del Producto Bruto Interno, es 3% del PBI estamos hablando, un punto porcentual del PBI está alrededor de los 6,000 millones de dólares estamos hablando de 12,000 15,000 millones que no se pueden gastar más allá de eso

y estamos haciendo repagos por varios proyectos que ya nos han dejado más o menos cortos de dinero, eso no nos permite una predictibilidad a futuro y nos limita bastante en los proyectos Proyectos que en todo el país necesitan, son principalmente las limitantes que hay.

Para mí el principal error, son errores de planificación, falta una planificación adecuada, una imposición adecuada de cuáles son las etapas que se deben quemar allí y eso determina que gente que no está involucrada en el tema de las APPs intervengan también ya por factores políticos, adelantan plazos, no toman en cuenta ciertos detalles.

Para muestra un botón, tienes el caso de Chinchero. Chinchero se adelantaron plazos se adelantó y se corrió como un año para poder firmar Chinchero en el año 2014 ¿Qué fue lo que sucedió? no se consignó la tasa de interés a cargo de quién iba a estar, ese fue un error, teníamos que hacer una adenda, pero no la adenda que se firmó hace un par de años y que originó la salida de un gobierno.

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

En la formulación y la estructuración las entidades financieras van determinando cada una los porcentajes de riesgo que van a asumir en el financiamiento de cada uno de estos proyectos. En función de cómo se va estructurando ellos van midiendo que porcentaje lo que les va a tocar de la inversión general.

En un primer momento cuando recién estoy formulando no he determinado todavía si el cofinanciamiento va a ser determinado así, estoy todavía hablando sobre condiciones que no se pueden cuantificar, pero cuando ya está formulado el proyecto y se empieza a estructurar ya yo tengo más o menos un proyecto del contrato que me va a establecer determinada cantidad mínima que voy a tener que invertir.

Las empresas por muy grandes que sean no cuentan con esta disponibilidad, no la tienen por eso es que firman contratos con los bancos. Cuando una de estas empresas tiene una espalda financiera fuerte, puede conseguir un financiamiento o un porcentaje bajo de interés, cuando no lo tienen, las cosas se disparan.

Vuelvo al caso de Chinchero, Andino Holding que era la empresa que estaba detrás de Kunturhuasi, que es el consorcio ganador de Chinchero tenía una espalda financiera más o menos adecuada el año 2014 por eso su tasa de interés oscilaba más o menos entre 8 y 10 %. Pero las cosas variaron, de acuerdo al reporte de Rutter internacional las cosas variaron. Algo sucedió que su espalda financiera el año 2016 ya no era la misma, dos años después ya no tenía...eh, me parece que se habían sobre endeudado de los análisis que puedo hacer me parece que se habían sobre endeudado. Por lo tanto, el riesgo de financiamiento por parte de las entidades financieras era mucho mayor.

Por eso, eso se traduce en una tasa de interés más alta. Por eso es que ellos decían: Oye, finánciame tú Estado porque tú con la garantía soberana vas a obtener un financiamiento de 4% más tasa libor ,4% más libor 7%. Si voy yo, que estoy sobre endeudado, voy a tener 28% más tasa libor 31%, lo cual hace que el proyecto se dispare.

Muriel: entonces el endeudamiento estuvo mal por parte de ellos...

Ellos sabían que tenían que explotar un proyecto y sabían que tenían que iniciar. Era el primer proyecto que se había determinado que la empresa debía iniciar con el financiamiento.

El proyecto era en dos etapas: la primera etapa, la empresa durante los 6 primeros años iba a financiarlo ellos. El contrato era muy bueno para el Estado peruano, la segunda etapa ya lo iban hacer ya con pagos del Estado, iban a tener la concesión por 40 años, y gracias a eso se consiguió esa concesión por 40 años.

Pero finalmente, si se cambian las condiciones como se cambiaron en el caso de Chinchero, en las cuales nosotros íbamos a financiar la primera etapa y también la segunda entonces, ¿Para qué lo necesitamos por 40 años? O sea la población se preguntó ¿Para qué lo necesitamos? lo podemos hacer como una obra pública, cómo se piensa hacerlo ahora.

Por eso, es que se cae todo eso, por eso el escándalo que vivimos hace dos años y todo eso. Ahí tuvieron mucho que ver las entidades financieras, porque las entidades financieras lo que miden finalmente son riesgos.

Si un proyecto no tiene riesgo, el proyecto es de un costo bastante bajo. Pero si los riesgos de un proyecto son altos los riesgos cada vez que hay mayor cantidad de riesgo involucrados los intereses son más altos. Obviamente los beneficios también lo van a ser porque 40 años manejando un contrato de índice aeroportuario con capacidad para 8 millones pasajeros al año entonces, relativamente es fuerte.

Muriel: Entonces por el lado financiero tenemos bueno al sector privado y a la banca y de ahí también esta Proinversión como un estructurador...

Proinversión lo que hace es una estructuración del contrato, una estructuración digamos básica del contrato que es como una estimación de lo que puede suceder a futuro ¿Cuáles son los riesgos aquí? ¿Qué porcentajes se puede aplicar? Y diferentes escenarios bajo eso, tres escenarios, Un escenario optimista, regular y un escenario pesimista.

Pero finalmente, eso se traduce en el momento del contrato, en los contratos que internamente va a firmar el concesionario, el ganador de la buena pro con sus respectivas entidades financieras que no necesariamente se reflejan en eso, pueden ver, es clarísimo que cuando hay un cambio de gobierno, el riesgo es mayor, el riesgo-país se eleva. Y eso tiene que estar contabilizado dentro de uno o dos puntos en la tasa de interés, finalmente eso se traduce en más dinero y eso tiene que estar establecido en el contrato propiamente. Para eso necesitamos economistas, para eso necesitamos ingenieros, para eso necesitamos abogados que no solamente lo sean, sino que además sean especialistas en el tema ya, y como te puedes dar cuenta no abundan muchos aquí en el país. Principalmente, ese el problema ahí.

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Yo considero que sería un costo, un costo que las empresas no sé si estarán dispuestas a asumir. Cada empresa tiene un banco con el que trabaja ya, pero muchas veces para financiar estos nuevos proyectos necesitan más de un banco o no necesitan un banco de banca local necesariamente, necesita un banco internacional muchos trabajan con el BBVA aquí pero finalmente traen al Bilbao Viscaya español, a la matriz que es la que puede reforzar esto.

Entonces, para mí es un costo adicional en el que va a incurrir el banco y que obviamente lo va a trasladar. La posibilidad de que puedan trabajar con ellos y que los puedan acompañar durante el proceso de promoción de la inversión privada completamente está dado en la capacidad que tenga la empresa de responder porque ojo, nada me garantiza que si me está acompañando voy a ganar, nada me garantiza eso, solo me va a garantizar que yo tenga la oferta que este dentro de los ratios adecuados para poder ganar ahí si no tengo esas condiciones definitivamente va a ser una inversión, un costo hundido perdido porque no lo voy a volver a recuperar.

Entonces el riesgo que tendría una empresa, particularmente, yo no lo asumiría.

Yo lo que asumiría es tener mis estructuradores especialistas en el tema, que revisen la información que me da Proinversión, que revisen la información que me da el sector, en este caso, Transportes y Comunicaciones y que en función de esto yo voy a empezar a determinar mis propias estimaciones y eso yo se los haré llegar al banco para que el banco lo analice y vaya viendo que porcentaje me va a brindar por los riesgos que estoy asumiendo.

Muriel: Claro, porque al final el análisis de rentabilidad que haga...y todo también sirve para las opiniones y sugerencias que presente...

En realidad, siempre ha habido esto, pero no había una obligación legal, ahora lo hemos puesto legalmente en el 1362, pero desde el 1012 que es cuando se crean las AFP en el año 2008 esto siempre ha habido y esta situación que ha habido...

Muriel: ¿Qué pasó? Proinversión no acepta los cambios....

No, si los aceptan, lo que pasa es que las empresas no están acompañadas necesariamente por una entidad financiera. Llegan a la entidad financiera en el momento que ganan, nuevamente te vuelvo a repetir, esto es un costo para ellos, el tener un banco que me esté acompañando todo el tiempo, el banco no lo va a hacer de gratis, el banco me va a acompañar porque yo le estoy pagando por los servicios financieros y el asesoramiento financiero que me está brindando.

Entonces, en el momento de la estructuración yo estoy analizando no con uno estoy analizando con diferentes bancos que son los que me van a prestar generalmente.

Y estos bancos me van a cobrar por los servicios van dando, esto va a encarecer ya, va a encarecer mis costos de promoción de la inversión privada, y eso lo voy a trasladar finalmente a mi oferta.

¿Qué va a pasar con otro postor que no está siendo acompañado? Ya. Él no va a trasladar estos costos y obviamente voy a tener un desfase ahí. Yo particularmente no lo tomaría porque es un costo adicional en que voy a incurrir en el cual no todo en el mercado va a incurrir. Y respecto al problema de la bancabilidad el cierre financiero es una etapa que es obligatoria y que nosotros como estado deberíamos exigirla en sus plazos, deberíamos ser muy cortantes en sus plazos. Tú te comprometiste en 6 meses a cerrar esto y si no tienes el dinero o no me muestras los contratos que has firmado con las respectivas entidades financieras en donde te prestan el dinero lamentablemente acá no lo puedes hacer.

Pero por una política de mantener la concesión a pesar de que sabemos que la empresa no es una buena pagadora, hemos cometido muchos errores en el pasado, lo que quieren hacer es desaparecer esto para que no haya adendas de bancabilidad.

Muriel: Y que no soliciten modificaciones sustentando que no les van a otorgar este financiamiento...

Necesito más tiempo.

Eso fue lo que pasó en gaseoducto, en gaseoducto, Odebrecht era una empresa con mucha espalda financiera, el año 2014 cuando se firma eran Graña Montero, Odebrecht y Gas de España, cuando se firma Gasoducto del Sur.

La idea no era mala pero el proyecto desde un primer momento estuvo con varias cosas. Yo estaba en Proinversión en esa época, yo te puedo dar fe de que había muchos, muchos temas que eran no regulares por no decir otra cosa, muchas presiones por parte de políticos de gente del más alto nivel ahí metida y que ahora está en problemas por ese tema justamente.

Entonces, en el caso de Odebrecht ellos trabajaban con varios bancos, ¿Por qué? En el año 2014 nadie podía decir que era dinero producto de la corrupción o algo por el estilo, los señores de Odebrecht eran empresarios de primer nivel e invertían en diferentes países por eso se les invitaban, o sea a muchos políticos hoy en día se les está reclamando, a muchos ministros tú te reuniste con tal persona, me reuní con tal persona porque son empresarios y era mi función hacerlo y en ese momento nadie decía nada.

El escándalo de Odebrecht estalla en 2015 en Brasil y aquí a Perú llega en 2016 y en ese momento es que se supo todo. Ahora ¿Qué sucede en 2016? Ellos ya habían invertido cierta cantidad en el gaseoducto pero en 2016 cuando estalla el problema de Lava Jato en Brasil, ningún banco les quiso prestar, por eso dijeron: Oye, yo quiero pagar, tengo dinero pero ningún banco me quiere prestar, o sea, ¿Qué hago? El Estado peruano le dio un plazo adicional que estaba contemplado dentro del contrato, pero cuando este contrato se vencía, Odebrecht le dijo: No he encontrado ningún sólo banco, o sea le quiero vender el proyecto a alguien y nadie me lo quiere comprar. Nadie quería que lo vincule con actos de corrupción de ese tipo.

Ningún banco americano, canadiense, europeo o asiático quería estar metido en el tema, finalmente termino cayéndose el contrato por un tema de bancabilidad. Es la primera vez que en el Perú se cae un contrato de asociación público-privado por un tema de bancabilidad.

Ojo! y estos problemas de bancabilidad ha habido en muchos proyectos

Muriel: pero no se llegan a caer porque aceptan ampliar el plazo y aceptan las modificaciones.

Se amplían plazos, hay modificaciones, no hay un estudio adecuado y no hay opiniones técnicas, más nos dejamos llevar por opiniones políticas. Imagínate que el gobierno de Ollanta Humala, en el caso de Odebrecht que debió hacerlo caer en su momento, lo hubiese hecho caer, cómo explicaba que había firmado un contrato y a los 02 años estaba cayendo, tuvo que venir otro gobierno y a pesar de que no quería hacerlo, tuvo que hacerlo porque ya no quedaba de otra. Ya las consecuencias eran mayores y ya se sabía que el principal accionista que era Odebrecht no iba a poder. Nadie quería firmar o prestarle un dólar.

Muriel: Pero ese hecho era un tema bueno, sobreviniente por así decirlo, pero es un tema de corrupción imputable al concesionario, no era culpa del Estado, ni era un hecho de caso fortuito o fuerza mayor...

Correcto. A partir de ese momento es que se empieza a especular que debemos firmar cláusulas en las cuales se permita pues de alguna manera antes los actos de corrupción me devuelves toda la concesión.

Muriel: Claro, incluyendo las cláusulas en los contratos

Ninguna empresa ha querido firmar, no hay una sola empresa, lo estamos haciendo en los contratos nuevos como condición. Pero los contratos anteriores que hay una obligación de cambiarlos, ninguna empresa lo quiere cambiar, no sabemos porque, pero si no lo quieren cambiar...

Imagínate que tú y yo somos socios y hemos ganado una concesión de una carretera, tú no has tocado nada, no has hecho absolutamente nada, pero ¿puedes poner las manos al fuego por mí?

De repente yo no, yo no firmo nada porque de repente yo sé que en algún momento he hecho algo y si eso se descubre y yo firmo eso se nos caería la concesión, y tú tampoco lo harías porque no puedes poner las manos al fuego por mí.

Eso es lo que ha utilizado Graña y Montero, Graña y Montero dice: No, yo no he hecho nada, no he tocado nada, ellos han tocado, ellos han sido yo no, yo solamente los acompañaba. Pero eso pues es un poco difícil de creer porque han estado juntos en muchos proyectos.

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Primero es la definición de acreedores permitidos para poder incluir a instituciones que no estaban en un primer momento.

En un segundo momento, es la variación de las tasas de interés cuando no están definidas adecuadamente. Eso se transforma en mayor cantidad de dinero que tenemos que pagar, finalmente nosotros como Estado tenemos que pagar.

Plazos adicionales, ya si tenemos un plazo cerrado de cierre financiero, los plazos adicionales de cierre financiero que podrían seguir corriendo y corriendo y corriendo. Te doy un ejemplo: Majes-Siguas, Majes -Siguas fue firmado en 2010, hasta ahora no tiene cierre financiero, 9 años después, no tiene cierre financiero y el proyecto está a punto de caerse.

Majes-Siguas fue un proyecto que se apuró demasiado fue durante el gobierno de Alan García, se apuró demasiado en el tema y se empezó con 440 millones de dólares, pero hubo...El problema de Majes -Siguas es que el proyecto, la toma de agua, la derivación está en territorio arequipeño, y no hay problema ahí las aguas son del Estado pero está muy cerca de la frontera con Cuzco y ese río corre hacia Cuzco entonces la provincia vecina, la provincia arequipeña es Cayllón y la provincia vecina es Espinar, la provincia vecina generó todo un problema, se inició una acción de amparo en la cual.. primero se manejó en el Juzgado Local de Espinar en Cuzco, obviamente lo ganó Cuzco, de ahí se llevó a la Corte Superior de Cuzco y lo ganó Cuzco y, de

ahí se trajo al Tribunal Constitucional. Y aquí en Lima, 3 años después gana Arequipa y ya permite realizar el proyecto.

El proyecto Majes-Siguas tuvo un retraso de 03 años, ¿qué paso con Majes cuando se reinicia? En el año 2013 el Estado dijo Ok vamos con las mismas condiciones y la empresa dijo, un ratito, tenemos alguna cosas que discutir: por ejemplo: Mi plazo de contrato era de 4 años para construcción y empezaba el 2011; 2011, 2012, 2013 y 2014 eso quiere decir que me queda 01 año para terminarlo y lo más lógico es que si he estado parado por culpa tuya porque ha sido el Estado peruano, lo lógico es que me amplíes mi plazo 3 años más.

Es lógico, he estado parado por culpa tuya, no porque yo quería, sino yo hubiera empezado ya, entonces amplíamelo 2014 hasta 2018. Ok todo perfecto hasta ahí.

Y segundo, tenemos que hablar de costos porque los costos que yo ofrecí en su momento ya no son los mismos y se ha elevado de 440 a 600 millones ellos plantearon 600 al final llegaron a 550 millones, tronzaron con el MEF en 550 millones. Y ya empezaron a avanzar, pero el proyecto está a cargo del gobierno regional. Y por muy desarrollada que sea la ciudad de Arequipa no tiene especialista en APPs, no tiene a los especialistas, entonces no lo han manejado adecuadamente.

El gobierno regional primero estuvo Guillén después estuvo Yamila Osorio y ahora el que está. Los 3 gobiernos regionales son un “0” a la izquierda en APPs, entonces el proyecto está tan retrasado que la empresa dice: Se está retrasando por indefinición de Uds. ahora ya no cuesta 550 millones, terminar el proyecto va a costar 660 millones y el MEF les ha dicho hasta acá nomás. Si va a costar más de 550 yo no tengo un centavo más y la cosa queda ahí, y están en esa indefinición, si se cae el proyecto o si continúan y ese es por un tema de bancabilidad y hasta ahora no hay cierre financiero.

Muriel: Claro, bancabilidad, pero por un hecho imputable al Estado, por el tema que no se definen las interferencias

Primero la interferencia del gobierno regional, el gobierno nacional debió ponerse fuerte y decir no acá, yo soy el dueño de las aguas como gobierno nacional y yo decido lo que se hace. Por evitar un conflicto social, lo que está pasando en las Bambas que nadie define nada y ya tenemos 1% del PBI de retraso hacia el final del año, o sea tenemos todos esos problemas.

Hay un primer problema: que hay un gobierno que no definen las condiciones adecuadamente porque está siendo manejada por personas haciendo tendencia política que prefieren dialogar antes que ponerse fuertes. Y ponerse fuerte no hablo de violación de derechos humanos ni nada por el estilo, si no utilizar las armas constitucionales para que de alguna manera puedan recobrar todo eso.

Segundo: Las empresas pues buscan algún tipo de beneficio adicional y siempre lo han buscado, son empresas y están hechas para ganar, negar eso sería pues ser muy inocentes para ese tema.

Entonces, ese manejo de las empresas tenemos que aprender a negociarlo también y ¿Cuál es la función de un asesor sea ingeniero, sea economista, sea abogado que son los tres principales que intervienen en las APPs?

Lo primero que tienen que hacer es entender cómo funciona el sector privado, porque para poder venderles una idea tenemos que entender que es lo que quieren comprar, tenemos que entender el sector privado, lo que quiere es ganar y por lo tanto tenemos que saber por dónde va a ganar para de alguna manera también sacar alguna ventaja para el Estado.

Eso es principalmente.

Muriel: y que no se agarren de nuestro punto débil ¿no? De los riesgos.... No me vas a cumplir los plazos... ese es nuestro punto débil como Estado

Hay puntos débiles porque las personas que trabajaron en el contrato no son especialistas. Entonces la estructuración está mal, el contrato está mal, sabemos que en algún momento se deben cumplir. Hemos llegado al punto que se han firmado contratos que al día siguiente se estaba firmando la primera adenda, hemos llegado a esos puntos. ¿Para qué firmo algo si voy a firmar una adenda al día siguiente? No lo firmo, tengo que ponerme de acuerdo en todo, tengo que revisarlo 100 veces y no tenemos especialistas suficientes en el país como para determinar eso, ninguno, ni el MEF los tiene ni Proinversión los tiene ni nosotros como Dirección General de Programas y Proyectos antes nos llamábamos Concesiones en Transportes, pero recientemente Programas y Proyectos en Transportes.

Pero no los tenemos no hay especialistas, el sector privado tampoco los tienen. Pero tienen más recursos para contratar más especialistas y consultores internacionales y todas esas cosas. Entonces manejan más recursos que nosotros. Nosotros tratamos de alguna manera estudiar cada caso y poder a la par de estar administrando un contrato y quedar bien con el concesionario, también manejar las condiciones para que no se aprovechen del Estado principalmente.

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Entiendo que ya no habrá por política del Estado, han modificado la norma en donde se ha incluido una excepción de hecho sobrevivientes a la adjudicación de la buena pro, en donde tampoco se van a incluir las solicitudes de acreedores permitidos por ahí.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

En primer lugar, un cambio en la estructuración del contrato. Si nosotros vamos a hablar y ahí intervenimos nosotros los abogados directamente, si nosotros vamos a hablar que el cierre financiero es en 6 meses la fecha se tiene que respetar. ¿Por qué? porque no lo estamos colocando nosotros, lo está aceptando libremente desde el momento que está como postor. Todos los postores están compitiendo bajo las mismas condiciones y si nosotros le cambiamos las condiciones cualquier otro postor podrá reclamar. Un momentito: Yo acepte 06 meses pero si a este Sr. le estas dando 6 meses y 6 meses más ya pues yo también podría hacerlo, no hay ningún problema. Yo he perdido bajo la condición de 06 meses, pero tú le estas cambiando las reglas del juego a él.

Tenemos que colocarlo como una base estándar ya que la fecha de cierre financiero no se va a mover porque se entiende que si un postor se compromete a determinada fecha, es porque tiene la seguridad de tener los recursos o de obtener los contratos necesarios que le den ese espaldarazo para poder de alguna manera manejarlo. Eso es lo principal que tenemos que hacer.

El cambio normativo nos va a obligar a un cambio en el contrato y en los contratos tenemos que establecer previamente la fecha en que se va a determinar todo eso. Con eso eliminamos cualquier posibilidad de que nos quieran introducir cualquier adenda de bancabilidad.

Muriel: Porque por hechos sobrevivientes ¿cuál es el criterio que van a tomar ahora?

Podría haber hechos sobrevivientes como, por ejemplo: Lo que pasó en Chavimochic, en Chavimochic la etapa 3, lo que están haciendo en este momento y también son nuestros amigos de Odebrecht y Graña y Montero que son el Consorcio Chavimochic, esto lo ganaron ellos en 2013, en diciembre de 2013.

¿Qué sucedió? Cuando hubo el fenómeno del niño del 2017, ellos dijeron: Oye un momento: A parte que ningún banco me quiere prestar para este proyecto, lo tengo bastante avanzado, pero... jamás nos imaginamos que esto iba a suceder, y tenían razón. Era un evento de fuerza mayor, que definitivamente no estaba mapeado, nadie estaba preparado para eso al punto que las ciudades del norte fueron muy golpeadas como para ese tema.

Eso es un evento sobreviviente que, sí pudiera aceptarse y tendría que establecerse, ahí entran los ingenieros, ok cómo ha sido el deterioro, qué porcentaje para determinar ok, te voy a ampliar por tanto plazo, pero nada más que por esto y por única vez.

Porque si voy a estar con eventos sobrevivientes, ok amplíame 6 meses con la posibilidad de 6 meses o sea de una vez 1 año.

Si la empresa no tiene las condiciones, si el concesionario no tiene las consideraciones a eso y para eso tiene un análisis que hacen en la etapa de estructuración también, para eso ellos hacen un Project finance, hacen una administración de todo el financiamiento del proyecto ante diferentes eventualidades que son las condiciones sobrevivientes. Para eso ellos también deben tener el financiamiento necesario, entonces son consideraciones que tenemos que exigirle al privado, así como ellos nos exigen otras consideraciones a nosotros nos exigen los pagos puntuales nosotros también tenemos que exigir el pago puntual en el momento de la bancabilidad.

Muriel: Exacto, y todo de manera previa para que no se haga después...

En otros países utilizan el cierre financiero al momento del contrato.

Muriel: Sí, es justamente lo que te iba a comentar. Varios entrevistados me han dicho, ¿acá se podría aplicar?

Colombia lo utiliza, nosotros claro podríamos aplicarlo porque las mismas empresas que trabajan en Colombia vienen para acá nosotros podríamos aplicarlo. Chile lo utiliza, lo utiliza Colombia, lo utiliza Reino Unido, lo utiliza la India.

Muriel: sería demorar un poquito más la firma del contrato pero ya de ahí cerrarlo.

Pero ya hay un cierre financiero y ya hay un aseguramiento de que los recursos están allí. Y que no se va a retrasar el proyecto por falta de recursos del sector privado.

Muriel: el proceso de adendas también es un proceso bastante burocrático.

Es un proceso muy burocrático en el que se va a gastar más dinero.

Intervienen...en el caso de nosotros, interviene el sector, interviene OSITRAN, interviene el MEF, Interviene Proinversión y hasta Contraloría.

7.2.13 Raquel Moreno

Datos Generales:

Fecha: 09/04/19

Hora: 6pm

Lugar: MTC

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

Falta de entrega de predios. Ambigüedad en los procedimientos de aprobación de los EDIS. Los procedimientos de pagos. Esas son las 3 primeras causas que generan una renegociación.

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Bueno en general la función es mirar si ese proyecto es viable, y mirar cuanta ganancia tiene en el tiempo. Si la tasa interna de retorno es la adecuada. Normalmente una tasa interna de retorno puede ser de 10 a 15 % de ganancia para que sea viable este proyecto y eso es lo que miran. Miran la viabilidad y racionabilidad en los plazos, en general miran la coherencia que pueda tener cada contrato y que el diseño contractual sea pertinente para la obra que piensan hacer.

Sabes que me preocupa bastante en los últimos contratos que se han dado, es que se han hecho una evaluación de gabinete. ¿Qué significa eso? Que no han ido a campo. Porque por ejemplo en el Contrato de la Longitudinal de la Sierra. Ahí se ha encontrado que por ejemplo para hacer la rehabilitación y todo el tema en la zona de Cutervo, deben tener mayor área a la que realmente existe, ¿qué significa esto? de que hay muchas zonas urbanas donde vas a tener que hacer expropiaciones o donde te vas a tener que volar un cerro lo cual hace que no sea tan viable la ejecución del proyecto.

Entonces van a ver un atraso en las inversiones pero no va a ser un atraso en contra del concesionario si no en contra del concedente porque al ellos no invertir... yo por ejemplo le estoy pagando un PAMO lo cual no corresponde porque no están haciendo operación ni mantenimiento. Entonces hay varios aspectos que no solamente perjudica al concesionario si no también perjudica al concedente por eso, las fechas máximas que se deben poner son hitos importantes más no fechas específicas de por ejemplo: en mayo 2019 o mayo 2020. Sino deben de ser hitos que gatillen una obligación que realmente la ejecute.

Muriel: Y esto se debe por parte de Proinversión pero al mismo tiempo ese estudio lo podrían hacer los mismos bancos

Sí, claro lo hacen los bancos, o sea, los bancos cuando estructuran hacen un memorial. En el memorial hay un parte que es un experto económico, hay un experto legal, hay un experto técnico que hace todo este memorial en la evaluación de cada uno de los proyectos y ve que

tan viable es, un poco para asegurar si es que debe invertir determinado banco o entidad financiera en este proyecto o no lo debe de invertir porque existen lo que se llaman Riesgos

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

En Perú no hay ese tema, no se ha dado, pero lo más indicado para generar mayor competencia y que el proyecto sea más viable sería de que todos los postores propongan algunas ideas en las cuales les pongan puntajes como por ejemplo sucede en Inglaterra en donde les ponen puntajes y la solución técnica que ellos han propuesto es viable. Entonces ellos asumen parte también... en algunas carreteras le das el Expediente Técnico entonces ahí no asumen mucho el riesgo del diseño... no asumen el riesgo de diseño pero en este caso como está estructurado en esta forma si es que dan una solución adecuada les ponen un puntaje o sea ahí sí habría una mejor seguridad de que el postor que está ganando sea el postor adecuado, el técnico no el que me va a llevar a un arbitraje como sucede en Línea 2, Chinchero, La Longitudinal que también hemos tenido varios problemas entonces ahí tú generas a un buen técnico tú lo que debes de conseguir, por lo menos en concesiones de carreteras es un buen operador porque recuerda, las concesiones que se dan son una parte de la construcción pero es una parte menor. Pero la parte mayor ese es el riesgo de la operación, entonces si tú no tienes un buen operador adecuado, no vas a poder llegar nunca a tener un buen socio estratégico en este caso el concesionario no....

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Respecto a la predictibilidad de sus pagos, en general ellos miran el cronograma de la ejecución de las obras y miran si el plazo es razonable para la ejecución de la misma, si es razonable el plazo para la entrega de las áreas, miran también el tema de la estructura de cómo va a ir ¿Por qué? porque muchos de ellos van a ser pagados diferidamente a través de certificados de pago (CRPAO).

Mira en Línea 2, lo que pidieron los bancos, o sea, en general pidieron aseguradores de sus inversiones. En general se modificó varios términos.... Bueno la mayoría de los Acreedores Permitidos estaban ligados a un tema de administradores o representantes de los accionistas, cuando hay varios bancos involucrados pero lo que piden es tener predictibilidad respecto a esto y tener mayor seguridad respecto a la ejecución de la obra.

Muriel: ...Estas modificaciones... de hecho algunas son repetitivas? Esto se tiene que estandarizar... o cómo lo ven en cada sector...

Lo que pasa es que depende del proyecto, depende del monto de inversión, del proyecto del plazo y del riesgo que está asumiendo porque recuerda hay diferentes contratos de concesión. Tú puedes, por ejemplo, tener BOT, en Energía pero acá normalmente en el sector Transportes tienes DFCOT: Diseño Financiamiento Construcción Operación y Transferencia.

Entonces es diferente la estructura que tú tienes en uno o en otro sector. Entonces dependiendo de eso hay que evaluar caso por caso y ver cómo han ido yendo en el tiempo o viendo progresando en su tema del diseño contractual porque un diseño contractual por ejemplo de

una red vial es diferente a un diseño contractual de la IIRSA 2, 3 o 4, o es diferente a un diseño que hay en las líneas del metro, a la del aeropuerto, en un aeropuerto. Por ejemplo los contratos son más ligeros que por ejemplo en una línea de metro, o sea un contrato más complejo lo puedes encontrar en una línea de metro, no en una carretera por ejemplo.

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Sí, es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad teniendo en cuenta de que generes mejores contratos. Tus contratos tengan plazos que sean adecuados, y recuerda de que las adendas de bancabilidad tengan un acuerdo entre las partes no es que las puedas obligar o sea requiere un acuerdo entre las partes y requiere que tengan un interés...el interés público entonces para eso tiene que haber un win and win una ganancia de ambas partes.

Yo considero que pese a la modificación que ha habido a la 1224, la 1362 sí te abre una ventana, una caja de pandora para mí muy grande que es hechos sobrevinientes, entonces ahí puede venirse un montón de cosas donde un inversionista te dice: Me produces inseguridad jurídica.

Y recuerda que las adendas de bancabilidad se dan porque supuestamente no son bancables pero hay un tema adicional, cómo te vas a bancar tú un contrato que supuestamente para ti no es bancable, si no es modificable y supuestamente hay anexos en el contrato de concesión que señalan de que tienen que presentar el acreedor permitido para sea considerado como acreedor.

Pero lo que ha sucedido en el transcurso del tiempo es que uno se presenta como acreedor posible, probable acreedor, solicita la adenda de bancabilidad y después no se banca, como ha sucedido en Línea 2, como ha sucedido en Chinchero, como ha sucedido en otras carreteras. Entonces debería de haber un compromiso firme, independientemente que tengas que modificar determinadas cosas, debería haber un compromiso del banco que dijera sí estoy interesado pero tengo que modificar determinadas cosas y no cosas que no le conviene porque normalmente las adendas de bancabilidad viene cualquier cosa por ejemplo te dicen de que le tienes que pagar lo efectivamente ejecutado, pero pagarle al efectivamente ejecutado implica asumir un riesgo de construcción, por ejemplo del concesionario que no llegue a tiempo yo le voy a pagar por un incumplimiento, y le voy a generar incentivos perversos cuando al concesionario para que ejecute lo máximo yo le tengo que pagar cuando no tengo plata, tengo un techo presupuestal, entonces esos aspectos el Estado siempre los mira para que nunca incumpla porque recuerda, dependiendo de cada tipo de contrato tienes un tope sino es una causal de caducidad por incumplimiento del concedente, el cual tiene una cláusula exorbitante, en el cual te dice que si no cumples te caduca y le tienes que pagar toda la inversión y ganancias que iban a tener a futuro durante el plazo de la concesión.

Muriel: Y también dicen que en otros países el cierre financiero es antes de la firma del contrato Ud. cómo lo ve? funcionaría acá?

Lo que pasa es que en Inglaterra por ejemplo el cierre financiero es antes de la firma del contrato pero es un contrato firme ¿Qué es lo que implica eso? Implica que los procesos de promoción sean más largos ¿Por qué? Porque ya lo mirarían mejor y lo mirarían ya viendo de que el que se va a apalancar con este contrato va a tener que hacerlo sí o sí y aparte es más caro, eso ya está comprobado y eso normalmente antes de la suscripción del contrato.

Muriel: y lo de presentar una declaración jurada?

Lo que pasa es que para que hagas un cierre financiero con acreedor permitido tienes que presentarse los principales términos de financiamiento y eso puede demorar un tiempo por eso es de que no es tan sencillo colocarlo y hacer el cierre financiero antes de suscribir el contrato.

Muriel: y tener un banco acompañado y que no se cambie....

Lo que pasa es que debes de conseguir un buen estructurador, o sea invertir en el estructurador que sea de calidad, invertir en un proyecto bastante tiempo para que sea sólido o sea, no es que un proceso de promoción o un proyecto de esta envergadura se haga en 2 a 3 años... se ha visto en el tiempo que este proceso puede durar 5, 6, 7 años pero tiene que salir un proceso sólido.

Si nosotros vemos lo que ha sucedido a nivel mundial, o sea, ¿Por qué los contratos de Inglaterra si se cumplen en el plazo y costo? Porque hay un ranking de éxito, y los de Inglaterra cumplen en plazos y costos pero los procesos se demoran más porque son más estructurados miran más detalles a diferencia de lo que sucede en Perú.

Muriel: Valorar no tener procesos tan largos creo...pero bueno.

No, pero en realidad por ejemplo el de Línea 2 estuvo desde el 2011 pero lastimosamente, ese es un proyecto que todo lo hicieron en gabinete, nada lo hicieron en el campo, o sea, igual que el de Longitudinal de la Sierra y el de Chinchero todo se hizo en gabinete y nada se hizo en campo porque si no se hubieran dado cuenta por ejemplo que en Línea 2 había una torre de alta tensión que tenía que retirarlo para que pueda empezar la obra, o sea te estoy hablando de casos específicos, por ejemplo en carretera Longitudinal se hubieran dado cuenta que ese proyecto no era viable porque tenía que sacar a la mitad...pero eso implica que tú te vayas al campo, chequees con tu topógrafo y mires si realmente esto es posible o no es posible porque si no va a ocurrir que estas pagando al concesionario un PAMO que no está realizando, por un mantenimiento y operación que no está ejecutando.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Yo creo que una parte es la competencia, la competencia que debería existir no es que con un solo postor tú puedes declarar ganador. La competencia genera eficiencia al generar eficiencia, generas mejores tarifas, mejores obras, mejores plazas. Pero sí debes evaluar también el tema de quienes ha sido las empresas más problemáticas que has tenido para el sector. En este caso o los actos de corrupción que han estado involucrados para contratar y tener un socio serio, un socio que quiera hacer obra y sobre todo un buen operador, los operadores en muchos casos los que hacen es no invertir y decirte que por causas naturales, un camión por ejemplo, las carreteras tienen una vida útil, entonces si a una carretera le pones camiones que están con sobrecarga obviamente que la vida útil se va a reducir, o sea si tenías a 25 años ya no va a ser 25 sino a 15 ,y en el año 15 tú vas a tener que hacer obras adicionales, obras que no estaban plasmados pero si tienes un buen operador en el cual está vigilando todo el tema normativo, no

sancionando porque ellos no tiene ninguna experiencia, pero sí vigilando, informando se puede hacer algo para que ese operador o esa carretera llegue al plazo en óptimas condiciones

Muriel: ...diálogo competitivo que está creando Proinversión, también está en la norma de alguna manera que involucre a todos, a través de opiniones o sugerencias que ya se dan algunos me dicen

Recién se está involucrando por ejemplo esta dirección antes solo era ejecución contractual, ahora también van a ver la parte de pre-inversión y quienes más saben el tema de cómo se debería mejorar el contrato, quienes los ejecutan porque tú no sabes lo que sucede. El contrato puede decir muchas cosas, pero hay determinados vacíos que no los ve el estructurador, parte de eso, parte de la reforma ya en si institucional, estatal debería de ser que contraten personas que sepan del tema que por lo menos que la personas que estructuran hayan estado 5 años en el sector privado para que sepan cómo se ejecuta un contrato. Porque es diferente otra la óptica que tú tienes si estas en el privado que estar en el público. Y deberían de tener por lo menos estos dos matices para poder establecer cláusulas y diseñar un contrato sólido y por lo menos que te dure un determinado tiempo y no que haya renegociaciones y que con plazos de entrega del área de la ejecución de la obra.... Sean razonables, que sean sostenibles.

Muriel: Eso también... porque ahora hay un cronograma de expropiación...creo que lo está haciendo Proinversión, eso de ahí tiene que ser cumplido por el sector.

En realidad es un cronograma que es un acuerdo entre partes, que forma parte de los mismos contratos, muchas de las renegociaciones han sido porque no has cumplido con los contratos o sea renegociaciones en general, no has cumplido con los contratos, no has cumplido con la entrega de las áreas de construcción y por tanto la ejecución de la obra.

7.2.14 Leonie Roca

Datos Generales:

Fecha: 26/03/19

Hora: 10 am

Lugar: AFIN

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

De las que yo he visto, no todas son financieras de hecho, hay una buena parte que tienen que ver con retrasos en los cronogramas de ejecución de inversiones generados en las cofinanciadas, muchas veces, por los procesos de aprobación de EDIS, por los procesos de liberación de tierra, por información que se contuvo en el contrato de concesión originalmente, pero que después resulto siendo que había actualizaciones y, o sea te dijeron: “Estos son tus límites, tus linderos y de repente no eran...Y no eran... y no había forma que lo supieras antes porque los registros decían una cosa y la realidad viene siendo otra...Yo casi todas las que he visto son esas, tiene que ver con eso...

Las que tienen relación con cierre financiero, de las que he visto, hay de dos tipos: Hay las que son fundamentalmente precisiones para cotar situaciones de interpretación no... Me acuerdo hace muchos años hubo una del APP en donde tenían un ingreso relevante por la playas de estacionamiento por ejemplo y entonces el financiador, KFW, me parece, le decíamos: Pero no, lo que no me queda claro si esta va a estar sujeto al canon o no van a estar sujeto al canon... entonces hay las que son precisiones para evitar el espacio interpretativo al regulador, y hay las que de alguna manera ya se meten a tocar el corazón del contrato que son las que ameritaron esta proyección de 3 años que en realidad a mí me preocupan para ser te franca, porque los contratos no salen bien...ya...Hay las que cambian el set de garantías de fianzas, eso no debería estar permitido, hay de las que se meten a tocar temas como... Que tienen que ver con el factor de competencia...Hay algunas que si son medulares... esas son las que a nadie les gusta.

Desgraciadamente cuando se habla de adendas se piensa en esto pero se mata toda la categoría. Y bueno ahí es donde estamos ahora...

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Mira lo que pasa es que depende del proyecto porque hay APPs de todo tipo, empezemos por eso, entonces hay algunas en donde los niveles de inversión son tan grandes en la etapa inicial y los requerimientos de cierre financiero son tan agresivos en términos de tiempo y todo lo demás algunos incluso cuando son de cierre que obligan a los postores a tener su banco al lado, verdad?... Eso no es tan sencillo porque los bancos no se casan con nadie. Al final del día pueden decidir con dos o tres postores... o de repente te dicen: “Oye espérate a que ganes para empezar a evaluar...”, porque para ellos también es dedicarle tiempo y dinero a una transacción que eventualmente no va a salir. El banco no es un socio en un proyecto, entonces me parece que la responsabilidad de hacer una estructuración adecuada con la asesoría adecuada no está tanto en el postor sino está mucho más en Proinversión, que es un rol que han empezado asumir recientemente. Contratar con el mercado que va que no va, documentar eso y dárselo al regulador para que cuando después venga un banco te diga: Oye pero esta cosa de acá no está clara...y que te digan: Oye, pero tenemos que modificarlo.... Morgan me ha dicho que estos son: Usos y Costumbres en el mundo, no fastidies...Me parece que... siempre se habla de que...: Ay tú estás de la mano de tu estructurador... eso no es cierto... por ejemplo cuando yo gane el proceso de Aeropuertos del Perú nosotros empezamos a conversar con el banco al día siguiente que ganamos la buena pro.

Muriel: ¿Y no hicieron observaciones de los aspectos financieros?

Sí. pero que salían de tu área financiera .

Muriel: claro, no es que el banco te decía, no te revisaba...

No, no porque el banco no te va a hacer esa chamba, ¿por qué te la haría? Si no tiene todavía ni siquiera la expectativa de un negocio al frente... esos procesos son competidos.

Entonces, yo creo que esa lección si la ha tomado Proinversión, por eso es que Alberto Ñecco está ahí, Alberto Ñecco su la fortaleza es la estructuración financiera justamente no...Se supone que los proyectos están saliendo bancables y con todo el bagaje de opiniones y todo que deberían hacer que efectivamente sea bancables.

Muriel: claro justamente esa es la tercera pregunta... también he podido entrevistar a José Luis Guasch y me dice que en otros países se utiliza bastante el acompañamiento de los bancos, que si bien hay un costo adicional... también he entrevistado a funcionarios de Proinversión y dicen que esa modificación contractual obliga al sector privado a que de alguna manera también asuma esos costos porque saben que después los va a poder modificar o los bancos saben que después van a poder modificar, eso piensan las entidades públicas pero... el sector privado...

Eso es una tontería porque a ver... acá en el Perú la concesión de APPs de salud ha debido de salir hace 2 años. Entonces qué? Me explico... Ahora si tuviéramos un plan record de que algo se licita hoy día que se sabe que sale en noviembre y en noviembre sale. Ya pues yo me siento con el BCP y le digo compadre tú tienes todas mis cuentas y no sé qué... Me pones a tu área de finanzas estructuradas a irme calculando los bonos, leyendo tu contrato y todo, pero acá se te pueden pasar 5 años de postor. Esa es la realidad, entonces claro suena lindo desde el otro lado... Pero habla con la gente de los bancos, a ver pregúntales si ellos acompañan los proyectos desde el day one, desde que empiezas a armar tu consorcio. Eso no pasa. En otros países los calendarios se cumplen, primero. Segundo, tu interrelación no es solamente... acá tienes que hablar con Proinversión tienes que hablar con el MEF tienes que hablar con Contraloría y tienes que hablar con mil vírgenes. Los bancos no están para hacer esto. Al banco tú vas y le dices: Oye tengo este proyecto al frente.... y que lo vas a hacer en la etapa en que hay circular 1, circular 2 circular 3, base, 1 base 2 base 3, contrato 1, contrato 2, contrato 3... ay uff voy a cambiar todo, voy a cambiar trazo.... O sea.... No...no...no

Muriel: ¿y es posible ir con la versión casi final para no llegar a firmar y después que se modifique?

Pero es que entre la versión casi final y el proceso de adjudicación hay muy poco tiempo... Es muy poco tiempo, y por otro lado tú no tienes ninguna garantía de que el banco al final te va a tomar la operación... que la evalúa y que te demuestre sus riesgos, no quiere decir que lo vayan a tomar.

Entonces, yo me caso con el BCP, y a mí me ha pasado, yo he trabajado con Interbank y con el BBVA con los dos he hecho estructuraciones y el BBVA estaba preocupado por ciertas cosas pero el Interbank estaba mucho más preocupado por los hitos y por las fechas de ocurrencias de los pagos. Y el BBVA no, el BBVA no tenía otras preocupaciones, tenía otras preocupaciones, de que se aprobaran los expedientes a tiempo...

¿Piensan todos igual, están buscando todos lo mismo? No, pues depende del tipo de banco, depende de cuál es su apuesta, unos son más agresivos unos están buscando flujos de largo plazos otros están buscando colocaciones de corto...

Muriel: y estandarizar este tipo de modificaciones no es una solución?

Lo que pasa es que va a seguir saliendo cosas en la medida que salgan nuevos instrumentos financieros, nuevas garantías.

Toda la estructura financiera del contrato depende y las van cambiando, y las van cambiando y las van cambiando... O sea... Hay contratos que tienen... por ejemplo, como los cofinanciados. Hay contratos que tienes como espacios en los que inviertes en cosas cortas de rápido impacto o lo que fuera mantenimientos correctivos que pueden ser grandes o un plan de

rehabilitación del lado aire que también es un período corto y de repente tienes otros que tienes pues 5 años para hacer una inversión, entonces claro la estructuración es totalmente distinta dependiendo del plazo madurez de la inversión...Hacer un aeropuerto demora 5 años, son 5 años en los que estas metiendo plata, metiendo plata y no estas usando no estas cobrando no estás nada. Un típico Project Finance. Ahí tienes que esperarte hasta que esté disponible y empiecen a venir los flujos, es totalmente distinto a una APP cofinanciada con inversiones gigantes en carreteras, que una con inversiones spot en aeropuertos, cada una es distinta.

Entonces yo sí creo que...sí creo que los contratos tipo van ayudar a levantar cierta casuística y a tener sobre todo mejores redacciones...de verdad si tu agarras el Pie....Si tú agarras el Pie de renegociaciones, uno de los Pie de los que he visto...Yo te aseguro que hay como un 60 a 70% de las adendas que son tonterías ya...que son tonterías... a mí me pasaba que en el contrato decían que tenía que ponerle puentes de embarque al aeropuerto de Iquitos, todo es cofinanciado o sea no es que me iba a costar a mí, pero el aeropuerto no tiene estructuras para eso y no me habían dado planos, entonces había que adendarlo pues.. Porque claro yo podía aducir en la ejecución del contrato que era una obligación de imposible cumplimiento, pero prefiero que mi contrato este limpio y que después no haya problemas... y que después no venga un supervisor loco.

O de repente el contrato te dice que tienes que tener estándares de servicios pero no te aprueban el expediente técnico que te permita ampliarlo, te dice cosas que no se pueden, bueno casi todas son esas, entre eso liberación de áreas. Todas esas tonterías, liberación de áreas, precisiones, contradicciones, el contrato te dice una cosa y el anexo te dice otra...Entonces ya general, sobre el particular o contrato, sobre anexo o la circular te dice otra cosa.

Nosotros teníamos dudas, por ejemplo porque nos parecía absurdo nosotros pagábamos tasa de regulación en APP y me parecía razonable porque yo podía poner en mi modelo financiero cuanto era la tasa de regulación sobre mi PAMO, sobre mi pago por mantenimiento de operación, que era mi factor de competencia, pero no tenía idea cuánto iba a invertir porque dependía de que me iban a aprobar los expedientes técnicos no estaba prefijado no había montos referenciales, no había nada. ¿Cómo meto en mi modelo financiero pagar el 1% de los ingresos de eso? el Estado no me va a reembolsar la obra más 1%, tenía que meterlo en mi modelo financiero. Y en las bases, en las circulares o en algún lado precisaba que el aporte por regulación era solamente sobre el PAMO, entonces vamos a OSITRAN y le decimos: Oye mira toda la información en el único momento que se precisa es en una circular después no se contiene la precisión pero hace sentido no...

Entonces, claro ahí tú peleas tu adenda, nosotros al final no logramos creo... No sé si después lo ha conseguido esa adenda, pero la lógica ahí es que tú inviertas por cuenta del Estado y no te cuesta...entonces ¿Cómo meto a mi modelo de 1%? Entonces, para qué hago un nuevo aeropuerto de 100 millones de dólares si me va a costar 1 millón pucha... a mi Estado de Ganancias y Pérdidas. De una red de aeropuertos que facturaba en esa época 17 millones como operación y mantenimiento, te vas a meter 1 millón de gasto? Para hacerte una inversión que además tampoco es tu negocio porque estas prohibido de contratar la construcción con una empresa vinculada. Entonces, es un negocio de operación de mantenimiento muy duro, tú eres gestor...

Entonces, los contratos tienen esas cositas que no las vas a ver hasta que no empiezas a operar. Entonces tienes ahí un fajo importante, como te digo la otra mitad tienes temas que vienen de los bancos y otras que son oportunistas pero sin vergüenzas, la calle...

Muriel: eso es lo que se ve en las adendas no...se cree que ...

Se cree que todo es esto. Pero no es así...Nuevamente estas son las que tienen que ver con todo lo que tiene que ver factor de competencia y temas esencialmente financiero de contrato.

Muriel: Claro, porque ahí sabían que había la ventana de modificarlo

Cambia la tasa de interés, cambia el set de fianza y eso es un juego...No estaba prohibido... pero no está mal

Muriel: y ahora supuestamente ya lo han cerrado, pero también es como que siguen la otra porción del Pie

Es que cierras una herramienta pero no han abierto el caño... y el problema con la herramienta, yo siempre pensé cuando estaba en OSITRAN, yo siempre pensé que esto me daba lo mismo, que lo cerraran, es más a mí me ayudaba como presidente de OSITRAN, pero esto de acá yo siempre pensé que se debía manejarse como interpretación, como un ajuste de contrato. El problema es que la interpretación es discrecional y al ser discrecional en un mundo de confianza como el que vivimos hoy día nada se atreve afirmar.

Entonces, hoy día cerrado el caño de la interpretación que es el que debería ser válido... oye efectivamente... tus mangas inclúyelas en tu plan maestro para cuando hagas no sé qué...pero es una obligación que queda en suspenso hasta que te aprueben el plan maestro con el aeropuerto. Es una interpretación...Este contrato no lo puedo aterrizar entonces lo interpreto...

Efectivamente, LAP el tema de la playa de estacionamiento si bien dice todos los ingresos es un ingreso no regulado sácalo de la fórmula de cálculo... te vas a ir un poco al límite pero cómo te tienes que ir al límite, cómo haces con esta coraza institucional que tenemos ahora que hace que nadie se te atreva...

Bueno, ahora esto ya quedó eso no lo van a cambiar

Muriel: Sí, ya quedó

Entonces, ¿qué están haciendo los concesionarios? están viviendo con los problemas 3 años con deficiencias o paralizado esperando que pase el plazo para arreglar las cosas. En un país que tiene un déficit de infraestructura tremendo...

Muriel: y Ud. Cree que es posible disminuir estas adendas o solicitudes de bancabilidad?

Es posible.

Muriel: Muchos me han contestado que ya no van a ver, supuestamente la norma... la política del MEF es cerrar las adendas de bancabilidad pero no solamente como me comentaba.

Sí, claro. Al final las adendas de bancabilidad... estas no deberían pasar nunca...Estas de acá se deberían solucionar con una mejor estructuración desde Proinversión.

Muriel: Bueno esta es la última pregunta principales cambios y lineamientos que aplicaría durante el proceso, Ud. me dice que los bancos no van a querer acompañar durante el proceso,

de repente al inicio para estructurarlo pero... si Proinversión acepta o incluye esas sugerencias que después van a ver de los bancos porque las van a dar... Si no son los bancos, van a asumir ellos los costos?

Lo que pasa es que hay esta idea, te transfiero el riesgo a ti del financiamiento y todo, pero claro cuando te transfieren el riesgo del financiamiento, en realidad te transfieren un riesgo que tú no puedes gestionar, porque no depende el financiamiento de ti si depende de un tercero que es el banco. Ahora la habilidad del gestor de la concesión debería de ser okey...si está estructura ya pasó, el mejor escenario es que ya te den un pool de bancos... ya pasó y lo ha chequeado pues... Iván Alonso con Ítalo Muñoz, es gente que sabe que conoce de estructuración, aquí está el informe, ya con eso te vas a los bancos cuando estás en la etapa final del proceso, te vas a los bancos y vas sondeando con bancos para ver si admiten quórum...

Tú habilidad debería estar en mejorar las condiciones de referencia que te da Proinversión, si eres un buen gestor financiero además de infraestructura. Pero tú no estás contratando gestores financieros estás contratando gestores de infraestructura, es igual que cuando se equivocan y dicen: Oye, yo estoy mirando la parte de habilidades constructivas, debes tener experiencia construyendo aeropuertos... ¿Por qué? Para eso tienen que contratar a alguien que tenga experiencia y en su oportunidad se verá...Pero realmente es importante que hayas construido aeropuertos, es importante que lo hay gestionado... es distinto. Entonces, ahí qué tipo de postor quieres tener al frente es donde yo creo que a veces se equivocan...y buscan al financiero...todos los postores saben estructurar pero ese no es su objetivo ... es gestionar. Lo mismo pasa cuando se está pensando solamente en constructores, y después se quejan de que tienen constructores con adicionales, adicionales y adicionales. La mejor apuesta es cuando tú tienes un buen operador al frente, cuando tú tienes un buen operador al frente te va a conseguir el mejor financiamiento y constructor porque a él le toca pagar ahí está su ganancia.

Ahora, sí hay una cosa que es bien perversa en el proceso de Proinversión... se lo he comentado a Alberto varias veces... no sé si ya lo han cambiado. Pero antes... acá tienes un proceso y tienes varios postores, entonces digamos que yo tengo un financiero súper bueno que ha encontrado una posibilidad de un upside tremendo por un loophole de contrato. Quiero confirmar el loophole existe. Me siento con los abogados de como pregunto sin hacerles notar que hay un loophole. Porque hay mucha estrategia acá porque la final del día eso es lo que te hace exitoso el negocio... más allá de administrarlo bien. Que puede ser un loophole o puede ser un riesgo grandote.

Entonces, yo voy y le pregunto a Proinversión: señores la cláusula tal dice que ingresos netos son tal cosa... debo entender de que si se crea un impuesto selectivo al consumo está grabado o no está grabado?

Proinversión me responde a mí, mi consulta y mi respuesta no la tienen el resto y eso lo que genera es que claro ... si todos estuviéramos viendo que hay una preocupación el impuesto selectivo al consumo de 3 de 4 entonces hay un bueno hay un issue, todos estaríamos preocupados y todos los meteríamos a nuestra oferta, está bien es un riesgo yo puedo decidir no ponerlo correrme el riesgo o puedo decidir ponderar el riesgo al 50 % y entonces meto el 50% de ese costo de mi oferta en mi modelo económico financiero. O puedo decir que es un riesgo absoluto esto va a suceder porque hay trayectoria lo meto al 100% en mi modelo económico financiero.

Una de las razones por la cual hay muchas ofertas oportunistas es porque esta información sólo lo maneja él, y entonces este Sr. no tiene ni idea del nivel de riesgo, lo tiene mapeado ahí, pero no ha hecho la pregunta mejor no ¿para qué?

Entonces, no lo mete en su modelo, entonces este postor que si ha hecho las preguntas, el tarado que ha hecho las preguntas que es el postor que tú quieres el que va acotando los riesgos, este te ofrece 5 porque ha ponderado todos los riesgos. Este que no te ha preguntado nada te ofrece 15 pues porque se ha fumado todos los riesgos.

Y en el proceso de renegociación lo que pasa es que los riesgos se empiezan a verificar y tratan de acercarse a 5. Esa es la dinámica que hay en los procesos de renegociación de contratos que hay que acabar. Y para eso el proceso de licitación tiene que ser mucho más abierto.

Muriel: Más diálogo...

Un postor hace una pregunta, la respuesta se comparte entre todos los postores. Cuando tú vez las circulares, las circulares no tienen todas las preguntas y respuestas. Tienen algunas y hay un montón que se quedan allí...en cartillita...Entonces claro no todos están comprando el mismo producto.

Hay los que están comprando un producto mucho más riesgoso que son los postores más cautos que normalmente son los postores que mejor se portan después cuando tienes la suerte (eso paso en aeropuertos, en mi proceso) de tener un postor súper cauto, porque nosotros éramos recontra segurolas y shuta resulta ser que el día de la licitación no se aparecieron más, fuimos postor único... en esa época te podían adjudicar siendo postor único, yo fui con dos sobres hasta último minuto y andaba mirando tenía un sobre si era único y otro sobre si no éramos únicos con una diferencia de 10% la nada...hasta el último decidí poner mi oferta más conservadora...

Claro, si tienes la suerte de tener un postor conservador que no está jalando a la baja porque no tiene mucha competencia te va a ir bien. Pero claro, si tienes la mala suerte de tener un proceso muy competido donde uno pregunta más

Entonces, toda tu estructuración depende mucho del momento, por esto que está idea de que el banco te acompaña en procesos que dura 3 años es súper de locos...Para empezar como te digo el banco no es tu socio, no es tu socio...

Pero el diálogo competitivo está más pensado en términos de yo lo haría así no sólo para el área financiera para la parte de ingeniería para los trazos como manejar las etapas constructivas, o sea esto primero, esto después, para introducir además el pago por disponibilidad. Es parte de un paquete bien distinto de cómo formular y entregar la infraestructura pero acá no hemos avanzado hacia eso. Hablan de un diálogo competitivo pero ni siquiera tenemos dialogo no competitivo suena lindo pero ...

1.- El rol de Proinversión es clave, estructurar mejor tener la asesoría adecuada para poder mostrarla después al sistema financiero de que no es necesario las cosas que te pidan.

Tú compraste un contrato. En el caso de andino yo nunca entendí porque renegociaron ese contrato. Debieron incautarlo y volver a licitar. O sea no tiene ni pies ni cabeza empezar a negociar algo en donde estas tocando el factor de competencia. Eso está mal y no hay más

discusión. Ni siquiera entiendo porque empezaron a discutirlo debieron de frente ya no lograste tu estructuración financiera chau...

Esas deberían tener trámite automático, qué son las adendas me explico

Muriel: Pero pasan OSITRAN por el MEF...

Por el MEF, Contraloría y las mil vírgenes. Al final te dicen que sí pero se demoran 6 años, el problema es que ya para cuando se demoraron ya estas fuera de plazo entonces tienes que adendar para ajustar plazos y vuelves a entrar en el círculo vicioso.

Hay unas que son de mero trámite. Y en verdad los contratos deberían tener como un cajón de sastre... sabes lo que deberían proponer ahora los contratos de tipo de Proinversión. La inclusión de nuevos acreedores permitidos.

Estas cosas no requieren adenda basta con acuerdo de concejo directivo. Opinión previa de contraloría, da lo mismo

Hay mucha dispersión en las ofertas. Y ese debería ser un criterio para evaluar a los funcionarios de Proinversión, la dispersión estándar que tienen sus ofertas. Si tiene mucha dispersión estándar es que su proceso lo están haciendo mal.

Cualquier producto tiene un precio implícito, uno tiene más hambre 10 % uno tiene más sinergia 15... para arriba y para abajo. Pero 30 % - 40%... mira yo he participado en licitaciones en otras partes del mundo, en Chile por ejemplo es papayísima, como decía mi ex jefe, tú llevas tu DNI y tu cheque y no te preguntas ni quién eres y ganas. Porque el MOF tiene clarísimo lo que quiere, bien clarito. Si tu vez las ofertas y son 415, 410, 414, 408. Porque el MOF te dice exactamente que quiere, bien clarito. Al día siguiente tú vas con tu contrato al banco, y no hay dudas, el contrato está bien hecho y te dice lo que quieren.

Entonces, ahí todo el proceso cómo se maneja, cómo evalúas a los funcionarios de Proinversión en términos de cantidad de postores, dispersión en las ofertas, oportunidad respecto al cronograma inicial todo ese tipo de cosas, ese debería de ser el estándar de indicadores de gestión de Proinversión.

Yo la verdad no tengo ni idea, cómo los evalúan, es más creo que ni siquiera es transparente. Es más si fuéramos más estrictos debería ser 360 la evaluación y deberían los postores también evaluarlos...con criterios objetivos.

Pero son buenas prácticas que no usamos, entonces claro ahora... ¿Qué cosa está haciendo Proinversión? Sí, sé que está trabajando más con la estructuración, contratando asesores, está trabajando contratos tipo, que los está trabajando con asesoría de un estudio de abogados muy grande británico, pero que también tiene contacto con gente del Estudio Rebaza que son buenos en estas operaciones. Entonces espero que de ahí salga algo bueno, ya nos mandarán pronto, me imagino los borradores.

El rol del MEF la verdad es que no lo entiendo muy bien.

No entiendo que tiene que opinar el MEF tanto sobre las estructuraciones financieras. Porque en honor a la verdad el MEF, en honor a la verdad el MEF de estructuraciones financieras no sabe nada, el que sabe de este tema de este tema es el sector financiero, la SBS, tal vez el BCR.

El MEF es el que se encarga de hacienda, eso es otra mirada. Si te puede decir cuál es el nivel de garantías que el Estado está dispuesto a dar porque si compromete su estado de ganancias y pérdidas digamos, sus cuentas fiscales. Pero dado ese dato, la estructuración se tiene que armar con ese límite. Y de ahí para adelante no sé qué tiene que opinar, para ser te franca. O sea el MEF te dice y eso debe estar clarísimo en el contrato, lo que te da el Estado es esto... punto. De ahí para adelante, si tú quieres tener una garantía del Banco Mundial, cómprala...está en el mercado.

Muriel: lo traba bastante no...

Es que no sabe, no saben, la gente del MEF nunca ha manejado APPs nunca, nunca. Es otro perfil de economista. Ellos hacen modelaciones y lo hacen con una más macro que micro, es otra cosa, es otra mirada. Pero bueno entonces, si creo que transparencia para el proceso, para que el nivel de ponderación de riesgo de los postores sea similar, tema de contratos tipo base, indicadores de gestión para la gente de Proinversión que genere los incentivos para que no haya dispersión de ofertas, para que haya suficientes postores, para que los calendarios se cumplan, calendarios incumplidos es garantía de que va haber un desfase entre que empezaste en el proceso y que te adjudicaste.

Pedirles a los postores que tengan con su banco al lado es ilógico, no conozco ninguno que haya ido con el banco a la mano. A menos que estés hablando de COBRA que trabaja 500 proyectos en el mundo y trabaja con Santander todo...Pero esa no es la media... y te baja el nivel de competencia.

Entonces, no son las personas, son las instituciones, yo sí creo que empezar a hablar de que deben tener indicadores de gestión relacionadas como te digo...que tan medible es su estimación de lo que van a obtener de la licitación, versus lo que ofrecen los postores. Porque esa es otra, porque si tú estás calculando que te van a dar todos 400 y todos te vienen alrededor de 600 es que hiciste una paparulada, estas reglando el proyecto, o sea felizmente hubo competencia porque si no hubiera habido competencia se hubieran ido a 400.

Entonces hay un mix de indicadores que yo creo hay que generar para poner la otra inversión y alinear los incentivos para que hagan las cosas bien, plazos del proceso y mientras tanto estás cosas que son instrumentos, son tácticas: tener contratos tipos, contratar asesores financieros de nivel que te hagan los informes y ahora el tema es que los usen y generar un proceso de consultas entre postores abiertos.

Muriel: Entonces también...no sé... los funcionarios de alguna manera son los mismos ahí en Proinversión, es la misma gente que pasa del MEF a Proinversión...

Y siempre es igual.... Pero mira hoy día contaba la gente del Puerto de Paracas. Ellos su propuesta técnica ya decía que iban hacer el Muelle de Minerales, eso no estaba en el contrato, es algo que ellos propusieron. Ellos vieron una oportunidad de negocio, van a hacer el Puerto de Minerales y lo pusieron en su contrato.

Pero es curioso, yo siempre insisto y lo digo una y otra vez, si tú miras la performance de las APPs, ves ahí la performance de obra pública, APPs - Obra Pública-Obra por Impuesto. Obras por Impuesto no lo han tocado mayormente le han metido un poco la mano... El problema de obras por Impuesto es que la entregas y ahí... la obra pública tiene el mismo problema lo entregas y ahí...

Las APPs tienen una gran virtud, incluso si hubiera sobre inversión el fulano al que se lo da durante 30 está casado con ese muerto, entonces siquiera lo va a construir bien pues, entonces porque lo tienen que operar... Y cualquier reclamo tiene nombre y apellido...

Esto es totalmente práctico: sácale todas las consideraciones éticas y morales que hay que tenerlas, pero incluso sacándoselas de los tres, el mal menor es este y cuando se habla de la corrupción se habla de este... pero toda la plata se la llevó Odebrecht en este... O sea la Línea 1 del Metro fue obra pública y así como ese Chavi, obra pública... todos esos son obras públicas.

Entonces yo creo ahí que el sector privado, acá todo el sistema de compras públicas ya sea que lo gestione un privado, ya sea que lo gestione el Estado que lo gestione a través de Obras por Impuestos ha estado manchado toditito, hay que limpiarlo todo, pero hay que seguir avanzando en los tres mecanismos

No todo va para APPs...

Muriel: se tiene que elegir también que proyectos van para APPS

Pero en general... tú sabes cuánta gente tiene Provías Nacional? 3,000 personas, yo no creo que ningún concesionario tenga 3,000 personas, Provías Departamento tiene otro poco...

Si pues es un desastre, es un desastre... o el Estado es un reflejo del sector privado... míralo como quieras...

Hay que empezar a generar puntos de discusión que son factibles, que no son grandes reformas estructurales, son instrumentos de gestión de gerencia...

Y hay un montón de cosas que son pequeñas ganancias de rentabilidad del concesionario que las meten en adendas no deberían estar en adendas. Ese mecanismo de interpretación no sé cómo curarlo pero hoy día no se atreven a usarlo... Y está previsto en las normas

Muriel : y es peligroso el criterio de cada funcionario público...

Pero no creas, si lo mandas a Consejo Directivo, para empezar tienes un cuerpo colegiado. Yo cuando fui presidenta de OSITRAN una vez me parece que usé el tema de interpretación y me sentía bien tranquila porque venía con informe legal, con informe regulatorio y sometido a un directorio. Incluso puedes pedir que sea publique en El Peruano es algo transparente me explico...

Yo creo que lo que es peligroso es lo que se hace a puerta cerrada... si yo tengo que salir a justificar porque le reduje la tasa a Andino. Porque decidí cambiar la estructuración financiera, bueno salgo y explico, es una decisión de política pública, yo he decidido tomar esta decisión. Pero si todo se maneja a través de unas adendas... Y si no es porque Patty Benavente sale como

una loca a pegar de gritos en la prensa y no te enteras... Entonces queda la sensación de que hay un gato podrido ahí...

Esa dinámica hay que cambiarla, yo creo que hay funcionarios que dan cuenta de lo que hacen porque toman decisiones con discreción y como no tienen ningún problema en tomarlas no afecta a ellas.

Total es mi discreción, mi directorio y yo, con este informe, con este informe más este informe....

Muriel: Total para algo estás ahí...

Para algo estoy ahí. No soy una mesa de trámites...no soy un robot.

Muriel: así deberían de multiplicarse... y en gobiernos regionales y locales...

Es que hay no, no tienen capacidades

Muriel: ni siquiera saben cómo se manejan el mecanismo, eso también es peligroso, pero estamos hablando de proyectos nacionales

Pero tienen APPs. Vienen y las manejan de cualquier manera

Muriel: imagínate la corrupción que va a haber ahí...Y ellos mismos firman sus adendas... pero bueno ese es otro rollo

Eso es otro rollo. Pero en fin no pierdas la fe.

7.2.15 Eduardo Escobal

Datos Generales:

Fecha: 04/01/2019

Hora: 3pm

Lugar: COSAPI

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

El incumplimiento del Estado en expropiaciones y levantamiento de inferencias y aprobación de expediente técnico. Básicamente eso, esas son el 70%.

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Hay dos etapas, la primera etapa es cuando uno formula la propuesta y ahí uno suele contratar a un asesor financiero a una banca de inversión para que sondee el proyecto haga un test entre las demás instituciones financieras he identifique cual es la mejor estructura financiera, del

proyecto bonos, un préstamo bancario, la que sea, para ver con cual se consigue más dinero a valor actual para financiar el proyecto, y después está la otra etapa cuando ya tienes el contrato y ya sales a competir al mercado, y ahí eventualmente te pueden venir varias y diferente estructuraciones.

No hay que olvidar más o menos entre 70 y 90% del financiamiento de las APPs son por el sector financiero, el rol en la segunda etapa es bien importante.

Muriel: me habla después de la adjudicación cuando ya tiene la versión Final

Sí, para el cierre financiero. Una etapa es cuando tú estás elaborando el proyecto de ingeniería, etc., etc., etc. y presentas tu propuesta asumiendo el riesgo financiero.

Y la otra es cuando ya sales al mercado a buscar una mejora de lo que has propuesto.

Muriel: Entonces, primero es por parte me imagino que Proinversión tiene asesores financieros, eso es en la formulación estructuración

Ellos son asesores del Estado. Pero tú por tu lado buscas.

Muriel: tienes un banco que te acompaña

No necesariamente un banco puede ser un asesor financiero, puede ser un banco de inversión de repente, pero tú independientemente de lo que diga Proinversión, tienes que mejorar la propuesta de Proinversión, entonces tú buscas tu mejor propuesta financiera.

Muriel: y eso es en la etapa de promoción hasta que tengas una versión final del contrato oh... tú crees que es después...también por eso hay esas adendas de bancabilidad?

Mira tienes razón. A ver tú haces propuestas al Estado y el Estado no necesariamente te hace caso, es más la versión que sale no es nada perfecta y las adendas de bancabilidad son necesarias porque el contrato que tú has visto a circulado por un montón de ... MEF , Proinversión , el regulador eventualmente el concedente y etc. Y salen unas cosas medio complicadas.

Entonces lo natural es que cuando recién ganas el proyecto voltees donde un banco y el banco ahí si revisa el proyecto.

Muriel: ahí sí revisa el proyecto...

Y le encuentra fallas y propone las adendas de bancabilidad que estuvieron prohibidas en el Perú varios años.

Muriel: Claro, ahora recién ya se han modificado lo de las excepciones y supuestamente se han puestos candados para que no haya esas adendas... pero bueno

No tienen sentido esos candados.... Esos candados no tienen sentido...

Las adendas pasan por el regulador, por el concesionario, pasan por MEF, pasan por Contraloría. A lo que voy es que más transparentes no pueden ser...entonces prohibirlas por ley no tiene sentido....

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores durante los procesos de promoción de la inversión privada?

Sí, claro. Te voy a dar dos opiniones. Los Acreedores Permitidos no se involucran tanto como uno creería...El otro tema, el cierre financiero deba hacerse en promedio en un año, y ahí es

justamente donde salen los problemas. Es natural por lo mismo que en los primeros meses haya adendas, es natural....

Muriel : Y ese proceso de adendas...

Porque el contrato va a ser siempre...por la necesidad del Estado de prohibir...

Muriel: y evitar en vez de ese proceso de adenda porque es largo imagino, demorarte un poco más en sacar un contrato con la participación del banco de repente ya no hacer una pre-versión final del contrato en la adjudicación y luego cuando ya tienes un postor, involucrar más a tu banco...

Es utópico... no va a pasar

En Uruguay lo hacen y no pasa, se demoran en firmar...En Uruguay por ejemplo dicen...el cierre financiero y después el Contrato para que no haya adendas

Ya adjudicaron muchas... bueno no muchas varias concesiones, y lo que está pasando es que están renegociando el contrato.

Muriel: Igual...

Igualito... y más...Pero, si las cosas funcionan en el Perú para que cambiarlas.

A ver...el tema es: ¿Tenemos gente en el Estado preparada para cerrar un contrato perfecto?

No. El Estado ha perdido a toda su gente capacitada. La gente que está viendo los contratos de concesión en este momento no son las mejores calificadas. Hace unos 6 años que la gente del Estado que estaba preparada para ver esos temas ha migrado al sector privado por todos los temas de este.....

Muriel: Contraloría, miedo...responsabilidad

Contraloría, miedos, parálisis, juicios fiscalías, malos pagos... no tiene sentido...Han ido a buenos bufetes de abogados, han ido a empresas constructoras y han salido. Ahorita la gente que está en este momento adjudicando Contratos de APP no tiene mucha experiencia. En los últimos 3 años han adjudicado... creo que... A ver este año.... A ver este año cuantas APPs han adjudicado

Muriel: hay una nomás que es la de Salaverry

Salaverry. Y los otros años anteriores tampoco.... Se adjudico MICHQUILLAY, que es una mina

Muriel: Esa es la transferencia de la concesión nada más

Y concesión minera no es un APP, este año....

Muriel: Al último lo de las redes ... lo de las bandas

A ver ...lo que hacen es: Hemos adjudicado 6 APPs, lees y son 6 ciudades que van a tener Internet pero son 2 contratos de APP, entonces realmente son 3 APPs y los contratos de este tipo salen porque esos si son estándares.

Ahora ha crecido mucho en burocracias en gastos en planillas, pero no en efectividad, si buscas un modelo perfecto en el que no haya adendas que de por si es complicado después de haber

pasado por un circuito de aprobaciones públicas que salga un buen contrato. Hacerlo con gente que no está preparada es peor... no va a salir

A ver mira... las adendas es una mala palabra, en Majes hubo 9 adendas y las 9 u 8 eran: El Estado no ha cumplido con tal cosa..., amplíemos el plazo, hasta el siguiente año

El Estado no ha cumplido hasta el siguiente mes. El Estado no ha cumplido....

La palabra adenda está mal vista porque en algún momento se les ocurrió poner una mala palabra, pero más que nada son por incumplimiento del Estado y Chinchero en realidad no consiguió el cierre financiero, debió caducarse, no sé porque se les ocurrió hacer una adenda, yo si he hecho el modelo financiero del porque y de cuánto impactaba en el Estado, pero el tema es que se efectuó una adenda y que después Contraloría desconoció y que podía afectar al Estado como en 70 millones de dólares... cuando debió caducarse conforme a lo que decía el contrato entonces no tenía mucho sentido...

Muriel: Por miedo al fracaso del proyecto...

Sí...

Muriel: Porque hay una expectativa de la población en ese proyecto... pérdida de tiempo

Sí...

Muriel: Me han mencionado también varias que sería una buena alternativa de que, si no se da la adenda, si el Estado no cree que es una correcta adenda que se le otorgue el proyecto al segundo ganador

Creo, no estoy seguro, en Chincheros, había esta opción... ya no recuerdo... Pero después de 2 o 3 años...

Opinión personal, yo creo que eso es algo que nos hemos inventado y creído, los contratos que hemos adjudicado han sido competencia, normalmente cuando ha habido 1 o 2 postores es porque el Estado no ha aceptado y este... las negociaciones no han sido sobre dinero, han sido por incumplimiento del Estado entonces no tendría por qué haber ese miedo y esa presión adicional... yo no creo eso

Muriel: Y en tu experiencia, el cierre financiero ha sido rápido, se cumplió con el plazo

Normalmente sí.

Muriel: El banco te hizo las observaciones después de firmado el contrato

Normalmente sí. Normalmente los postores no hacen una propuesta...sin pensarlo...Ponen una carta fianza muy alta...

Muriel: De fiel cumplimiento

Que eso significa no van a ir a la locura...Y si no logran el cierre financiero, se la van a ejecutar, no hay que olvidar por ejemplo a ver sólo por hablar de una empresa: Graña y Montero le ejecutaron una carta fianza de 70 millones por Gaseoducto con esa presión no va a decir ... no, yo gano y después presiono al Estado, esas cosas no suceden, son miedos que nos han metido, normalmente el Perú ha tenido un sistema que camina, voy a inventarme un número el 95% de sus APPs han caminado bien y ese 5% que no ha caminado también ha sido por incumplimiento

del Estado. No necesitan presionar más al sector privado. Esos miedos que nos han metido, me mando con una propuesta muy baja y después ya negocio y si no entro de segundo, y el segundo no va a entrar, porque su propuesta va a ser tan temeraria...

Ahora yo he puesto... voy a asegurarme unos gobiernos en Centro América

Y si lo he puesto para tranquilizar al Estado de que podían adjudicarlo ...y una observación de qué si no entraría el segundo, pero y no lo aplicaron, no lo aplicaron

Muriel: He visto que también en otros países se presenta una carta de compromiso de un banco que está acompañando...

No funciona, te lo digo como sector privado, eso es una mentira

Muriel: No hay un banco que te pueda firmar ahorita eso no...

A ver hay 2 tipos de asesores financieros y tú como sector privado lo contratas diciéndole que si ganas, él te va a financiar, entonces te cobra poco por hacerte la estructuración financiera, pero tú estás como empresa privada casada con él, pero ya es un poco rígido...

Y otros que te dicen yo te asesoró en esta etapa de promoción, vemos si va a ver distintas estructuraciones y te escojo la mejor pero no me caso con ningún banco, pero te cobro la asesoría. Esos son los dos tipos.

En esos dos escenarios conseguir un banco que te presente una carta y firme el proyecto

A ver estamos hablando como si estuviéramos 10 años atrás, Proinversión tenía un modelo de carta para financiar y decidió ya no pedirla porque al final de la carta tipo y abajo dice ...” si el contrato...”

Muriel: Sujeta a posterior evaluación

No tienen sentido....

Otra es que ya te presentes con el cierre financiero y para esto tienes que pagar

Muriel: Y claro ese costo lo va a tener que asumir el privado

El Privado

Muriel: cuando ni siquiera ha ganado

Y eso no es barato... Se estima que uno se gasta unos 600 mil dólares en hacer una propuesta, entonces súmale unos 300 mil dólares más ... 1'000,000 de dólares para hacer una propuesta es...

Muriel: Claro en hacer la propuesta, presentas, ganas y recién el banco ahí dijo: ... Oye has ganado...

O perdiste...Es complicado.... Es muy sencillo decir: no...hay que poner más requisitos para esta propuesta, pero... El costo es muy alto

Muriel: ¿y hay un diálogo entre Proinversión y los bancos que asesoran a los postores?

Hay dos cosas el mercado peruano es chiquito... una APP de 100 millones de dólares, 200 millones de dólares, podría financiarse localmente, ahora está en Proinversión e Invermet con

la moda que sea en soles, bueno ese equivalente en Soles delimitado. Una APP como obras de cabeceras de 600 u 800 millones de soles quién te la va a financiar acá, ¿quién te va a financiar de afuera en soles? Nadie. Bueno... El tema es que si fuera en dólares si hay opciones y respecto a lo que dices, si hay gente interesada en financiar y hay apetito por financiar proyectos en el Perú, porque Perú tiene una buena imagen, pero no estamos en nuevos proyectos.

Salaverry es un proyecto chiquito seguramente lo financiaran localmente...

Y antes de eso... Estamos apuñando casi en promedio un proyecto al año . No es nada ¿Y hay dinero? ... Hay dinero y la palabra del Estado peruano, ¿Los bonos del Estado peruano son considerados? son considerados...

Fácilmente tú podrías hacer un proyecto de mil millones de dólares, pero es más como no lo estamos haciendo es más lo estamos haciendo en soles ...peor todavía. Y con pagos por disponibilidad que es un esquema que nunca se ha

Muriel: ¿Y el Project Finance?

Mira todos son Project Finance hay una mentira creada alrededor del buen modelo de los certificados nacional de obras, a alguien se le ocurrió en algún momento decir, no pero ...y sin comprender...no que este modelo no es una garantía ... no tiene sentido que el Estado pague por...sin haber terminado una carretera...bla, bla, bla....

Y eso le ha hecho mucho daño al modelo y sin haber adjudicado ningún proyecto con pagos por disponibilidad, la ley ya ahora prioriza los pagos por disponibilidad

El problema es ¿Cuándo salgan al mercado se financiarán?... A ver te explico

Pagos por disponibilidad significa que tú terminas la obra y sólo recién te empiezan a pagar si has terminado toda la obra y empiezas a operar. En Longitudinal de la Sierra, 980 kilómetros, es un monstruo de carretera, tienes que haberla terminado totalmente y el Estado tiene que haber expropiado todas las propiedades. Y habértelas entregado para que tú ejecutes y sólo allí va a empezar a pagarte el Estado, si no la has terminado por incumplimiento del Estado o por tu incumplimiento, no es el problema no te pagan...nadie te va a financiar por esto.

Un banco o un bonista, te dice: bien yo te presto los 500 millones de dólares, Dios sabe cuándo me va a empezar a pagar el Estado...espero que alguna vez expropie todos los terrenos y ahí...

Financieramente ese modelo económico no funciona, tiene sentido cuando son Hospitales porque son riesgos muy acotados, tienes un terreno totalmente saneado, el riesgo de construcción es tuyo como privado, lo terminas empiezas a operar y vas... ahí sí... pero algo que puede durar 5 años... ¿Cuánto duró el Aeropuerto Jorge Chávez 8 años 10años?

Han ampliado plazo porque el Estado se lo dio, uso el terreno, antes de que venciera el plazo de la concesión... no cumplió el Estado para nada. Bueno ahí era otra concesión una autosostenible.

Pero eso mismo pasa en el Metro... solo nos ha entregado 30% de los terrenos... más o menos y tenemos ejecutado el 30% de las obras.

Muriel: les van entregando y van construyendo

Pero el Metro no, una obra de gran magnitud no funciona así

Muriel: ¿Tienes que esperar a que te expropien todo?

Tú metes una tuneladora y la tuneladora vuela, están allí desde hace 2 años. Tú metes la tuneladora y necesitas como 1 kilómetro para poderla meter la tuneladora avanza, avanza, avanza, avanza, avanza ...pero el Estado no cumple con los terrenos... entonces tenemos 3 años de retraso. El pago por disponibilidad no tiene sentido, nadie te va a financiar de esa manera pero...

Ahora el MEF está estructurando los proyectos de esa manera que de preferencia sean por pagos por disponibilidad y eso... es más ahora ningún proyecto lo han adjudicado eso es un torrente...

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Riesgos, Contradicciones, aclaraciones ... que yo sepa no tiene nada que ver con temas de pagos o temas económicos, normalmente son porque no hay una uniformidad...porque son varios ministerios, están Proinversión, está el regulador, está el MEF

Demasiado tecnócrata, disculpa la palabra: metiendo la mano en la redacción y cuando lo ve el que te va a financiar detecta riesgos...Si yo como abogado interpreto esta cláusula podría generarme tal contingencia.

Ahora adendas y problemas ha habido en muchos países, en Colombia ha habido fuertes en México, muy fuertes en Perú... en México, Colombia y Chile ha habido algunas y en Perú ha habido pocas...pero en algún momento de historia se han pensado: las adendas son malas, son corruptas y a la hora que le han puesto los periodistas esa palabra...

Lo que era necesario porque son adendas básicamente para uniformizar las cláusulas por definiciones por evitar contingencias que se yo....

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Es que no hay muchas, es una. Ahora no te digo que el sector privado que es sano, limpio transparente, a ver no te digo que es lo mejor, bla,bla,bla, para querer ir hasta el límite pero...Normalmente a la hora de negociar una adenda de bancabilidad el sector privado te traslada lo que tu banco le pide.

Muriel: y nunca es para reducir los costos financieros

No, eso es un invento. Por último....

Muriel: ¿Y si cambias de banco?

Primero que no es un banco. Por último, que importaría que tú puedas reducir tus costos financieros si al Estado no le va a costar más.

Muriel: porque estás haciendo una adenda... Estas demorando.... ¿Cuánto tiempo demora en firmar una adenda un año?

En promedio, ya te dije concentrémonos en el paleta. Es incumplimiento del Estado

Muriel: Claro incumplimiento del Estado, expropiaciones y todo...interferencias

Si por ahí aprovechas en el buen sentido de la palabra que hay un problema de bancabilidad, que los riesgos no están bien acotados y que eventualmente. No es que se te haya pasado, el Estado no te acepta a veces porque...te contesta un Ing. Civil: no eso no es posible...entonces el contrato queda rígido... esta cláusula de construcción esta cláusula de riesgo no se ha entendido bien debería de verse de nuevo insisto bajo esta perspectiva

Muriel: Y eso lo dices antes de firmar el contrato?

Antes de firmar el contrato y de repente se genera una adenda. Y eventualmente te pondría por solo esa acotación generarte un ahorro financiero. Luego viene un banco y dice no señores como está redactado acá, este contrato está tan mal redactado el contrato para mí no va... voy a inventar...te presto al 7.5% pero si esto queda claro es al 6%...señores, se puede cambiar eso?

Y si no voy a verlo plantear con una adenda. Y eso también...Proinversión estructura un proyecto y de ahí le manda el contrato al concedente y el concedente se pone un contrato que él no ha estructurado entre comillas ha opinado pero ha estructurado así.

Es verdad...porque a nadie en el Estado le gusta caducar un contrato

Muriel: Quedas mal, a pesar de que no es tu culpa, o lo que sea quedas mal ... siempre vas a quedar mal.

Y como tú eres el concedente, el dueño del proyecto, etc. y si has opinado

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se podrían implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Primero: cambiar la ley, la ley ahora sujeta a Proinversión a las opiniones del MEF

Esta Puerto Salaverry ya viene hace 5 años... ni una...Proinversión ahorita le está haciendo caso al MEF sobre estructuración, y el MEF lo que no quiere es gastar, para obligación y cumplimiento de gastos fiscales, bla, bla, bla, metas fiscales. Entonces está viendo el tema como obra pública y como gasto, le está dando al que maneja las finanzas del Estado al tesorero decisiones sobre gasto y no sobre estructuraciones o inversiones.

Por cada 1% que inviertes como infraestructura el país crece 1%, si esa inversión es privada al Estado le cuesta pero a quién se las encarga al Estado, MEF, entonces si de nuevo se vuelve a la estructura anterior de quitar al MEF y poner a Proinversión a tomas esas decisiones para que las estructure, yo creo que se evitarían más adendas, porque se están promoviendo contratos...

No presentarnos en algunos concursos porque los contratos están mal estructurados y porque no queremos enfrentarnos a unas adendas que iban a significar una pelea de 2 años

Es más, uno de esos proyectos tiene, sin decir el nombre, pero ya se debió haber adjudicado el primer trimestre del año pasado... ya tiene como 4 o 5 años y lo conocemos porque no tenía más postores...

Nuestro interés no era sacar una adenda después y ganar plata y ahorrarse costos, a nosotros nos interesa construir y operar el negocio de conseguir los mejores costos...y de ahorrarse medio millón de dólares ese no es el negocio

Muriel: Es terminar la obra

Es terminar la obra y entregarla, siempre estamos pensando con un enfoque de: ahorremos algo, lo que el privado se ahorra es algo que se está sacando del bolsillo. No, no, es así.

No sé en algún momento de la historia se ha distorsionado la cosa...

Muriel: Entonces primer punto sería cambiar la ley.

Y de alguna manera el MEF es ahorita es el ente rector y creo que no debería ser así.

Segundo: yendo al principal problema es crear una institución responsable de las expropiaciones y levantamientos de interferencias...no tenemos un Catastro Nacional. Yo creo que más que lo primero que te dije esto es lo más importante. Que tenga poder, que dinero que tengan capacidades, porque si no, no van a ser igual no hay expropiaciones...

Muriel: y los Acreedores Permitidos lo van a ver como un riesgo

Lo van a ver como un riesgo a ver este...justamente el sistema que al MEF se la ha ocurrido criticar los certificados de avance de obra... no sé cómo decírtelo. El Estado te entrega un terreno, tú avanzas terminan y te dan un certificado de obra y digamos que de alguna manera hay menos riesgo para el Estado en el esquema que están presentado por pagos por disponibilidad. El Estado no entrega el terreno, tú no avanzas y el Estado no te paga nada, entonces no hay nada.

Muriel: No hay nada

Están creando un sistema hueco...

Muriel: entonces si te entregarán el terreno puedes avanzar y de alguna manera ahí sí sería los pagos...

Igualito le están dándole vueltas y vueltas al pago por disponibilidad que es lo que las entidades multilaterales le han vendido al Estado pero como es gente que no está preparada en APPs han comprado totalmente eso y no saben que se están metiendo en un problemón, y no han adjudicado ninguna sola obra por pagos por disponibilidad, entonces yo creo también que debería repensarse el esquema de priorización pagos por disponibilidad que es el nuevo modelo que está replanteando el MEF...

Proinversión ha sido catalogada dos veces, me parece dos veces como la mejor agencia de promoción de la inversión del mundo

Has querido arreglar lo que está funcionando bien y lo has reventado. En el sistema lo has hecho crujir...

Muriel: y no hay mayor participación de los financistas...

A ver están interesados, hay bastantes, muchos de ellos están pensando, mejor entro a comprar concesiones en marcha ya terminadas de construir, o sea brownfield y no greenfield. Porque hoy en día ya superaste los problemas pasados...

Si bien hay un gran apetito y una gran expectativa, están desilusionados por lo que está pasando ya son 4 años 5 años y no pasa nada en el país...

En mi experiencia yo he estado en ambos lados, siempre han estado estos señores y siempre se hacen las sugerencias y normalmente Proinversión y el MEF las aceptaba, ahora no

Muriel: ahora ya están más cerrados...o aceptas o quieres adendas

Es lógico que haya adendas una vez que ganas el Estado por la presión que tienen no va a fracasar un proyecto va a tener que decir que sí...Y justamente va a tener que aceptar las sugerencias de los financistas que lo que no quieren es ganar más, quieren que no haya riesgos.

Muriel: Claro, tener todo asegurado con garantía, porque tampoco te van a prestar a ciegas, ellos no van a asumir el riesgo

No es sencillo que alguien te preste 100millones, acá los números... no...

Un banco de Crédito que es el más grande del país pierde 100 millones quiebra...No que quieren ganar plata...es lícito todos acá quieren sacar mayor rentabilidad.

Muchas veces en la propuesta se hacen las sugerencias y volteamos a los acreedores permitidos: señores no han aceptado esto...entonces los sobre costos son tales yo también por mi lado también veo mis sobre costos y termina siendo una propuesta cara...que el Estado termina pagando o que los usuarios terminan pagando

Es ineficiente...

Yo les puedo decir: señores como está definida tal cláusula no hay seguro que los cubra. Les pido por favor que modifiquen esta cláusula para que yo pueda cotizar los seguros entonces voy a tener que cotizar un número totalmente alto para que me cubra 100% del riesgo

Ok, hazlo

Muriel: y no hay algo estandarizado no son obras o proyectos que no son iguales pero de alguna manera hay seguros para estos...carreteras igual...

En carreteras si más o menos...En la marginal de la Selva, tramo 4 ahí más o menos ya tienen algo estándar pero cuando yo he querido llevar eso llevarlo al Tren Huancayo Huancavelica...no eso es otro proyecto...no tiene que ver acá

Son dos temas distintos pero conceptualmente son lo mismo. No tenemos una estandarización de contratos.

Se suspendió la adjudicación...4 años tenemos dándole vueltas pensando y pensando.

Aun así con esos problemas se adjudicaban y la cosa caminaba bien 60 mil millones no se han invertido por las puras y 95% han sido sin problemas

Pero ahora hemos querido arreglarlo... pero nada...

Pero no es un tema de bancabilidad... es un tema de necesidad...

7.2.16 Magali Lazo

Datos Generales:

Fecha: 12/07/19

Hora: 3pm

Lugar: Estudio Muñiz

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

Las principales causas de renegociaciones...Creo que la principal causa de renegociación es el incumplimiento de plazos en la entrega de los terrenos por la dificultad que hay en la liberación de áreas de interferencias otra de las principales causas de la renegociación que tiene que ver con la bancabilidad del proyecto o el cierre financiero de los contratos porque si bien en la estructuración económica y financiera participa un equipo multidisciplinario tanto del público como del privado al momento de solicitar el financiamiento también participa un equipo del financiador del proyecto entonces muchas veces necesitan algunas precisiones que garanticen el financiamiento del proyecto otra de las causales y bueno también otra causal es algunas eh...No diría deficiencia pero si algunas necesidades de mejora operativa para ejecutar el contrato que no las identificas claramente cuando estas estructurando sino que ya al momento de ejecutar se va presentando la necesidad de precisar o establecer términos operativos para la ejecución del proyecto entonces hasta cierto modo natural que se puedan presentar este tipo de necesidades de... que claro en buena cuenta no es tanto una renegociación pero si son modificaciones que eso también sería importante enfocarnos si estamos hablando de renegociación o estamos hablando de modificaciones adecuaciones de modificaciones.

Porque renegociar tu renegocias condiciones esenciales del proyecto pero tú modificas todo aquello que ya está permitido en el contrato, llámese ya estos elementos operativos por ejemplo para una mejor ejecución del proyecto pero renegociación propiamente es cuando alguna situación de incumplimiento ha alterado las características esenciales del proyecto llámese montos de inversión por las demoras en la entrega de los terrenos, plazos que están transcurriendo sin que el inversionista pueda ejecutar las inversiones , que ya tiene al personal contratado para la ejecución de obras por ejemplo o la maquinaria pues eso va generando gastos que no estaban previstos en su presupuesto original.

Entonces, son dos situaciones distintas no, si estamos hablando de la renegociación propiamente, me ratifico en que las principales causales son estas: las dificultades de la liberación de interferencias, la liberación de terrenos, los procedimientos de adquisición y expropiación que si bien han mejorado bastante son más expeditos sigue habiendo un elemento operativo que dificulta esa flexibilidad o esa rapidez que está prevista en la 1192 los procesos de adquisición y expropiación.

Y en segundo lugar la alteración de los cronogramas de inversión

Todo lo que afecte dinero evidentemente va a ser una causal de renegociación.

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Ninguna, ninguna porque estas entidades financiadoras más bien intervienen post suscripción del contrato de cara a lo que es el cierre financiero entonces justamente por ello existe la necesidad que en una etapa posterior los equipos de los financiadores revisen el contrato e identifiquen algunas deficiencias para garantizar al 100% el cobro digamos del financiamiento

durante la etapa de estructuración lamentablemente no intervienen y por una cuestión natural hasta que no se adjudique el contrato incluso hasta que no se firme el contrato no hay certeza de la ejecución de un proyecto APP mientras no hay certeza de la ejecución de un contrato de APP para las partes Estado empresa privada mucho menos habrá certeza de poner recursos humanos a revisar un proyecto de contrato que no se sabe si llegará a buen puerto.

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Yo honestamente no creo que eso sea viable por una cuestión muy natural cuando tú estás estructurando el proyecto estas en un proceso de negociación entre el Estado y la entidad pública no es que haya bases claras de cómo se va a desarrollar el proyecto.

Y esa negociación es incluso hasta la última fase de estructuración del proyecto entonces en tanto ello no está establecido entre las partes sería sumamente complicado involucrar a un tercer actor que en su momento estará involucrado en estos alcances pero no antes porque no es parte del contrato va a ser un actor importante si de cara al financiamiento del proyecto pero una vez el proyecto esté definido entonces hasta antes de la suscripción del contrato el financiador, la verdad, no veo cómo podría formalmente intervenir en el proceso de negociación de la estructuración del proyecto, lo que sí creo es que debería, y de hecho ahora si lo están haciendo son estos contratos standard que te establecen ya una estructura más predecible de lo que va hacer una APP y ahí si tanto la sociedad civil como los bancos pueden opinar sobre las estructuras o sobre estos formatos de APP de modo tal que lo que se vaya a revisar después sea lo menos que ya todos conozcan cuales son las estructuras de los contratos APPs y en función a ellos se vayan definiendo la menor cantidad de renegotiaciones solicitadas por los acreedores permitidos.

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Sí, básicamente son riesgos de no cobrar cuando el proyecto prevé pagos por ejemplo periódicos, lo que los bancos necesitan es que haya la certeza de cómo cuándo y cómo se paga entonces ese tipo de cosas son las que observa el banco que difícilmente las podría observar cuando recién se está estructurando el proyecto económicamente hablando, o sea de que podría participar, podrían participar pero como podrías exigirlo en una fase donde no hay certeza todavía de la existencia del proyecto, creo que más bien encarecería el procesos de estructuración sería un costo, tendrías que exigirle al inversionista: oye para la estructuración ven con tu financiador y la verdad no sé si eso sería eficiente económicamente para la propia estructura del proyecto porque no olvidemos que finalmente las tasas todo se carga al proyecto entonces si nos vamos a anticipar a una fase para hacer intervenir al potencial acreedor permitido antes de tener la certeza del proyecto evidentemente se va a encarecer el costo de la estructuración y ¿Qué pasa en los proyectos que no se llegan a adjudicar? ¿Qué vas a generar? Claro no hay proyecto, ¿Quién asume estos costos? lo asumirá seguramente el sector privado o el sector público, cuando es una licitación estatal, cuando es una iniciativa estatal pero finalmente se encarecen los costos de estructuración de algo que todavía no es cierto, entonces desde ese punto de vista yo creo que no es viable o prudente económicamente hablando integrar al financista en una etapa negocial entre las partes y lo que sí se puede hacer en esta etapa negocial es generar mayor certidumbre sobre las cláusulas contractuales y que es lo que repetitivamente observan los bancos y que eso sea superado en los modelos de contrato APPs. Eso podría ayudar bastante.

5. ¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Bueno eso es un tema mucho más complejo Muriel que tiene que ver con un tema de responsabilidad de usos y costumbres. El funcionario esta de alguna manera acostumbrado a repetir los modelos a repetir las estructuras e ir perfeccionando solo aquello que le ha generado un problema pero todo lo que le ha funcionado bien prefiere mantenerlo en el tiempo y me refiero claramente a la estructuración de un proyecto. Y esto porque pasa por un tema de responsabilidad también frente a la Contraloría, por ejemplo.

Lamentablemente en el país, se castiga mucho la innovación, se castigan los actos o las decisiones de gestión encaminadas a cumplir el principio del enfoque de resultados cuando ya está en la norma. Pero no se entiende, ni el funcionario lo entiende ni el que controla lo entiende siempre hay cuestionamiento a las decisiones que van encaminadas a hacer mejor las cosas, entonces que prefiere ahí el funcionario copiar lo que ha venido funcionando bien. Para que digamos alterar o modificar algo que ha venido funcionando y que nadie lo ha observado y que además todos han aceptado en el transcurso del tiempo esas condiciones y se sigan ejecutando tal cual y con algunos perfeccionamientos pero sí que es cierto que en estos proceso de consultas observaciones a bases a modelos de contrato no hay mucha apertura de Proinversión para tomar justamente estas recomendaciones para tomar estos pedidos aun cuando estén bien sustentados y tiene que ver con lo que te digo un tema de responsabilidad frente a quien te va a controlar y también es un tema de costumbre digamos de lo que ha venido funcionando bien o delo que antes han aceptado los postores no olvidemos también que estos proyectos son hasta donde puedo presionar al privado para que me acepte asumir los mayores riesgos posibles, es un trabajo que tienen que hacer el funcionario o sea lo que menos quiere es que el Estado asuma riesgos entonces si cualquier modificación solicitada por los postores podría ser trasladarle un riesgo adicional al Estado o que usualmente no lo ha estado asumiendo difícilmente se va acoger una observación de ese tipo no... pero si yo creo que es un tema de responsabilidad un tema hasta cultural se podría decir ahí creo. El gran reto es justamente aplicar al 100% este principio de enfoque de resultados y que también debe ser respetado por el órgano de control.

Si el funcionario se atreve a aplicar estos principios y empieza a innovar empieza a mejorar los procesos de negociación y estructuración de las APPs también tienen que...esas decisiones tienen que estar respaldas en el respeto de la Contraloría sobre esta aplicación del principio de enfoque de resultados.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Claro actuar con proactividad en ese sentido no ir arrastrando lo que siempre se ha hecho sino siempre actualizar la data para ir perfeccionando también la regulación del contrato, si eso es algo que de manera natural se debería en las estructuraciones pero como te digo hay un poco usos y costumbres que por un tema de no asumir mayor responsabilidad prefieren seguir haciéndolo así como ha ido funcionando no...

7.2.17 Gonzalo Soriano

Datos Generales:

Fecha: 22/04/19

Hora: 9 am

Lugar: CAF

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

Si bien el sistema ha cambiado recientemente y todavía no vemos los resultados porque me da impresión de que todavía no ha habido suscripción de contratos relevantes bajo la nueva legislación. Originalmente los contratos tenían una racional en la que se firmaba el contrato y luego se le enseñaba a los bancos y los bancos luego veían que era y que no era aceptable para hacerlo bancable. Y eso se plasmaba en adendas

En experiencia de otros países por ejemplo ahorita estoy viendo una negociación en Uruguay. El contrato de APPs era discutido por el banco antes de ser firmado, o sea, el concesionario comparte el contrato con quienes tienen mandatos para financiarlos para que estos hagan sus comentarios hagan sus ajustes y determinen que secciones en este son o no son bancables o convierten la estructura en bancable o no bancable.

Si lo haces luego de una firma, esa firma luego va a requerir una adenda... no hay otra y esto ha generado en el tiempo muchas distorsiones.

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

No podría hablar por todas las entidades financieras pero el rol de algunas multilaterales es apoyar al gobierno y al Estado en el diseño de esas estructuras, es decir, en que la matriz del Project finance si es el caso, sea una matriz a criterio de la multilateral es una matriz bancable es decir es un apoyo antes de inclusive del diseño de contrato APPs.

Es una matriz de estructura completa

Muriel: de riesgos

No es riesgo como si fuese un contrato APPs. Es una matriz completa de asignación de riesgos... Una matriz de como asignar responsabilidades dentro del diseño de la APP para que esta sea bancable, es un apoyo al Estado. En el lado de la multilateral y que tiene una visión y misión distinta al de un banco. El banco tiene una misión de dar utilidades a sus accionistas. Una unilateral quizás tiene otras...

Muriel ...más social?

Una visión de aporte a sus accionistas, y a sus países miembros, en el caso de la CAF el Perú es uno de los países miembros. El CAF tiene por ejemplo un área que se dedica a apoyo al diseño financiero que es el área que ve las cosas antes por ejemplo en proyectos como: no sé las PTAR de Puno, es un proyecto grande que se está lanzando.

El Estado convocó a varias entidades creo que la ganadora fue... que es una multilateral pero puede también tener esta visión... Convocó a varias entidades para que lo apoyen en el diseño de como armar este proyecto para que sea finalmente un proyecto exitoso, antes es una etapa

previa a todo el papeleo, o sea es una etapa de visión general de ver los económicos también, no solamente legal si no los económicos.

Muriel: Pero también la CAF presta dinero, o sea actúa como financista

Dependiendo del proyecto, es un tema que tiene que evaluarse hasta qué punto la multilateral puede apoyar en esto y luego financiarlo porque podría entrar en conflicto y luego pedir ajustes o además porque él es el que ha propuesto el diseño...Entonces hay que hilar fino...

Pero en teoría CAF puede brindar los dos servicios no sé si los dos servicios al mismo proyecto. Pero CAF puede brindar tanto el servicio previo, como ayudarte en la estructura, como el servicio posterior que es el financiamiento o no solo el financiamiento puede también brindar como un apoyo como garante de ciertas partes cuando el sector privado no está listo para financiar.

¿Es posible que los financistas puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Sí, sí lo hacen, inclusive el sistema actual requiere que los candidatos a promotores presente una carta en la que el banco manifieste su interés de financiar el proyecto no necesariamente que lo van a financiar, todo esto... Pero es parte...es requisito si no me equivoco...

Esto se lo piden al CAF, y el CAF lo da a todos los potenciales concesionarios que considera serios, entiendo, no tiene problemas en evaluar y presentar

Muriel: por el lado de los bancos si he escuchado que es un costo adicional para los postores porque de alguna manera están revisando de manera anticipada un proyecto que en verdad no saben si va a salir adjudicada o no.

Como te digo no sé la banca comercial... porque tienen intereses distintos

En el caso de CAF no estoy seguro si CAF cobre por presentar la carta de interés. La carta de interés es un momento muy preliminar, la carta de interés es inclusive previo due diligence y es en el due diligence que salen las matrices de riesgo el due diligence legal sino due diligence técnico, el due diligence es el experto técnico que analiza el asunto. Y esos due diligence los paga el postor ya ganador.

Esa carta que te menciono es una carta de media cara en el que ... oye me interesa el proyecto me interesaría potencialmente de ser el caso sujeto a 70,000 condiciones financiar a este concesionario así como puede financiar a cualquiera

No es que una carta me constituya a presentarles carta a todos, yo puedo financiar a todos

Muriel: porque puede estar por parte Estado y por parte del privado, entiendo la CAF otorga cofinanciamiento al Estado y al mismo tiempo parte del privado

CAF puede financiar al Estado o puede financiar al privado, efectivamente es más el core del CAF es financiar al Estado, pero depende del país, hay países que los proyectos son muy tirados a los privado como en Perú pero hay otros países que los proyecto se manejan más del Estado, entonces dependiendo del proyecto y del asunto porque también hay países tiene un buen rating

de inversión y les es más fácil financiarse de otras maneras que no sean CAF porque les sale muy caro...

Eso es ya otra discusión...

¿Por qué los financistas solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

Muriel: en el caso de la CAF cuando ya tiene un contrato firmado han solicitado modificaciones, ha querido variar tipo de riesgos?

Realmente no es CAF, sino el pool de letras, digamos, y no solamente en Perú es normal que cerrado el proyecto se vean ciertos problemas en el diseño del contrato de concesión que generan que el financiero termine asumiendo ciertos riesgos que como financiero no está dispuesto a aceptar.

En un Project finance lo clave es que cada parte debe asumir el riesgo que realmente esté dispuesto a asumir.

El banco asume solo riesgos financieros, no asume riesgos de construcción, no asume riesgos de mercado... ese es un tema... cada uno tiene que asumir sus propios riesgos entonces no quiero entrar a casos puntuales ni siquiera CAF puntualmente. Pero en general los financieros solamente asumen riesgos de financiamiento, es decir, yo asumo el riesgo de tener la plata y dártela y debo estar 99.9% seguro de que me la vas a poder pagar.

Y para eso debe haber un buen diseño de cofinanciamiento o un contrato PPP bien firmado o un claro flujo de dinero en el proyecto en el caso de la carretera, no sé.

Muriel: o una buena demanda

Una buena demanda, o un ingreso garantizado o algo que yo diga: Oye hay un flujo seguro para yo poder repagarme. Si no hay un flujo seguro yo no voy a entrar, porque yo estaría asumiendo un riesgo de demanda alto, ese es riesgo tuyo de proyecto...

Yo debo estar segurísimo de que tú tienes un flujo, entonces pongamos hay un proyecto que diseña sin ingreso mínimo garantizado, y nunca ha habido carretera, las IIRSAS por ejemplo nunca ha habido carretera, nunca ha habido peaje ahí, o sea no se sabe realmente cuantos carros van a pasar y me piden a mí que yo ponga mil millones, por ejemplo la única manera que ponga mil millones ahí es que alguien le garantice que por lo menos esa empresa va a tener cuanto menos dinero suficiente para hacer mantenimiento y repagar la deuda. Y ese mínimo garantizado tiene que darlo alguien obviamente el Estado, hay proyectos de ese tipo.

Si es un proyecto que ya existe una carretera a Chimbote, pasan carros todo el día y se quiere hacer un loop para que dé la vuelta a Chimbote, por ejemplo ahí tú ya tienes más o menos una predictibilidad de cuantos carros pasan todo el día, también tienen pasando por ahí casi 20 años y seguramente van a pasar más o menos.

Entonces ahí no es necesario que seas un cofinanciamiento no es necesario que el Estado ponga plata o que el Estado asegure el flujo, porque el flujo... hay una estadística de cuanto hay... son proyectos distintos...

Entonces tienes que diseñarlos de otra manera para que cuando el banco se siente acá, yo me siento cómodo con esto o no me siento cómodo con esto, porque el banco lo que no va a hacer es forzarse a poner dinero en algo que puede terminar siendo un desastre.

Muriel: y estos proyectos si bien la estructura que has visto que son de Project finance, también he visto varios contratos que bueno son de años pasados pero no se hacen estos tipos de análisis de riesgos, más como avances de obra que se pide o se modifican si es que no hay financiamiento con certificados...

Bueno pasa mucho...sobre todo en temas de carretera hay muchos temas de liberación de tierras, entonces cuando la tierra no está liberada hay un cronograma que el proyecto debe seguir y sobre respecto al cual debe seguir desembolsando para que vaya avanzando pero hay momentos en que debe poner pause porque este tramo de carretera el Sr. Mamani todavía sigue siendo propiedad del Sr. Mamani y no es propiedad del Estado no es propiedad del proyecto...O como sea...Y todos los cronogramas se van retrasando porque él no puede avanzar entonces a veces se pueden dar adendas para reflejar la nueva realidad del cronograma por ejemplo.

Las adendas están un poco satanizadas ahorita claramente porque ha habido mil problemas pero son datos muy largos con mucho dinero, con muchos riesgos, muchas partes involucradas muchos actores un pase imposible que nos las tengan...dependiendo de casos por caso...

Muriel: ahora, también he podido entrevistar a funcionarios del MEF y lo que quieren es cambiar un poco esta estructura financiera de los contratos ya más para un Project finance y dejar que el Estado asuma toda la garantía del proyecto, o sea el riesgo proyecto, con toda la emisión de bonos que hay o estos certificados de avance de obra...pero algunos me dicen que este Project finance también es difícil de estructurar...

Es un Project finance en el que el Estado no se ha cofinanciado, todo el proyecto está en el privado... o sea si va a depender del proyecto y de cómo está diseñado si tú haces un proyecto de una carretera que va unir con Iquitos con Pucallpa y nunca ha habido carretera ahí será difícil de que nadie garantice porque como haces para medir el flujo como sabeninclusive el mismo concesionario como sabe que si es larga esa carretera van a pasar los carros suficientes para ganar dinero que es lo que el busca....

No solamente para pagarle al CAF o al BBVA, no solamente para pagarle al que construye, al que opera sino para el ganar dinero que es el último de la cola... y la verdad que la única manera es que cuando es un proyecto tan así novedoso inexistente que no ha habido en el pasado una de las únicas maneras por no decir la más común es que el Estado asuma el riesgo...alguien tiene que asumir ese riesgo.

Los riesgos están, los riesgos son inevitables el tema es quién está en mejor capacidad para asumirlo.

El banco no lo va a asumir, el proyecto...la compañía no lo va a asumir sino para eso no postula si va a entrar para perder dinero... no postula entonces es ahí cuando se tiene que estructurar para asignar ese riesgo realmente bien a quién pueda asumirlo en ese caso el ejemplo que te pongo de la carretera Iquitos Pucallpa que nunca había habido el riesgo lo debería asumir el Estado.

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Entiendo que ya no hay adendas de bancabilidad

Muriel : Supuestamente...

Entiendo que ya cambió la ley, ya no deberían de existir...

Muriel: De repente no solo es modificar normativamente sino de alguna manera que estás haciendo mal durante el proceso no porque estos cambios que supuestamente después de la firma 6 meses después 4 meses después por temas de definición de acreedores permitidos, por temas de interpretación, o aclarar ciertas cláusulas....

Si hay un concesionario ganador de la buena pro, alguien que ya está comprometido con el proyecto, lo que se intenta ahora que todo esto se ajuste acreedores permitidos, garantías, etc., etc., etc., donde los banco ponen los ojos. Se empieza a negociar con el banco, de la mano antes de la firma y que lo que se firme sea algo con lo que los bancos, el concesionario y el concedente se sientan cómodos los tres.

Antes lo que se firmaba era el concesionario y el concedente los que se sentían cómodos y luego el banco entraba y para sentirse cómodo pedían adenda ahora la idea es que todos se sientan cómodos y recién ahí se firme.

Entonces dilatar un poco el paso de la firma pero ...Lento pero seguro...

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

Creo que están apuntando a ir por un camino, todo esto además toda esta estructura del contrato.

Han contratado a un estudio de abogados en Nueva York y al Estudio Rebaza...socio Rebaza que estaba ahí se fue...Y a unos socios de Hogan en Nueva York para que los ayuden en el diseño de esta estructura para evitar esto no, y parte creo que es esto, son estos intentos de que los bancos tengan esta carta antes con lo cual ya tú llegas con una espalda de que has hablado del asunto con alguien que haya una confluencia de opiniones antes de la firma del documento etc.

Muriel: y el cierre financiero antes de la firma del contrato como hay en otros países crees que es muy apresurado?

No sé si se puede hacer el cierre financiero antes del cierre del contrato porque el cierre...o sea se va a poder firmar.... A ver el cierre del financiero pero para el desembolso va a ser requisito seguro

Muriel: la firma del contrato

La firma del contrato, nadie va a desembolsar dinero sin la firma del contrato... puede ser no le vería problema, así una cosa así al ojo esos contratos de financiamientos son de 500 páginas y 70 abogados así que...

Pero al ojo se puede cerrar si por cierre se tiene las firmas y el desembolso y una de las ipis para el desembolso, al menos para el primer desembolso o sea no se va a desembolsar ni un centavo hasta que ese contrato APP en otros temas este cerrado.

7.2.18 Carlos López

Datos Generales:

Fecha: 18/04/19

Hora: 8 am

¿Cuáles son las principales causas que generan las renegociaciones de los contratos de APPs?

- Mal manejo de los plazos: el transcurso del tiempo es dinero, son intereses. Como en el caso de las expropiaciones, entrega de terrenos, etc. Por ejemplo, en Rutas de Lima la sección de Ramiro Priale hasta el día de hoy no han podido expropiar todos los terrenos, 8 años después. y la obra sigue inconclusa y sin generar los peajes previstos por la concesionaria. O en el Aeropuerto de Lima, que han pasado 10 años hasta desbloquear los terrenos para construir la segunda pista y terminal, y mientras el aeropuerto está al borde del colapso. O en el Metro de Lima Línea 2, que llevan 5 años de atrasos por la falta de entrega de los terrenos.
- Las diferentes administraciones no son conscientes del impacto que su inacción produce en las concesiones y cada una va a su ritmo, sin estar coordinadas (p.ej. atrasos en cambios de servicios públicos por Sedapal, Cálida, Luz del Sur; atrasos en expropiaciones por MinJus; atrasos en los ministerios técnicos en aprobación de ingenierías de detalle o temas ambientales; etc.)
- No existen expedientes técnicos avanzados y cuando se diseñan aparecen sobrecostos que tienen que compensarse (pagos, subida peajes, mayor plazo de concesión, etc.)

¿Cuál es el rol de las entidades financieras durante la estructuración y transacción de un proyecto de APPs?

Los bancos evalúan y ven si el proyecto es bancable pero sólo una vez un cliente concreto nos contrata para ayudarles, bien para participar en la licitación, bien en caso de ser los adjudicatarios de cara a la estructuración de la financiación.

En estas etapas el rol del banco es financiar una concesión ya cerrada por parte de ProInversión, por lo cual si esta no es bancable es difícil hacer cambios, incluso ahora será más difícil con la regulación que prohibirá “adendas de bancabilidad”. Esto implica que los proyectos deben llegar a licitación habiendo Proinversión socializado y verificado previamente su bancabilidad.

Por el lado de Proinversión, considero que sí hay una predisposición para dialogar con los bancos, sin embargo en alguna de las últimas reuniones con ellos, en donde nos explican de manera general algunos proyectos, sentí que todavía no tenían lo suficientemente aterrizada la

estructura financiera de alguno de los proyectos, por lo que resultaría muy conveniente que contraten asesores financieros potentes para estructurar las concesiones lo mejor posible antes de salir a mercado. Y aunque esta inversión inicial cueste dinero, a largo plazo es rentable porque evita adendas y atrasos.

¿Es posible que las entidades financieras puedan acompañar a los postores en los procesos de promoción de la inversión privada?

Es muy común que las entidades financieras asesoremos a los clientes en las licitaciones de proyectos, pero generalmente entramos muy tarde a la foto. Cuando empieza el proceso de licitación, los postores recién contratan al banco para presentar los comentarios y/o consultas a las bases, en mi experiencia, siempre los concesionarios vienen a última hora con los documentos del proyecto para que lo analicemos, nos dan poco tiempo para evaluarlo. Por tanto, es importante que los contratos sean licitados por parte de Proinversión habiendo contrastado la bancabilidad lo más posible de la mano de los más expertos asesores externos, sobre todo si ya no van a haber adendas de bancabilidad.

¿Por qué las entidades financieras solicitan modificaciones al contrato de APPs para otorgar el financiamiento?

En ocasiones existe una falta de concreción en los conceptos y reparto de riesgos del contrato, es un error grande en la etapa de estructuración del mismo, de modo que los concesionarios tienen la oportunidad de renegociarlo. La eliminación de la adenda de bancabilidad creo que en el fondo es positiva, porque negociar con el adjudicatario, fuera del proceso competitivo, puede resultar injusto para otros proponentes que quedaron fuera, así como el concedente pierde poder de negociación. Pero como se dijo antes, esto requiere que Proinversión haga sus deberes previamente, y de la mano de los mejores asesores externos expertos.

En ese escenario, hay dos tipos de financiamiento de los proyectos, el esquema tradicional de Project Finance (PF) y el basado en certificados de avance (RPICAO y similares).

En una parte de contratos (carreteras interurbanas, aguas) se ha venido utilizando el mecanismo de pago por RPICAO, en el cual el concesionario asume muy poco riesgo de construcción y operación, por lo cual esos riesgos los asume el Estado, sobretodo de “project completion”, lo cual le conviene al banco totalmente, si bien no es un reparto equilibrado del riesgo considerando el precio que se paga por él. En mi opinión, dicha figura no es realmente un PF como pueden considerar algunos, pues estrictamente ni siquiera es necesario llevar a cabo una due diligence.

En el caso de un Project Finance financiado por el banco, el riesgo de construcción y operación es compartido entre el banco y el concesionario, por lo que el banco está muy metido en la estructuración del proyecto y el contrato, es un trabajo muy exhaustivo incluyendo varias due diligences (técnica, mercado, legal, ambiental y seguros) que puede durar entre 6 u 8 meses dependiendo del tamaño del proyecto. Generalmente, pedimos garantías y no le otorgamos el financiamiento a cualquier sponsor, solamente a clientes que conocemos y que tienen el debido

respaldo (este es otro error común de Proinversión, fijando criterios de precalificación muy bajos, donde se “cuelan” sponsors que luego no son financiables).

Entonces, con las adendas de bancabilidad, tanto el concesionario como el banco podrían tener un interés perverso en buscar modificar el contrato para disminuir los riesgos y encontrar el sistema de pago que más les convenga, no necesariamente porque no puedan asumir los riesgos.

¿Es posible disminuir el número de adendas de bancabilidad?

Considero que sí. Por ejemplo en el caso de Chile, es la misma gente en el Ministerio de Obras Públicas (MOP) que viene estructurando los contratos in house por más de 20 años, aprendiendo de los errores e incorporando mejoras en cada generación de contratos, por lo que los contratos vigentes son muy apegados al mercado y totalmente financiables, eliminando cualquier variación. Habiendo conseguido tal convergencia y sintonía con el mercado, en la actualidad no existen mayores adendas a los contratos.

En Perú es trabajo de Proinversión de socializar al máximo los contratos, así como contratar a los mejores asesores externos para aprender de ellos y elevar el estándar de los contratos, pero no sólo para elaborar mecánicamente un set de contratos marco, sino para aprender cual es el reparto de riesgos que se busca (algo que se conozca que sea financiable) y cómo se regular esto en los contratos.

¿Cuáles serían los principales cambios y/o lineamientos que se tendrían que implementar durante el proceso de promoción de la inversión privada a fin de evitar las adendas de bancabilidad?

- Identificar los riesgos, acotarlos, definir variables y repartirlos en la fase de estructuración, de tal forma que el contrato que se presente al mercado cumpla con los estándares de bancabilidad, para lo cual es esencial dejarse asesorar por los mejores expertos externos
- Cumplir los plazos contractuales por parte de cada entidad de la administración (expropiaciones y entrega de predios, cambios de servicios, aprobación de expedientes)
- Involucrar y mejorar la coordinación entre las entidades públicas, de tal forma que sean conscientes de su importancia en la cadena y de impacto de sus acciones / inacciones, para lo cual sería necesario responsabilizarlas (“accountability”).