

Corporación Andina de Fomento

**FINANCIAMIENTO
PRIVADO DE
INFRAESTRUCTURAS**

**Estudio de alternativas y experiencias en
materia de proyectos de Participación
Pública -Privada para América del Sur**

Sector Transporte

INDICE

1. PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO
2. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO – PRIVADA EN EL ÁMBITO DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN EN SECTORES DE INFRAESTRUCTURAS
 - 2.1 Introducción
 - 2.2 La “Participación Público – Privada: Concepto y caracterización
 - 2.3 Beneficios derivados de la utilización de esquemas de “PPP”
3. MODELOS USUALES DE PPP UTILIZADOS EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE. TIPOLOGÍA Y CARACTERIZACIÓN
 - 3.1 Criterios de clasificación
 - 3.2 Consideraciones generales respecto de las modalidades de PPP descritas
 - 3.3 Modalidades más usuales de PPP aplicadas en el sector del transporte y caracterización de cada una de ellas
 - 3.3.1 *Contrato de mantenimiento y/o rehabilitación*
 - 3.3.2 *Contrato de gestión (“management contracts”)*
 - 3.3.3 *Contrato de construcción “llave en mano” (“turnkey contract”)*
 - 3.3.4 *Contrato de arrendamiento de infraestructuras (“lease contract”)*
 - 3.3.5 *Contrato de arrendamiento financiero de infraestructuras (“lease - purchase contract”)*
 - 3.3.6 *Contrato de concesión (“concession agreement”)*
 - 3.3.7 *Diseño, construcción, financiación y explotación de proyectos de infraestructuras a través de entidades instrumentales constituidas por la Administración*

4. CASOS REPRESENTATIVOS DE APLICACIÓN DE MODELOS “PPP” A NIVEL MUNDIAL

4.1 Introducción

4.2 Unión Europea y América del Sur: Evolución y descripción de los principales procesos en la aplicación de modelos PPP

4.2.1 *Unión Europea*

- 4.2.1.1 Reino Unido
- 4.2.1.2 España
- 4.2.1.3 Francia
- 4.2.1.4 Alemania

4.2.2 *América del Sur*

- 4.2.2.1 Colombia
- 4.2.2.2 Perú
- 4.2.2.3 Paraguay
- 4.2.2.4 Ecuador
- 4.2.2.5 Bolivia
- 4.2.2.6 Uruguay
- 4.2.2.7 Chile
- 4.2.2.8 Argentina
- 4.2.2.9 Brasil

4.2.3 *Consideraciones generales críticas respecto de las características de los procesos de PPP seguidos en América del Sur frente a los implementados en la Unión Europea*

- 4.2.3.1 Aspectos generales
- 4.2.3.2 Errores y fallas comunes en la instrumentación de operaciones de PPP

4.2.4 *Ejemplos destacables de contratos de PPP en el mundo y la región sudamericana*

- 4.2.4.1 Caso No. 1 (“multicaso”): El “Foothill/Eastern Corridor” y las “91 Express Lanes”: dos experiencias interesantes en California - Estados Unidos.
- 4.2.4.2 Caso No. 2 (“multicaso”): Los “contratos de conservación vial” en América Latina – Especial consideración de las experiencias en Argentina, Brasil y Uruguay
- 4.2.4.3 Caso No. 3: La concesión de la “Second stage expressway” – Tailandia: Los resultados de un inadecuado funcionamiento del sistema institucional

- 4.2.4.4 Caso No. 4 (“multicaso”): Concesiones de infraestructuras viales en Malasia – Diferentes experiencias de renegociación de contratos
- 4.2.4.5 Caso No. 5: La concesión Interconexión Vial Santiago-Valparaíso-Viña del Mar” (Financiamiento de un proyecto ITC) – Chile: La experiencia de los “Bonos de Infraestructura”
- 4.2.4.6 Caso No. 6: La concesión del “Proyecto Eurotúnel” (o Túnel del Canal de la Mancha) – Proyecto Transnacional: Reino Unido – Francia: Los problemas de las concesiones a total “riesgo y ventura” del concesionario
- 4.2.4.7 Caso No. 7: El Proyecto del “Tren Transandino Central” – Argentina y Chile: una concesión binacional promovida a partir del régimen de la iniciativa privada
- 4.2.4.8 Caso No. 8 (“multicaso”): Las concesiones portuarias en Ecuador: Entre Guayaquil y Esmeraldas - Notas sobre el fracaso del programa de concesionamiento de los puertos públicos
- 4.2.4.9 Caso No. 9: La concesión del “Aeropuerto Arturo Merino Benítez” de Santiago de Chile: entre las dificultades extraordinarias de una industria y sector y la necesidad de renegociación del contrato de concesión

5. PAUTAS BASICAS PARA LA ESTRUCTURACION DE PROCESOS PPP EN EL SECTOR DE INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE EN AMERICA DEL SUR

5.1 Recomendaciones generales para la eficaz y eficiente acción pública en la estructuración de procesos PPP

5.1.1 *Recomendaciones respecto al “entorno macro” de los proyectos PPP*

- 5.1.1.1 Necesidad de contar con un entorno económico, político y social estable
- 5.1.1.2 Necesidad de procesar a nivel político y social un “cambio cultural” acerca de las implicancias de los procesos de PPP y los nuevos roles del Estado
- 5.1.1.3 Instrumentación de las reformas necesarias al sistema institucional
- 5.1.1.4 Instrumentación de las reformas necesarias al sistema regulatorio
- 5.1.1.5 Integración de las entidades públicas involucradas en los procesos de PPP con funcionarios adecuadamente capacitados a tales efectos
- 5.1.1.6 Desarrollo e implementación de adecuadas metodologías para el diseño, estructuración e implementación de procesos de PPP
- 5.1.1.7 Regulación y aplicación de adecuados sistemas de responsabilización de la actividad desempeñada por los funcionarios de la Administración en el diseño, estructuración e implementación de procesos PPP
- 5.1.1.8 Realización de un adecuado diagnóstico respecto de las necesidades de inversión en el sector y subsectores, e instrumentación de un adecuado plan estratégico

5.1.2 *Recomendaciones respecto al “entorno micro” de los proyectos PPP*

- 5.1.2.1 Establecer un sólido compromiso del Gobierno para la instrumentación de la operación de PPP, y buscar los necesarios consensos con los demás sectores políticos

- 5.1.2.2 Determinar la oportunidad más apropiada para el lanzamiento público del proyecto de PPP
 - 5.1.2.3 Definir claramente la estructura orgánico-institucional encargada de llevar adelante el proceso y la necesaria coordinación interinstitucional con otras entidades involucradas en el proceso
 - 5.1.2.4 Determinar el “interés del Estado” en el proyecto
 - 5.1.2.5 Generar un entorno de transparencia en la ejecución del proyecto de PPP: la implementación de una adecuada estrategia comunicacional
 - 5.1.2.6 Buscar la aceptación de la comunidad respecto del proyecto a ejecutarse
 - 5.1.2.7 Determinar el “valor” del proyecto para todas las partes involucradas a través de sólidos estudios de factibilidad y análisis de riesgos de la operación de PPP
 - 5.1.2.8 Estructurar adecuadamente los proyectos de PPP
 - 5.1.2.9 Implementar un adecuado proceso de selección del contratista de la Administración
 - 5.1.2.10 Preparar adecuadamente los documentos contractuales regulatorios de la operación de PPP
 - 5.1.2.11 Establecer un adecuado marco y mecanismos apropiados para el cumplimiento de las funciones de control sobre la actividad del contratista de la Administración
 - 5.1.2.12 Establecer un sistema adecuado de regulación de la actividad del contratista, así como instrumentos apropiados para el cumplimiento de tales funciones por la Administración
 - 5.1.2.13 Establecer claros procedimientos de controversias entre la Administración y el contratista derivados de la ejecución de los contratos de PPP
- 5.2 Recomendaciones vinculadas a las condiciones básicas requeridas con carácter general por el sector privado para participar en proyectos PPP en el sector del transporte en América del Sur
- 5.2.1 *Consideraciones generales*
 - 5.2.2 *Expectativas básicas de los agentes privados involucrados en los proyectos de PPP*
 - 5.2.1.1 Seguridad Jurídica
 - 5.2.1.2 Liquidez
 - 5.2.1.3 Riesgo
 - 5.2.1.4 Rentabilidad
- 5.3 Mejores prácticas aplicables a proyectos transnacionales – Recomendaciones específicas
- 5.3.1 *La consideración de los proyectos transnacionales en el ámbito de la Unión Europea*
 - 5.3.2 *Recomendaciones especiales respecto de proyectos transnacionales*
 - 5.3.2.1 Recomendaciones sobre aspectos instrumentales - procedimentales

- 5.3.2.2 Recomendaciones sobre aspectos regulatorios
- 5.3.2.3 Recomendaciones generales referentes a aspectos puntuales de la instrumentación de los proyectos
- 5.3.2.4 Recomendaciones generales referentes a algunas cuestiones claves de la financiación de los proyectos

* * * * *

1. PRESENTACION DEL ESTUDIO

Las infraestructuras básicas (transporte, energía, telecomunicaciones y agua) poseen una serie de características fundamentales que han motivado una fuerte participación estatal – por cierto, de un contenido variable a través de la historia- en los procesos de ejecución de inversiones en dicho sector.

De un modo más intuitivo, a lo largo de la historia, los Estados vislumbraron la importancia de las infraestructuras y, consecuentemente, desempeñaron un papel fundamental en su concepción, construcción, financiación y gestión, a través de diferentes modalidades según las necesidades, posibilidades, carencias y concepciones culturales, sociales, políticas y económicas imperantes en cada época.

Por lo general, la tendencia histórica en cuanto a dichas modalidades ha estado dada en el sentido de que básicamente han sido los propios Estados quienes, directamente, acometieron dichas actividades. Excepcionalmente, cuando ello no era posible, a fin de no frenar el crecimiento y desarrollo del acervo infraestructural –necesario, por cierto, para diversas actividades de la comunidad- se acudía al sector privado.

No obstante, a partir de la segunda mitad del Siglo XIX cambia la tendencia, y de la mano de los grandes progresos y descubrimientos tecnológicos surgidos del industrialismo –que, progresivamente fueron dando lugar a un nuevo elenco de servicios, prestaciones y actividades destinadas a revolucionar el “estilo de vida” de la sociedad-, comienzan a gestarse los grandes proyectos de inversión con participación del sector privado, fundamentalmente a través del esquema de la concesión; como aconteció, sobre todo en Europa y América Latina, con la construcción y operación de ferrocarriles, telefonía, electricidad, agua, gas y carreteras, entre otros proyectos.

Más tarde, durante los primeros decenios del Siglo XX, por diferentes circunstancias, comienza un proceso de reasunción progresiva de dichas actividades por parte del Estado; que se consolida fuertemente a partir de la segunda mitad de la década del 40, tras la Segunda Guerra Mundial, en pleno apogeo del “Estado Social”.

Por una serie de razones de variada índole, dicho modelo comienza a “hacer agua” por varias partes, para declinar en el mundo desarrollado a partir de mediados de los años 70.

Como respuesta, comienzan a implementarse –primeramente en Inglaterra y Estados Unidos, para luego irse extendiendo progresivamente a los demás países- amplios programas de privatizaciones, desregulaciones y liberalizaciones que han ido teniendo lugar en diferentes partes del mundo hasta los tiempos actuales, con mayor o menor intensidad según las características propias de cada país o región. En ese entonces, en el caso de América Latina, en los países que más se ha avanzado en los procesos de incorporación de la participación privada en sectores de infraestructuras –sobre todo a través de privatizaciones y concesiones-, recién comienzan a gestarse dichos proyectos con impulso sostenido a partir de la década de los 90.

Ya a partir de la segunda mitad de la década de los 90, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, avanzándose firmemente en el referido proceso de reforma, el proceso de privatizaciones y concesiones antes iniciado, se complementa con amplios programas de liberalizaciones de actividad, y la puesta en marcha de proyectos de participación público-privada empleando fórmulas contractuales diferentes de la concesión, para acometer proyectos que, por sus especiales características, ya no era posible instrumentarlos a través de sistemas de transferencia total o “cuasi-total” de riesgos, como ocurría con aquella. Las fallas constatadas a partir de grandes proyectos “emblemáticos” de participación privada como el caso del “Eurotúnel” (al que más adelante se hará referencia) fue llevando a los Gobiernos de la Unión a adoptar metodologías específicas para la implementación de dichos programas de participación público-privada, y que en muchos casos se trató de viejas fórmulas conceptuales “*aggiornadas*” y ajustadas a las nuevas circunstancias, y que en definitiva, fueron perfilando modelos nuevos.

Siguiendo con el paralelismo trazado respecto de la evolución en la materia entre la Unión Europea y América Latina, por esos mismos tiempos y hasta la actualidad, en nuestra región, comienza lentamente a gestarse un proceso inverso, especialmente en los países que más avanzaron en la instrumentación de programas de privatizaciones y concesiones; de la mano de los errores, fallas y conflictos que han ido evidenciando los mismos. En otras palabras, cuando más se necesita contar con el involucramiento del sector privado en la ejecución de proyectos de inversión en sectores de infraestructuras (debido, fundamentalmente, a razones de contención del gasto público y reducción de partidas con destino a rubros de inversión, según se verá más adelante), más complejo resulta el acceso a la participación privada en condiciones de eficacia y eficiencia.

En estos tiempos, basta con dar una rápida lectura a la prensa diaria de la mayoría de los países latinoamericanos para percatarse de dicha situación. Así por ejemplo, en los últimos 2 meses, han existido fuertes cuestionamientos en Honduras, a raíz de la renegociación planteada respecto de la concesión de los aeropuertos; en Argentina, con las revisiones de tarifas de varios servicios públicos concedidos y rescisión de un contrato de concesión vial; en Ecuador, con la suspensión de varios procesos de concesiones a raíz del cambio de gobierno; en Perú, con negativas a pagar incrementos de peajes en una vía concedida; y en Uruguay, con la suspensión de un procedimiento licitatorio de una concesión, ejecución de controles respecto de otra vigente, y alteración de la ecuación económico-financiera respecto de otro contrato de concesión. La lista sería amplísima, y tan sólo la información proveniente de estos países denotan claramente el clima de inestabilidad planteado respecto de estos procesos en buena parte del continente.

Los países de la Unión Europea y de América del Sur, que habiendo recorrido caminos muy similares en la materia hasta los inicios de la década del 90, hoy exhiben una brecha importante entre ambos. El primer grupo de países es el que, sin lugar a dudas, ha avanzado más a nivel mundial en dichos aspectos, en tanto que el segundo, uno de los que ha evidenciado la más errática y controversial aplicación de este tipo de instrumentos.

A diferencia de los países del mundo sajón y asiático, las regulaciones e instituciones jurídicas a partir de las cuales se han perfilado, construido y aplicado las modalidades de PPP en los países latinos de la Unión Europea y América del Sur son muy similares: ambos grupos están fuertemente influenciados por las regulaciones, doctrina y jurisprudencia del Derecho Administrativo francés. De ahí pues, que las modalidades y alternativas jurídico-institucionales para implementar este tipo de proyectos de PPP aplicadas en la mayoría de países de la Unión Europea, sean perfectamente aplicables en el ámbito de los países de América del Sur. Precisamente por ello, es que de los casos analizados a nivel mundial, el mayor énfasis en este estudio se ha puesto en las experiencias de la Unión Europea y América del Sur; sin perjuicio de considerar, también, el caso de los Estados Unidos y Asia.

Pero, ¿qué es, entonces, lo que está pasando? ¿Cuáles son las razones por las que este tipo de operaciones de participación público-privada se consolidan y se mejoran sus técnicas en países industrializados, mientras que en Latinoamérica se alzan voces indicando el perfilamiento de un proceso involutivo? ¿Por qué estas herramientas funcionan adecuadamente en la Unión Europea, y no así en Latinoamérica? ¿Dónde residen los problemas y cómo se solucionan? ¿Cuáles son las condiciones requeridas por el sector privado para participar en proyectos ejecutados en nuestra región?

La búsqueda de las respuestas a dichas interrogantes ha consistido, en esencia, la razón para la preparación del presente estudio, que ha tenido como objetivos básicos, a) el relevamiento de las modalidades más usuales de operaciones de participación público-privada desarrolladas y disponibles a nivel internacional para la ejecución de proyectos en el ámbito del sector del transporte; b) la identificación de casos y experiencias en las que se hayan aplicado o utilizado dichos instrumentos, y c) la presentación de recomendaciones generales para la eficaz y eficiente estructuración de proyectos de inversión en infraestructuras del sector del transporte, así como respecto de las condiciones básicas requeridas con carácter general por el sector privado para participar en dicho tipo de proyectos en América del Sur.

La variedad de proyectos implementados a través de esquemas de PPP en el sector del transporte en el mundo es muy amplia. De todos ellos, considerando las características de la presente consultoría, 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” (IIRSA), las referencias a proyectos en el sector se han centrado, fundamentalmente, en los proyectos del subsector vial; por más que existen en el documento, referencias a otros subsectores como el portuario, aeroportuario y ferroviario; especialmente en el numeral 4.2.4, en donde se analizan diferentes tipos de experiencias al respecto, tanto que hayan constituido un éxito como un fracaso, en la expectativa de que especialmente de las últimas, sirvan de lección para no cometer los mismos errores.

2. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO – PRIVADA EN EL ÁMBITO DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN EN SECTORES DE INFRAESTRUCTURAS

2.1 Introducción

En líneas generales, existe acuerdo en cuanto a que una adecuada dotación de infraestructuras básicas –esto es, en los sectores del transporte, agua, energía y comunicaciones–, como consecuencia tanto de la construcción de nuevas infraestructuras como de la realización de labores de conservación y mejoras sobre las existentes, genera un impacto altamente positivo en el desarrollo de los países, en la medida en que repercuten en su productividad, crecimiento económico y competitividad internacional y, por sobre todo, contribuyen significativamente a un mayor bienestar social mejorando la calidad de vida de la población ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

Por otra parte, en un mundo que camina a pasos acelerados hacia la conformación / consolidación –según los casos– de bloques económicos regionales, tan importante como mejorar las características de las infraestructuras nacionales, lo es el contar con adecuadas dotaciones de infraestructuras transnacionales, las cuales cumplen un papel fundamental coadyuvando al impulso de los procesos de integración regional y, con ello, a alcanzar varios de los objetivos de desarrollo sustentable de los distintos países; lo cual constituye uno de los objetivos perseguidos por IIRSA para la región conformada por América del Sur.

En esencia, un mayor avance en dicho proceso de integración requiere, a su vez, de un mayor fortalecimiento de los canales de integración física entre los distintos países, como lo indica la experiencia seguida en el caso de otros bloques económicos en el mundo como la Unión Europea, que crecieron y se consolidaron sobre la base de modernas e integradas redes de infraestructuras en sectores claves como el transporte, telecomunicaciones y energía, a través de las cuales ha tenido y tiene lugar un intenso flujo de personas y bienes de variada índole. Y en este sentido, las barreras naturales que

¹ Para un análisis general del impacto de las infraestructuras públicas sobre el crecimiento económico, especialmente las correspondientes al sector del transporte, dentro de una extensa bibliografía puede consultarse a, entre otros: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, Documento “Un nuevo impulso a la integración de la infraestructura regional en América del Sur”; Washington D.C., Diciembre de 2000; BANCO MUNDIAL, Documento “Infraestructura y Desarrollo”; Washington D.C., 1994; KESSIDES, Christine en “A review of Infrastructure’s Impact on Economic Development”, trabajo que forma parte de la obra colectiva dirigida por BATTEN, D. F. y KARLSSON, C. “Infrastructure and the Complexity of Economic Development. Advances in Spatial Science”, Heidelberg, Springer, 1996; BUTTON K. en “Ownership, Investment and Pricing of Transport and Communications Infrastructure”, trabajo que forma parte de la obra colectiva antes citada; BANISTER D. y BERESCHMAN, J. en “Transport Investment and Economic Development”, UCL Press, London, 2000.

² Así pues –citando una expresión muy gráfica utilizada en el citado informe del BANCO MUNDIAL, puede afirmarse que “si no el motor, las infraestructuras representan al menos las ruedas de la actividad económica...” (en pág. 14), siendo la suficiencia de infraestructura “un factor determinante del éxito de un país y del fracaso de otro en la diversificación de la producción, la expansión del comercio, la capacidad para hacer frente al crecimiento de la población, la reducción de la pobreza o la mejora de las condiciones ambientales” (en pág. 3).

la geografía ha puesto muchas veces a esta integración de las redes de infraestructuras, hoy pueden superarse utilizando las técnicas y mecanismos que la nueva ciencia y tecnología ofrece.

Ahora bien; en la mayoría de los países de América del Sur, la situación en que se encuentran sus respectivos acervos infraestructurales es particularmente deficitaria; producto tanto de la postergación de la construcción de obras consideradas imprescindibles, como de la falta de conservación, mantenimiento y mejora de las existentes ⁽³⁾.

Es más, en el actual contexto mundial y regional, con economías fuertemente recesivas, en donde cada vez más con mayor rigurosidad se vienen aplicando políticas de ajuste presupuestario y reducción del déficit fiscal, parece evidente que ni hoy ni factiblemente en el corto o mediano plazo sea posible canalizar desde las arcas del Estado los recursos financieros necesarios tanto para el desarrollo de nuevas infraestructuras públicas como para dar cobertura satisfactoria a las demandas actuales en torno a la realización de labores de mantenimiento o de introducción de mejoras a las existentes.

Llegado a este punto, ante tal escenario, la solución surge en forma bastante obvia: si los Estados no cuentan con los recursos suficientes para acometer dichos proyectos de infraestructuras con inversión pública –como venía aconteciendo tradicionalmente–, para no frenar el desarrollo en sus respectivos países y propiciar, igualmente, la inversión en infraestructuras, resulta imprescindible –más allá de banderas políticas y preconceptos ideológicos ⁽⁴⁾– establecer los canales, mecanismos y procedimientos adecuados para que

³ Según estudios de la CEPAL, en función del atraso crónico que existe en Latinoamérica en materia de infraestructuras, se requieren al menos, 60.000 millones de dólares anuales de inversión en infraestructura, y tan sólo el 10 % de esa cifra, podría ser cubierto con préstamos a los gobiernos, conforme a sus capacidades de endeudamiento y a las propias disponibilidades de organismos multilaterales.

⁴ Basta para ello ver como ejemplo las experiencias de la Unión Europea, en donde la “explosiva” aparición y aplicación de modelos de “participación público – privada” tuvo lugar como respuesta de carácter eminentemente pragmático a las restricciones impuestas por el Tratado de Maastrich (1992) a los países miembros de la Unión en materia de endeudamiento público (el déficit público debe mantenerse por debajo del 3% del PBI); lo que varió diametralmente los modos de financiación de infraestructuras usualmente aplicados hasta ese entonces por la mayoría de los países de la Unión. Así pues, los procesos de privatizaciones y estructuración de proyectos de participación público – privada adquieren un fuerte auge a partir de los mediados de la década del 90, a impulsos de líderes políticos calificados como de “izquierda” o “centro-izquierda” según los casos –algunos con más dificultades que otros–, como Tony Blair en Gran Bretaña, Romano Prodi y Massimo D’Alema en Italia, Gerhard Schröder en Alemania, y Lionel Jospin en Francia. Por los mismos años, países con gobiernos comunistas como China, comienzan también a propiciar el desarrollo de proyectos de inversión en infraestructuras a través de esquemas de participación público-privada; fundamentalmente, utilizando el modelo de la concesión.

En Latinoamérica, las oposiciones y resistencias a la utilización de modalidades de participación público-privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura han estado basadas, fundamentalmente, en argumentos y consideraciones de carácter político-ideológico; alentadas, a su vez, fuertemente, por los beneficiarios directos del status quo (trabajadores de las empresas públicas afectadas, proveedores tradicionales de dichas empresas, etc.). Al ser, este tipo de procesos, “juegos de suma cero”, la experiencia indica que en varios casos, las oposiciones han sido tan fuertes que han implicado demorar o suspender

la financiación privada hacia tales proyectos tenga lugar de un modo eficiente, llevando adelante inversiones que los propios Estados no pueden asumir.

Este ha sido y será un factor de primer orden en el tránsito por el camino de la inevitable búsqueda de soluciones y alternativas de financiación privada o público-privada de infraestructuras.

Existen, además, otros factores que han coadyuvado a la difusión y generalizada adopción de diferentes técnicas y alternativas de involucramiento del sector privado en tales tipos de proyectos; a saber:

- ineficiencias del modelo tradicional de gestión de infraestructuras públicas y prestación de servicios respecto de los cuales aquéllas constituyen su soporte por parte del sector público; lo cual ha generado una serie de externalidades negativas sobre los usuarios, contribuyentes y la comunidad en su conjunto;
- la insatisfacción y creciente escepticismo de los usuarios respecto de las condiciones en que tales actividades son cumplidas por la Administración Pública; en donde el tipo, calidad y precio de los servicios prestados no evolucionaron –o al menos lo hicieron mucho más lentamente- a la par de las necesidades o exigencias de la comunidad, con los consabidos perjuicios para ésta y sus integrantes; y
- la presión y exigencias de los contribuyentes respecto de la eficacia y eficiencia ⁽⁵⁾ en la gestión y aplicación de recursos públicos, clamando cada vez con más fuerza por la “reforma del Estado” ⁽⁶⁾ o “reinención” del Gobierno; siguiendo en este último caso la terminología de OSBORNE y GAEBLER ⁽⁷⁾.

programas de reformas y/o procesos específicos. Por otra parte, las ineficiencias e ineficacias de variada índole cometidas por las Administraciones Públicas de la región en buena parte de dichos procesos, con los resultados negativos a que han dado lugar, han alentado todavía más los sentimientos “anti-participación privada” en algunos sectores de la población en dichos países.

⁵ Es un principio unánimemente admitido el que estando la Administración al servicio del interés general, debe actuar con eficacia y eficiencia para dar satisfacción plena al mismo. Ello, que la mayor parte de las veces no deja de ser un verdadero *desideratum*, constituye una regla fundamental que debe presidir el obrar de la Administración, y servir de elemento de control del accionar de la misma por parte de terceros.

Eficacia y eficiencia no son la misma cosa. Lo primero significa que la actividad esté específicamente dirigida a alcanzar los fines que impone el interés general, y lo segundo, apunta a que los medios y mecanismos seguidos para ello sean idóneos para el cumplimiento de dicho fin de un modo óptimo, dentro del marco delimitado para ello por el ordenamiento jurídico. Ello implica para la Administración un deber positivo de actuación conforme a dichas exigencias, y un límite inquebrantable a su obrar legítimo. Se tratan éstos de dos principios elementales de gestión, perfectamente aplicables al actuar administrativo más allá de que estén o no explicitados en normas concretas de derecho positivo.

⁶ Las personas se relacionan con el Estado desde diferentes perspectivas, vale decir: como ciudadanos, como usuarios, como contribuyentes, y como habitantes sometidas al imperio de la ley y autoridad conferidos a organismos públicos. Como ciudadanos -base y razón de la actuación estatal- centran su interés en a) la capacidad del Estado para alcanzar esos objetivos, b) en los mecanismos, técnicas

2.2 La “Participación Público – Privada: Concepto y caracterización

Tal es el entorno bajo el cual se ha venido gestando e intensificando en los últimos años los procesos de participación privada en los sectores infraestructurales antes referidos; y que, en esencia, ha dado lugar a la implementación de programas de: a) privatizaciones a través de la enajenación directa de activos y/o participaciones accionarias de empresas públicas; b) de liberalizaciones de ciertas actividades dentro de dichos sectores de infraestructuras o los sectores en su integridad, según los casos, a fin de permitir que la participación privada tenga lugar por derecho propio; c) de participación público-privada para el diseño, construcción, gestión y financiación de proyectos de infraestructuras; d) de reformas institucionales en el ámbito de la Administración Pública a efectos de adecuarse a los roles asumidos por parte de ésta a partir del nuevo escenario trazado; y e) de reforma a los marcos regulatorios (“desregulando” y “neoregulando”) a efectos de generar un adecuado entorno de seguridad jurídica para que tenga lugar la participación privada en condiciones de eficacia y eficiencia.

Llegado al punto, cabe preguntarse qué es, exactamente, la participación público – privada, “PPP” o “P3” como generalmente se le llama.

Se trata de una expresión lo suficientemente sintética como para resumir toda una tendencia en la aplicación de un conjunto de técnicas para la incorporación del sector privado en la ejecución de tales actividades; pero también, lo extremadamente vaga e imprecisa como para pretender resumir a través de ella, la esencia caracterizante de la amplia gama de operaciones, técnicas y metodologías que dicha expresión engloba.

Muestra de ello es que no existe un claro consenso respecto al alcance de dicho concepto; si en cambio, en relación a ciertos aspectos comunes a todas dichas técnicas que, casi invariablemente, de un modo u otro, son resaltados en varias de las diferentes definiciones ⁽⁸⁾ existentes.

e instrumentos utilizados por éste a fin de alcanzar con eficacia y eficiencia las metas trazadas para alcanzar el bien común, y c) en los mecanismos e instrumentos para el control de la actuación estatal. Como usuarios, demandantes de bienes y servicios provistos directa o indirectamente por entidades públicas, exigen al Estado una capacidad de respuesta eficiente y eficaz a sus necesidades y problemas, especialmente centrados en el acceso a bienes y servicios prestados en condiciones de la mejor relación calidad / precio, en cumplimiento estricto de las obligaciones de “servicio universal”, y a través de la utilización de tecnologías regularmente renovadas en su aplicación. Como contribuyentes, demandan la aplicación adecuada de los recursos públicos y ausencia de despilfarro, de modo tal de pagar la menor cantidad posible por concepto de tributos. Por último, como habitantes sometidos al imperio de la ley y autoridad conferidos a organismos públicos, reclaman un marco jurídico – institucional justo, equilibrado, predecible y estable, generador de un claro entorno de seguridad jurídica y claridad en las “reglas del juego”.

⁷ OSBORNE, D. y GAEBLER, T. en “La Reinención del Gobierno”; Ed. Paidós (Colección Estado y Sociedad); Barcelona, 1997.

En opinión de los Consultores, los modelos PPP pueden definirse como “acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, alcances y plazos, tienen por objeto cometer al sector privado, el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras públicas y/o servicios de interés público (en sentido amplio)”, transfiriéndole riesgos y responsabilidades a su respecto, y reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de control y regulación de la actividad de los agentes privados en tales casos.

Existen una serie de aspectos básicos caracterizantes de los modelos PPP, los cuales se describen a continuación:

- A. Constituyen técnicas de cooperación entre el sector público y privado, de modo tal que combinando las fortalezas del sector público y del sector privado –y con ganancia neta para todas las partes involucradas-⁸), apuntan a satisfacer, con eficacia y eficiencia, necesidades de interés público. Son, en definitiva, una suerte de “matrimonios por conveniencia”, que para que funcionen, es necesario que satisfagan de modo básico las expectativas mínimas de las diferentes partes.
- B. Las técnicas PPP son mucho más que meros mecanismos de financiación o gestión de infraestructuras con la participación del sector privado: consisten en herramientas

⁸ En este sentido, entre la amplísima cantidad de definiciones existentes, pueden destacarse las siguientes: a) “The broad working definition of a public-private partnership used here is a relationship involving the sharing of power, work, support and/or information with others for the achievement of joint goals and/or mutual benefits”; KERNAGHAN, K; en “Partnerships and Public Administration: Conceptual and Practical Considerations”, pág. 61; b) “A public-private partnership is a cooperative venture between the public and private sectors, built on the expertise of each partner, that best meets clearly defined public needs through the appropriate allocation of resources, risks and rewards”; CANADIAN COUNCIL FOR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS; en “Canadian Public Administration, vol. 36, N° 1, Spring, 1993, pág. 57-76; c) “PPPs are arrangements between government and private sector entities for the purpose of providing public Infrastructure, community facilities and related services. Such partnerships are characterized by the sharing of investment, risk, responsibility and reward between the partners...”; BRITISH COLUMBIA – MINISTRY OF MUNICIPAL AFFAIRS; en “Public Private Partnership – A Guide for Local Government” – Mayo de 1999 – pág. 5; o d) “The term partnership, as used here, includes contractual arrangements, alliances, cooperative agreements and collaborative activities used for policy development, program support and delivery of government programs and services”; en “Innovation in public management: towards partnerships”; ARMSTRONG, J. L. Optimum – The Journal of Public Sector Management (1993).

⁹ Tal como señala ALLAN, J., “As the Private Finance Panel has observed, “the logic of this transformation is to allow both private and public sectors to concentrate on doing what they are likely to do best”. In the case of the private sector, where the profit motive is dominant, the core activity is the provision of goods and service in the most cost-effective manner. In contrast, in the public sector the public interest is dominant, and the core activity is the provision of a range of essential services in a manner that safeguards that interest. By combining in a single partnership the incentives and rewards conducive to maximising efficiency with a directing concern for the public interest, it is possible, in effect, to have the best of both worlds: the advancement of the public interest together with the most cost-effective outcome and better value for money”; en “Public-Private Partnerships: A review of Literature and Practice” – Saskatchewan Institute of Public Policy – Public Policy Paper No. 4 (Canadá, 1999); pág. 9.

que forman parte de procesos de connotaciones mucho más complejas, como son los usualmente denominados procesos de “reforma del Estado”. Tal es el criterio imperante en relación al encuadre conceptual de este tipo de herramientas, que para que funcionen eficaz y eficientemente, demandan ser acompañadas de la implementación un anterior o concomitante programa tendiente a redefinir los nuevos roles del Estado en dichos sectores de actividad ⁽¹⁰⁾, a establecer un adecuado régimen de responsabilización (“*accountability*”) para los funcionarios de la Administración Pública participantes en los procesos PPP, y a establecer un marco jurídico-institucional apropiado para la que los procesos de PPP tengan lugar de forma adecuada. Al respecto, la experiencia de países que han incursionado en la aplicación de estos modelos PPP sin procesar, previa o simultáneamente, dichas reformas (especialmente varios países de la región), ha evidenciado los resultados negativos generados como consecuencia de ello.

- C. El término PPP engloba una amplia gama de modalidades de cooperación situadas entre los extremos existentes de actividad pública (sistema tradicional) –bajo el cual también han tenido lugar operaciones de tercerización (“*contracting out*”) de ejecución de actividades conexas o accesorias; las cuales no califican como operaciones PPP- y actividad privada (como consecuencia de procesos de privatización –por enajenación total de empresas o activos públicos- ⁽¹¹⁾; o de liberalización de actividades antes en mano pública); pueden adoptar diferentes formas contractuales (contratos sinalagmáticos como la concesión, contrato de management, etc., o contratos plurilaterales de organización como las sociedades de capital mixto), así como tener por objeto distinto tipo de actividades tales como el diseño, la construcción, la ampliación, el mantenimiento, la refacción, la gestión y/o financiación de infraestructuras públicas y/o servicios de interés público ⁽¹²⁾; o quedar encuadradas bajo diferentes tipos de regímenes de gestión; según se verá en numerales siguientes.
- D. Si bien es de esencia de cualquier estructura de PPP, la asunción de riesgos y responsabilidades por el sector privado, lo cierto es que el alcance particular que

¹⁰ En esencia, existe consenso en cuanto a que en este nuevo entorno, el Estado debería focalizarse en sus roles de definición de políticas, planificación estratégica, regulación y control de actividades a cargo de operadores privados. En lo que respecta al ámbito prestacional, se considera que, en virtud de los deficientes resultados evidenciados a partir del modelo tradicional de gestión pública durante todos estos años, el Estado debiera dar paso al sector privado; excepto en aquellos casos en que no estén dadas las condiciones para que la participación privada tenga lugar bajo parámetros de eficacia y eficiencia.

¹¹ La aclaración procede por cuanto es usual calificar a la concesión y otras modalidades de participación privada como alternativas de “privatización”; que lo son en un sentido amplio (pues lo que se “privatiza” es la gestión de una infraestructura o servicio); más no en sentido estricto (en donde la privatización se entiende como transferencia total de activos públicos al sector privado, incluido –claro está- su gestión).

¹² Cabe anotar que la expresión “servicio de interés público” se utiliza aquí en sentido amplio; es decir, comprensiva tanto de los “servicios públicos” (actividades “publicadas” o extraídas del ámbito de libre prestación por parte del sector privado) como de los “servicios de interés público” en sentido estricto (actividades de carácter libre, aunque sujetas a intensa regulación por razones de interés público).

unos y otros pueden asumir en cada caso –que a su vez, siempre van de la mano-, dependerá de la forma jurídica adoptada para instrumentar la operación. Así por ejemplo, existen instrumentos como la concesión y el arrendamiento de infraestructuras –ambos encuadrados dentro de las denominadas modalidades de “gestión indirecta”-que involucran la asunción de la práctica totalidad de riesgos normales del proyecto por parte del contratista (riesgos de construcción, riesgos de mercado, riesgos tarifarios, etc.); cosa que no ocurre en el supuesto de otras alternativas de PPP –en general, las denominadas de “gestión directa”- como los contratos de gestión, y de mantenimiento y rehabilitación; a todos los cuales se hará referencia más adelante.

- E. Varios de los modelos incluidos hoy día bajo la denominación genérica de PPP, ya se han aplicado en el pasado. Es más, la utilización de algunos modelos como la concesión, data de muchos siglos atrás (¹³), aunque su momento de esplendor lo tuvo a mediados del siglo XIX, en pleno auge del industrialismo, al influjo de los grandes descubrimientos técnicos y científicos (ferrocarril, electricidad, telefonía, etc.) que, progresivamente fueron dando lugar a un nuevo elenco de servicios, prestaciones y actividades destinadas a revolucionar el “estilo de vida” de la sociedad.

Pese a ello, en muchos países (donde obviamente se han aplicado este tipo de alternativas en el pasado), se habla de las operaciones de PPP como de algo novedoso. En el caso, la novedad estriba no tanto en la esencia de las técnicas en sí utilizadas a tales efectos, sino el nuevo sentido que ha adquirido su aplicación; particularmente en lo relativo a las metodologías (¹⁴) empleadas para la evaluación, diseño, estructuración, ejecución y control de proyectos PPP; así como en cuanto a la asignación de riesgos involucrados en los diferentes proyectos (¹⁵).

¹³ Según afirma JOSSE, desde la antigüedad clásica ya es posible encontrar ciertos modos de ejecución de trabajos y obras públicas a través de técnicas contractuales de características similares a la figura de la concesión, tal cual la conocemos. Así por ejemplo, en Grecia y posteriormente en Roma, existían antecedentes de obras públicas (básicamente, la construcción de puertos) cuya ejecución se cometía a personas privadas y a quiénes, las autoridades públicas, en carácter de contraprestación, les permitían percibir una prestación del público usuario de dichas obras. Ya muchos mucho tiempo después, en Francia, a partir del Siglo XVI, la concesión deviene en una herramienta mucho más común. Los actos de concesiones emanaban de la autoridad real, y en virtud de ellos, el concesionario comenzaba a construir la obra pública, recibiendo prerrogativas pertenecientes a la Administración en materia de trabajos públicos. Para cubrir sus gastos, la autoridad real le acordaba el derecho a percibir peajes sobre los usuarios de la obra; incluso, soliendo reconocerle hasta la propiedad de la obra misma construida. Así pues, las concesiones se aplicaron a trabajos de los más diversos, pero especialmente a la construcción de canales (en el año 1554 Adam de Craponne obtenía la concesión del canal que hasta ahora mantiene su nombre y que comunica La Durance y El Rhone), siendo igualmente frecuentes en dicho período, las concesiones de acueductos de puentes con peajes (al respecto, véase su libro *“Les Travaux Publics et l’expropriation”*, pág. 182 y sigtes.; Éditions Sirey, París, 1958).

¹⁴ Al respecto, son bien conocidas a nivel internacional la aplicación de técnicas como los análisis “costo-beneficio” en Estados Unidos, o del *“Value For Money”* en el Reino Unido; basados, en buena medida, en los planteos de la escuela de la *“Public Choice”*, especialmente a partir de su exponente más representativo, que ha sido el Profesor James BUCHANAN.

¹⁵ En este sentido, en los casos de proyectos de concesión que son, dentro de la escala de modalidades de PPP, la alternativa en la que el concesionario suele asumir la mayor cantidad de riesgos, del

En general, del dogmatismo con que se venían aplicando dicho tipo de estructuras de financiación/gestión privada de infraestructuras, se ha pasado a una concepción claramente pragmática; que parte como primera medida, de determinar –a partir de análisis fundados y racionales- si para ejecutar una actividad pública o prestar un servicio, desde el punto de vista de la eficacia y eficiencia en la gestión pública, es mejor que esté a cargo del sector público o del sector privado; y a partir de allí, estructurar el proyecto utilizando la técnica de PPP más apropiada para el caso, poner en marcha un procedimiento licitatorio adecuado, seleccionar el mejor contratista para la Administración, y poner en marcha apropiados mecanismos de control y regulación de la actividad del futuro operador privado.

Por tales parámetros pasa, en definitiva, la nueva concepción de aplicación de modelos PPP que, tomando como base los planteos de la *Public Choice* (¹⁶), parte del supuesto de determinar, frente a la opción de ejecutar un proyecto en concreto, si la opción más adecuada pasa por desarrollarlo con participación o no del sector privado; en el entendido que, con carácter general, dicha participación estará justificada toda vez que los beneficios que reporte sean superiores a sus costos (o genere el mayor “*value for money*”).

2.3 Beneficios derivados de la utilización de esquemas de “PPP”

Existe la creencia de que los modelos de PPP son una especie de receta milagrosa, una panacea capaz de solucionar todos los problemas que agobian a los Gobiernos en materia de desarrollo de proyectos de inversión en sectores de infraestructuras.

Si bien es cierto que la aplicación de técnicas de PPP ha evidenciado resultados verdaderamente notables allí donde tal tipo de técnicas ha sido empleada con eficacia y eficiencia, generando beneficios netos para todos los actores involucrados directa o indirectamente a su respecto (Administración Pública, agentes privados (empresas constructoras, operadoras, proveedoras de equipamientos, instituciones financieras en general), usuarios, contribuyentes y ciudadanos), no deja de ser verdad que se trata de procesos de diseño, estructuración e implementación verdaderamente complejos, que requieren la aplicación cuidadosa de adecuados procedimientos y metodologías a tal fin.

viejo principio de la concesión a “puro riesgo y ventura” del concesionario (sistema tradicional) –suavizado más tarde por la aplicación del principio de “intangibilidad de la remuneración del concesionario”-, se ha pasado al principio de la “cooperación pública- privada”, como base para una asunción compartida de ciertos riesgos por parte del sector público y privado, en determinados tipos de proyectos en que por sus características especiales, no pueden ser abordados a partir de esquemas puros de project finance.

¹⁶ En el terreno político, las concepciones de esta escuela han sido defendidos y esgrimidos por los propulsores de la denominada “tercera vía” –especialmente en el ámbito de la Unión Europea-, como camino entre la izquierda y derecha extremas. En definitiva, la esencia de sus postulados parten de la base de ni endiosar al Estado “satanizando” el mercado, ni viceversa. Unos y otros presentan “fallos” (los denominados “fallos de gobierno” y “fallos de mercado”), y la elección que debe hacerse por soluciones de uno u otro tipo (en cualquier caso, entre mecanismos imperfectos) deberá estar precedida de un fundado análisis de ventajas y desventajas que reporta una frente a la otra.

Cuando así se procede, los beneficios que resultan de su aplicación suelen ser del siguiente orden:

- A. *Mejora de la eficacia y eficiencia en el diseño, construcción, financiación y gestión de proyectos de inversión en infraestructuras*; como consecuencia de una serie de factores que contribuyen a ello de modo directo, o al menos, tienden potencialmente a ello: i) introducción de criterios comerciales a la ejecución de dichas actividades, como consecuencia de la participación de operadores privados, alejados de criterios de intervención política y funcionamiento burocrático a su respecto (ambas, cuestiones típicas del funcionamiento del sistema tradicional); ii) introducción de “competencia por el mercado” a través de los procedimientos licitatorios seguidos para la selección de los correspondientes contratistas; impulsándolos a presentar sus mejores ofertas en cuanto a precios, cantidades y calidades de servicios a ser provistos; iii) asunción de ciertos tipos de riesgos por parte de los contratistas de la Administración en tales circunstancias, lo que les genera mayores incentivos para actuar bajo la mayor eficacia y eficiencia posible; y iv) acceso a las mejores tecnologías disponibles, y a beneficios y aplicaciones derivadas de las “economías de escala” de los contratistas en la prestación de servicios (tratándose de proyectos de mediano y gran porte, es usual que participen en los procedimientos licitatorios empresas de presencia internacional, lo que les permite aportar todo un amplio “know how” a partir de experiencias en otros proyectos, que es sumamente útil para la Administración en cada caso) ⁽¹⁷⁾.
- B. *Resultados positivos en la satisfacción de expectativas de usuarios y contribuyentes*; i) que en el primer caso, tiene lugar como consecuencia de la prestación de servicios o ejecución de actividades a una mejor relación calidad/precio para los usuarios (“*better customer focus*”); generándose un mejor relacionamiento entre éstos y el contratista; y ii) en el segundo caso, los mismos se producen como consecuencia de las mejoras sustanciales que a partir de la implementación de procesos PPP tienen lugar –o deberían tener– en materia de aplicación de fondos públicos en la satisfacción de las necesidades de interés público (optimización de los fondos públicos aportados a proyectos gestionados a través de esquemas PPP; liberación de fondos para atender otras necesidades de impacto y significación económico-social inmediatas, en los casos en que es posible descargar completamente la financiación de los proyectos de inversión en infraestructuras en el sector privado; reducción de estructuras y plantillas de trabajadores públicos ex-prestadores de los actividades y servicios ahora gestionados por agentes privados; aplicación del principio “el que usa paga”, y desplazando la financiación de los proyectos –allí donde ello es posible-

¹⁷ Existe al respecto abundante evidencia empírica acerca de los resultados altamente satisfactorios derivados del involucramiento de la participación privada frente a la prestación de servicios a través de esquemas tradicionales por parte de entidades gubernamentales en el sector de los transportes. En este sentido, a modo de ejemplo, en el “Toolkit for Private-Public Partnerships in Highways” del BANCO MUNDIAL se mencionan los siguientes ejemplos referidos a países sudamericanos: “There is evidence that often, road maintenance workforces directly employed by government departments (known as force accounts) are less efficient than competitive private sector contractors. In Brazil, a 1992 World Bank study showed that routine road maintenance costs by contract were 25% lower than by force account, and in Colombia, they were 50% lower...”

desde los contribuyentes a los usuarios; introducción de mecanismos y procedimientos de reponsabilización o “*accountability*”; etc.); y como consecuencia de lo cual, los contribuyentes aprecian el valor de los tributos pagados al Estado (“*taxpayer value*”).

- C. *Mejora en la gestión y asignación de los riesgos implícitos en los proyectos de infraestructuras, reduciendo los riesgos tomados por el sector público;* en la medida en que a través de la estructuración de operaciones PPP, la Administración logra, no sólo asignar actividades y responsabilidades al sector privado; sino también, determinados tipos de riesgos asociados a las mismas. Evidentemente que los tipos de riesgos que asuma el sector privado variarán, esencialmente, en función del tipo de operación de PPP de que se trate.
- D. *Permite en varias de sus alternativas (concesión, contratos “llave en mano”, leasing, etc.) obtener financiación privada para proyectos de inversión en infraestructuras;* y atender las urgencias para las cuales no dispone de fondos propios para invertir; más allá de que la Administración se obligue o no a efectuar los correspondientes pagos en carácter de contraprestación al contratista. Cualquiera sea la modalidad, la Administración logra contar hoy con una adecuada dotación de infraestructuras, accediendo a recursos financieros de los cuales no poseen, posiblemente no posean en el futuro, o no estén dispuestos a invertir en dichos proyectos; aplazándose el momento de su cobro total por parte del contratista para el futuro (sea a través de usuarios, sea a través de pagos del sector público).

3. MODELOS USUALES DE PPP UTILIZADOS EN EL SECTOR DE TRANSPORTES. TIPOLOGIA Y CARACTERIZACION

3.1 Criterios de clasificación

En consonancia con la gran variedad de definiciones de PPP existentes, abundan también los criterios de clasificación de los distintos tipos de modelos PPP.

Entre los más comunes están los siguientes:

- En atención al tipo de potestades o prerrogativas que se transfieren al sector privado: i) PPP de carácter colaborativo; ii) PPP de carácter operacional; iii) PPP de carácter contributivo; iv) PPP de carácter consultivo.
- Según la entidad que asuma la financiación del proyecto: i) financiación pública pura, que a su vez puede ser de carácter presupuestario o extrapresupuestario (esto es, en función de si, conforme a criterios contables, computan o no a los efectos del presupuesto); financiación privada pura; y iii) financiación público-privada o compartida.

- En función de la fuente de fondos a partir de la cual el operador privado recibirá su contraprestación: i) pagos provenientes de usuarios; ii) pagos o contribuciones abonadas por el Estado; iii) sistemas mixtos
- Según el tipo de gestión: i) modelos PPP de gestión directa; y ii) modelos PPP de gestión indirecta.
- En función del plazo de vinculación contractual: i) contratos PPP de corto plazo; ii) contratos PPP de mediano plazo; y iii) contratos PPP de largo plazo.
- En función del tipo de contrato PPP (y consecuentemente, tipo de riesgos asumidos por el sector privado): i) contratos de mantenimiento; ii) contratos de gestión; iii) contratos de construcción “llave en mano”; iv) contratos de arrendamiento de infraestructuras; v) contratos de leasing financiero aplicados a infraestructuras; vi) contratos de concesión; y vii) contratos plurilaterales de organización (esto es, mediante la constitución de entidades o sociedades instrumentales, con participación en su capital de los sectores público y privado).

3.2 Consideraciones generales respecto de las modalidades de PPP descritas

En forma previa a la descripción de las diferentes alternativas que aquí se enuncian, los Consultores entienden necesario realizar algunas consideraciones preliminares respecto a las mismas.

A. Las alternativas que se describen a continuación son aquellas que, por sus especiales características, son las de uso más difundido en la práctica internacional, en función de las ventajas que ofrecen frente a otras alternativas susceptibles también de ser aplicadas ante escenarios y situaciones similares.

Algunas de ellas constituyen nuevas versiones –en definitiva, adaptaciones a las nuevas necesidades-, de modalidades de uso tradicional, y a las que incluso se las ha dotado de una propia fisonomía, que en algunas variantes, ya poco o nada pueden llegar a tener que ver con la forma contractual “madre” que les dio origen; como por ejemplo ocurre con el denominado el contrato “llave en mano” en alguna de sus submodalidades, respecto del clásico contrato de obra pública.

B. Las denominaciones empleadas en referencia a cada una de las figuras que aquí se sistematizan, pueden tener carácter arbitrario; en la medida en que según se puede observar de la literatura y práctica existente a nivel internacional, existen varios nombres para un mismo tipo de contrato o instrumento de PPP. De hecho, en algunos casos observados, parecería que cada país utiliza una denominación propia, llegando incluso a disputarse la “paternidad” de dichos modelos. En esta línea, son corrientes las referencias al “modelo español”, “sistema alemán”, “sistema italiano”, “modelo inglés”,

etc.; y ello, tanto en referencia a modelos contractuales similares como frente a otros con leves variantes entre sí; lo cual, indudablemente, puede llevar a confusión.

En general, se ha tratado de utilizar las denominaciones de uso más difundido a nivel internacional a referencia a las diferentes modalidades de PPP.

C. A su vez, partiendo de las consideraciones anteriores, al describir cada una de las distintas modalidades, se ha tratado de recoger sus caracteres más típicos. Estas, a su vez, pueden presentar una gran variedad de matices, lo cual se debe, por lo general, a la necesidad de ajustar la aplicación de los modelos a las peculiares características de cada proyecto en particular, o bien, al “corset” que pueden imponer los marcos normativos en cada caso.

Lo que se viene de expresar pone de manifiesto una nota esencial a la implementación de procesos de PPP; y es que en tales casos, no es posible pretender aplicar a “rajatabla” y a modo de recetas uniformes e invariables, fórmulas y modelos preestablecidos y aplicados en otros países, sea cual fueren las circunstancias. Cada proyecto tiene sus propias particularidades y entorno que debe ser respetado. De ahí que, más allá de respetar -obviamente- la fisonomía de las modalidades utilizadas, lo cierto es que cada proyecto de PPP debe diseñarse, estructurarse y aplicarse del mismo modo de que se tratara de un “traje a medida” para cada ocasión.

D. Aún cuando es por todos conocido que al menos en América Latina la concesión es, por excelencia, la forma “reina” entre las distintas alternativas de modalidades PPP, no es posible decir, con carácter general, que la razón para ello es su superioridad frente a todas las demás.

La determinación de cuál es la mejor alternativa no es algo que pueda establecerse a priori y con carácter general para cualquier tipo de proyecto. Constituye una cuestión que debe considerarse caso a caso, y a partir de un cuidadoso análisis y evaluación del proyecto, empleando las metodologías adecuadas (análisis “costo – beneficio”; “*value for money*”; etc.) En definitiva, todo depende del tipo de proyecto que se quiera ejecutar, de sus particulares características económico- financieras, y de las posibilidades que brinda el marco jurídico e institucional.

Podrá ocurrir que frente a un mismo proyecto, sea igualmente conveniente utilizar más de una variante, y donde lo cual, la elección por una u otra modalidad dependerá de razones políticas o estratégicas.

Cosa distinta es que se aplique frecuentemente un modelo en particular, sea por limitantes establecidas en los marcos normativos, sea por desconocimiento de las posibilidades que brindan otras alternativas. En principio, en los países latinoamericanos en los que los Consultores han tenido la oportunidad de trabajar, han podido apreciar que, en general, los marcos regulatorios no establecen mayores restricciones para la utilización de otras alternativas de PPP distintas a las utilizadas tradicionalmente.

E. Las alternativas que se describen en los numerales siguientes son aquellas que, en principio, pueden aplicarse sin mayores dificultades en los países de América del Sur.

En el ámbito de los países de América del Sur, no existe una regulación sistemática y adecuada de dichas modalidades –excepto la concesión, los contratos de rehabilitación y mantenimiento, y los contratos “llave en mano” en algunas modalidades-; no obstante, igualmente se han venido aplicando en la estructuración de proyectos de participación del sector privado. Como se puede ver, ello no ha sido óbice, hasta el momento, en la utilización de dicho tipo de instrumentos; no obstante, también es cierto que a falta de regulación heterónoma (básicamente, leyes y reglamentos), en el caso de los países de América del Sur, los riesgos de falta de seguridad jurídica de los proyectos se incrementan. Existen, en cambio, algunas variantes como el leasing, que al ser más propias de países anglosajones, presentan mayores dificultades de inserción o aplicación en países de tradición jurídica latina; según se verá más adelante al describirse el funcionamiento de este esquema.

El lector del presente informe podría preguntarse porqué no ocurre lo mismo en el caso de buena parte de los países de la Unión Europea, en donde tampoco están regulados en forma sistemática y adecuada la amplia gama de modalidades PPP que allí se han venido utilizando y se describen en este estudio. Y la respuesta está en que, en el caso de dichos países, como se verá más adelante, se aplican rigurosas técnicas para establecer adecuadas regulaciones contractuales, sumado a una larga tradición de solidez y confiabilidad del sistema institucional imperante en los distintos aspectos que afectan las operaciones de PPP (estructuración, control y regulación); cuestiones éstas respecto de las que los sistemas de nuestra región, exhiben importantes carencias.

3.3 Modalidades más usuales de PPP aplicadas en el sector del transporte y caracterización de cada una de ellas

3.3.1 Contrato de mantenimiento y/o rehabilitación

A través de este tipo de contratos ⁽¹⁸⁾ –calificados jurídicamente como arrendamiento de servicios y encuadrados dentro de la denominación genérica de “*service contracts*”, siguiendo la nomenclatura de uso internacional- la Administración Pública comete a un agente privado, la realización de labores de mantenimientos rutinarios, mantenimientos periódicos y/o de rehabilitación, según los casos, a cambio de un determinado precio o retribución a serle pagado directamente por la Administración. Dichas tareas son realizadas por el contratista, en nombre y por cuenta de la Administración.

¹⁸ Existe abundante literatura sobre este tipo de contratos. Al respecto puede consultarse, entre otros, a: ZIETLOW, G. y BULL, A.: “Performance Specified Road Maintenance Contracts: The Road to the Future – The Latin American Perspective” (2000); CABANA, G.: “Areawide-Performance-Based Rehabilitation and Maintenance Contracts for Low-Volume Roads”; en “Seventh International Conference of Low-Volume Roads” – Washington D.C, 23 – 27 de Mayo de 1999.

Las razones básicas para la utilización de esta modalidad de PPP por parte de la Administración han estado centradas, fundamentalmente, en la intención de mejorar la eficiencia en la financiación y ejecución de dicho tipo de actividades, como respuesta a los magros resultados evidenciados a partir de varios años de aplicación del sistema tradicional que, en el caso, implicaba que las actividades de referencia eran ejecutadas directamente por la Administración utilizando estructuras laborales propias.

La utilización de contratos de mantenimiento y/o rehabilitación –especialmente en la modalidad de contratación por estándares- comienza a tener fluida utilización en América del Sur a partir de mediados de los años 90 (Argentina, Brasil, y Uruguay, entre otros) ⁽¹⁹⁾; despertando posteriormente interés en países desarrollados como Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda, entre otros, sobre la base de su potencial para alcanzar metas en materia de reducción de costos de dichas labores, así como en el aporte de soluciones de largo plazo al mantenimiento de redes viales.

¹⁹ En América Latina, los contenidos de este tipo de contratos han sido del siguiente orden, según indican ZIETLOW, G. y BULL, A.: “a) mantenimiento rutinario del sistema de drenaje y de la faja lateral del camino, excluyendo la calzada propiamente tal, durante un año, a cargo de microempresas de trabajadores, compuesta habitualmente por entre 10 y 15 integrantes, pagado mediante suma alzada mensual por kilómetro. Modalidad empleada en Guatemala y Honduras; b) mantenimiento rutinario de todos los componentes del camino y de la faja lateral, durante uno o dos años, a cargo de microempresas de trabajadores, pagado mediante suma alzada mensual por kilómetro, diferenciada por tipo de superficie de rodadura. Modalidad empleada en Colombia, Perú y Uruguay; cabe destacar que en Uruguay las microempresas están formadas por ex trabajadores del organismo vial, que se vieron estimulados a retirarse al surgir esta opción; c) mantenimiento rutinario de todos los componentes del camino y de la faja lateral, durante uno o dos años, a cargo de empresas contratistas tradicionales, pagado mediante suma alzada mensual por kilómetro, diferenciada por tipo de superficie de rodadura. Modalidad usada en Perú y Guatemala, aunque no ha tenido continuidad después de las experiencias iniciales; d) rehabilitación inicial (durante el primer año) con diseño oficial, de sectores en mal estado y conservación rutinaria de un conjunto de caminos durante dos, cuatro o cinco años, a cargo de empresas contratistas tradicionales. La conservación se paga mediante suma alzada mensual por kilómetro, diferenciada por tipo de superficie de rodadura, en tanto que la rehabilitación se paga a precios unitarios durante la ejecución de las obras, o bien, a suma alzada, parte de la cual se paga durante todo el período de conservación. Estos contratos se conocen en algunos países bajo la denominación “Contrato de Recuperación y Mantenimiento” (Crema). Modalidad aplicada en Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay; e) rehabilitación de sectores en mal estado y mejoramiento sustancial de algunas rutas (generalmente pavimentación), ambos con diseño oficial, ejecutados a lo largo de todo el contrato, más conservación rutinaria de un conjunto de caminos durante cuatro o cinco años, a cargo de empresas contratistas tradicionales. Los trechos aún no rehabilitados se conservan mediante estándares disminuidos (sin baches y sistema de drenaje limpio). La conservación se paga mediante suma alzada mensual por kilómetro, diferenciada por tipo de superficie de rodadura, en tanto que la rehabilitación y los mejoramientos se pagan a precios unitarios durante la ejecución de las obras. Modalidad aplicada en Chile; 75% del valor del contrato corresponde a obras y sólo 25% a conservación; y f) rehabilitación inicial (durante el primer año) con diseño oficial, de sectores en mal estado y conservación rutinaria y periódica, de un conjunto de caminos durante cuatro o cinco años, a cargo de empresas contratistas tradicionales. La conservación se paga mediante suma alzada mensual por kilómetro, diferenciada por tipo de superficie de rodadura, en tanto que la rehabilitación se paga a precios unitarios durante la ejecución de las obras, o bien, a suma alzada, parte de la cual se paga durante todo el período de conservación; usada, por ejemplo, en Uruguay”; en “Contratos de Conservación Vial por Niveles de Servicio o por Estándares – Experiencias en Latinoamérica”, pág. 5; documento presentado a la “14th IRF Road World Congress”, París, 11 al 15 de Junio de 2001.

Tal como se ha adelantado, son partes de este tipo de contratos, por un lado, la Administración Pública (que, a su vez, podrá ser una entidad nacional o departamental, en función de las asignaciones de competencias previstas en cada país para la suscripción de este tipo de contratos), y por otro, los agentes privados contratistas; que, a su vez, pueden ser empresas tradicionales del sector de la construcción o, bien, tratarse de microempresas; estas últimas, generalmente conformadas por ex-trabajadores provenientes del sector público⁽²⁰⁾. Más allá del desempeño demostrado por este último tipo de entidades, la asignación de los contratos a uno u otro tipo de empresas dependerá, en buena medida, de las características de los diferentes proyectos⁽²¹⁾.

De acuerdo a lo antes expresado, el contratista recibe su retribución directamente de la Administración quien, a su vez, puede obtener los fondos para abonar al contratista de diversas fuentes; siendo las más usuales las que se describen a continuación, sea

²⁰ Según se ha indicado antes, las operaciones de PPP, en diferente medida, constituyen –o debieran constituir– parte imprescindible de procesos de mayores dimensiones, como lo son los denominados de “reforma del Estado”. En este caso en particular, al tercerizar el Estado la ejecución de actividades de mantenimiento y/o rehabilitación con empresas privadas, deviene imprescindible la reorganización de las estructuras de la Administración a este nuevo escenario, reduciendo las plantillas de trabajadores excedentarios.

Existen en Uruguay interesantes antecedentes en cuanto a la suscripción de contratos de mantenimiento con microempresas constituidas por ex – trabajadores del sector público. En este sentido, se procesó una reducción en más del 30% del número de funcionarios, y se implementaron programas de capacitación para los trabajadores salientes (en materia de formación empresarial y ejecución de tareas de mantenimiento y/o rehabilitación), a efectos de que puedan conformar las referidas microempresas a ser contratadas, posteriormente, por la Administración; brindándosele también, como complemento, apoyo técnico y financiero a dichos efectos. El desempeño de dichas empresas en los contratos suscritos con la Administración ha sido bueno: al mismo tiempo que se han cumplido adecuadamente con las metas previstas en dichos contratos, tales empresas han ido consolidándose en el mercado; adquiriendo maquinarias y equipos, obteniendo utilidades, y ampliando sus actividades.

En definitiva, al menos hasta el momento, la experiencia ha resultado exitosa: por un lado, se ha podido efectuar una transición hacia un nuevo escenario de PPP dando solución de empleos genuinos a trabajadores excedentarios del Estado, los cuales, a su vez, han obtenido mayores niveles de ingresos respecto a su anterior situación laboral. Por otro lado, la Administración también se ha visto beneficiada, al poder ejecutar dichas actividades con mayor eficacia y eficiencia comparado con la forma en lo que venía haciéndolo a través del sistema tradicional. Y por último, los usuarios, como destinatarios naturales de cualquier proceso de reforma de esta naturaleza, que como consecuencia de lo anterior, han podido acceder a infraestructuras viales con mejores niveles de mantenimiento y conservación, a través de un más apropiado “*value for money*”.

²¹ Tal como se señala por parte de Zietlow, G. y Bull, A. “los contratos de conservación rutinaria por niveles de servicio con microempresas de trabajadores han dado buenos resultados y son una opción efectiva en caminos secundarios, preferentemente no pavimentados, aunque requieren un mayor grado de supervisión. En Colombia su trabajo es guiado y revisado por administradores viales; éstos son consultores cuyo cometido consiste en ser el encargado primario de un conjunto de caminos, vigilando su funcionamiento, recogiendo datos viales (inventario, tránsito, pesos), supervisando la conservación rutinaria efectuada por las microempresas, haciendo pequeños diseños, etc. Si bien es cierto que empresas de gestión pueden asumir también la conservación de rutas secundarias, el campo es muy grande y se vislumbra que las microempresas podrán jugar un rol durante mucho tiempo. Así se colabora a resolver el problema social del desempleo, además de formar en trabajadores un sentido empresarial”; en “Contratos...”, pág. 9.

aplicadas en forma aislada o combinada: a) tributos de carácter general; b) tributos de carácter específico (por ejemplo, tasas o contribuciones especiales percibidas de los frentistas o beneficiarios de las redes viales afectadas a la operación; impuestos a los vehículos o combustibles, etc.); c) contribuciones negociadas (²²); y d) peajes cobrados a los usuarios de las vías afectadas u otras distintas (“solidaridad interregional”).

En cuanto al pago que recibe el contratista de la Administración, cabe también señalar que puede asumir diferentes modalidades, a saber: i) pagos efectuados sobre la base de precios unitarios o por trabajos específicos ejecutados previamente definidos en el contrato; o bien, ii) pagos efectuados sobre la base de resultados alcanzados por el contratista (e independientemente de la cantidad de trabajo o volumen d obras ejecutada por éste) conforme a determinados parámetros objetivos de desempeño (“*performance standards*”) definidos en el contrato. A partir de dichas alternativas de fijación de la retribución del contratista, la práctica internacional reconoce dos sub-variantes de esta modalidad de PPP, que son los “*Quantity-based maintenance contracts*”, para el primer caso; y los “*Performance-based maintenance contracts*”; para el segundo.

Según se puede apreciar a la luz de la experiencia internacional, existe una amplia tendencia a la utilización de esta última variante de contratos de mantenimiento, a partir de las múltiples ventajas que ofrece frente a la anterior; que básicamente se centran en:

²² Al respecto, los Consultores entienden necesario mencionar en breves líneas el alcance y características que pueden asumir este tipo de contribuciones. En definitiva, a través de ellas, ciertas empresas privadas o particulares pueden contribuir a la financiación total o parcial de determinadas infraestructuras públicas - generalmente urbanas- o partes de ella (por ejemplo, cruces o accesos a una autopista).

Casos comunes de la aplicación de este tipo de financiación de proyectos de infraestructuras los constituyen los de generación de infraestructuras habilitantes para el desarrollo de proyectos urbanos en nuevos polígonos o áreas geográficas (muy utilizado en Francia y España) donde las Municipalidades, o bien negocian “cargas urbanísticas” a ser financiadas por los privados para la construcción de infraestructuras en forma proporcional al ritmo de desarrollo y construcción de la zona, debiendo ser cedidas gratuitamente al patrimonio municipal una vez construidas y financiadas por los promotores privados, o bien se negocian estas contribuciones para su entrega por los promotores a personas no públicas con participación municipal, a cargo, por ejemplo, de la compensación de volúmenes en los nuevos polígonos a desarrollar. Mediante estas contribuciones, los promotores obtienen compensaciones económicas indirectas, en forma de mayores volúmenes a construir en las parcelas asignadas por las llamadas Juntas de Compensación del polígono en desarrollo.

También existen numerosos ejemplos de empresas que financian proyectos limitados de infraestructura de transporte, con el objetivo de mejorar los accesos a la empresa. En estos casos, la autorización pública para el desarrollo del proyecto se suele conceder sin problemas, pues normalmente estos accesos contribuyen a descongestionar el tráfico y a urbanizar amplias zonas.

El efecto sobre la financiación pública, presupuestaria o no, o privada, es que estas contribuciones, que se hacen por una sola vez, reducen los costos totales a soportar directamente por el sector público y aumentan, por tanto, la rentabilidad del resto de los fondos, al mismo tiempo que los activos privados afectados.

Esta modalidad de contribuciones es de uso frecuente en España, Francia, Reino Unido y Estados Unidos, donde está siendo muy utilizada por los gobiernos locales, entre otros.

- a. Mayor eficacia y eficiencia en la ejecución de las actividades de control o monitoreo a cargo del sector público respecto de las operaciones cumplidas por el contratista; pues para efectuar los mismos –que como se dijo, tienen por objeto determinar si se han alcanzado o no los resultados preestablecidos a través de “performance standards” claramente definidos y sencilla y objetivamente mensurables-, ya no se requieren contar con los grandes equipos de funcionarios que sí eran necesarios para medir cantidades / cualidades del trabajo efectuado por el contratista a efectos de determinar el cumplimiento o no de los términos contractuales y efectuar los correspondientes pagos; con todo lo que ello implicaba en distintas áreas ⁽²³⁾.
- b. Mayor transferencia de riesgos al contratista; especialmente los riesgos de “diseño y construcción” (“*design and construction risk*”), de “sobrecostos operativos” (“*operating overrun cost risk*”) y de “caso fortuito o fuerza mayor” (“*force majeure risk*”), que los asume a cambio de pagos periódicos en carácter de “*lump sum*” (suma global y única) abonados por la Administración ⁽²⁴⁾.

²³ Sin perjuicio, en el caso de algunos países, existen todavía deficiencias notorias en los controles efectuados por la Administración en tales casos; en donde sería por demás recomendable la “tercerización” con empresas privadas, de la ejecución de ciertas actividades de monitoreo. Al respecto conviene aclarar que en estos casos, lo que se terceriza no es la potestad de control en sí (en la mayoría de los países constituye un cometido estatal no susceptible de ser delegado al sector privado) sino la ejecución de determinadas actividades materiales comprendidas dentro de dicha potestad; que para nada agotan la misma, y contribuye en mejor medida a su adecuada ejecución por parte de la Administración.

²⁴ Existen otros riesgos que son asumidos por los contratistas en estos casos, aunque los que se vienen de enunciar, son los que caracterizan especialmente a la figura; pues los demás, son propios de cualquier otro contrato administrativo. Los riesgos enunciados en primer término tienen lugar en contratos que además del mantenimiento, tienen por objeto operaciones de rehabilitación, y básicamente, dice relación con la probabilidad de no poder concluir satisfactoriamente con las mismas: i) en el tiempo estipulado (sobrepazos); ii) dentro de los costos presupuestados (sobrecostos); y iii) de acuerdo con las especificaciones de diseño preestablecidas (calidad deficiente).

A su vez, los riesgos de sobrecostos operativos, en este caso, tienen lugar específicamente respecto de las actividades de mantenimiento, y como su nombre lo indica, dicen relación con la posibilidad de que los gastos de mantenimiento /conservación sean superiores a los inicialmente previstos.

Por último, sea cual fuere el objeto de las actividades del contratista, revisten importancia la asunción por parte de éste de ciertos tipos de riesgos incluidos dentro de los denominados “riesgos de fuerza mayor o caso fortuito”; esto es, aquellos que tienen lugar como consecuencia de actos, hechos u omisiones de terceros o de la naturaleza, que por su producción o envergadura sean imprevisibles o excepcionales (esto es, que excedan de lo que cualquiera de las partes contratantes pudiese razonablemente conocer, limitar o prever sus consecuencias), y que pudieran ocasionar la destrucción parcial o total de las infraestructuras y/o la paralización de las actividades del contratista. Los riesgos de fuerza mayor están presentes en cualquier caso de contratación administrativa y, por ende, no merecerían una consideración especial en este caso; salvo por el hecho de que pueden llegar a tener un impacto realmente significativo en el caso de ciertas redes viarias no pavimentadas, en donde es usual que debido a ciertas situaciones de inclemencias temporales, el contratista deba realizar mayores trabajos de mantenimiento o reparación a los inicialmente previstos.

- c. Al establecerse pagos al contratista en carácter de suma global por resultados alcanzados y no sobre volúmenes de obras o trabajos ejecutados, se generan mayores incentivos para la obtención de ganancias por parte de éste, en la medida en que logre mejorar sus niveles de eficacia y eficiencia ⁽²⁵⁾. En esta misma línea se ubican las tendencias actuales en cuanto a procurar mayores economías de escala a los contratistas por la vía de ampliar las áreas comprendidas en la operación, así como de extender los plazos contractuales.
- d. Mayor focalización en la satisfacción de las necesidades de los usuarios de las vías comprendidas alcanzadas por las operaciones de los contratistas, al centrarse dichas actividades en alcanzar determinadas metas o resultados antes que en volúmenes de obras específicos.
- e. Mayor eficacia y eficiencia en la aplicación de recursos públicos, al limitarse los pagos a efectuarse por la Administración a las sumas de carácter fijo y global previamente establecidas y definidas en los contratos.

En términos generales, los contratos basados en estándares se están otorgando por plazos situados entre los 3 y 5 años, a diferencia los anteriores, que solían otorgarse por plazos de entre 1 y 3 años máximo.

3.3.2 Contrato de gestión (“management contracts”)

Se considera tal al contrato -también calificable como arrendamiento de servicios-conforme al cual, la Administración comete a una entidad privada, la realización de determinadas actividades vinculadas a la operación / gestión de infraestructuras, durante un período determinado, y a cambio de la correspondiente contraprestación, remuneración o precio, a percibir de la Administración. Al igual que en el caso anterior, dichas tareas son realizadas por el contratista, en nombre y por cuenta de la Administración.

En el sector de transportes, y particularmente en el sector vial, existen antecedentes de interés en la utilización de este tipo de contratos en países como Inglaterra ⁽²⁶⁾ y Canadá

²⁵ En este sentido, tal como lo expresa BULL, A., “al no recibir pago sobre la base de precios unitarios o por trabajos específicos ejecutados, el contratista tiene una fuerte motivación para planificar y ejecutar la conservación al menor costo posible, desencadenando incentivos para introducir avances tecnológicos y crear nuevas bases para el manejo de la conservación. La experiencia en este campo es reciente, aunque existen indicios de su pronta masificación. Se pueden esperar ahorros de más de 50% en el costo de la conservación vial, en comparación con los trabajos realizados por administración por parte de los organismos viales, lo que se ha verificado en un reciente contrato australiano”; en “Modernización de los Organismos Viales”, en “Reforma de Conservación Vial”, Boletín N° 8, Enero de 1999.

²⁶ Tal es caso del “Services of Management and Contractor” sobre 1000 Km de carriageway con el objetivo de mejorar económica y operativamente la gestión y mantenimiento de una red vial bajo control de la Highway Agency Area 8- North of London. El contrato ha sido suscrito a 2 años de plazo con la posibilidad de prórroga de 2 años más.

(²⁷); habiendo sido también utilizada para otro tipo de actividades administrativas en sectores de infraestructuras, también en países como España y Francia (en este último caso, la figura se conoce con el nombre de “*régie intéressée*”).

Las actividades que específicamente puede englobar un contrato de esta naturaleza pueden ser del siguiente carácter:

- a. prestación de servicios específicos de gestión, tales como, por ejemplo, la recaudación de peajes, gestión de sistemas de control de cargas, vigilancia y mantenimiento del tráfico, control del señalamiento preventivo, conteo de tráfico, atención de servicios de emergencia mecánica y médica, extinción de incendios ocasionados por accidentes, suministro de información de tráfico y complementaria a usuarios, atención de usuarios en general, etc.
- b. prestación integral de servicios gestión, comprendiendo la totalidad de los servicios anteriormente mencionados; incluyendo o no la organización y/o control de las actividades de mantenimiento / rehabilitación ejecutadas por terceros; y
- c. prestación integral de servicios de gestión y de mantenimiento y rehabilitación vial; en cuyo caso, en el objeto del contrato abarca también las actividades mencionadas en el numeral 3.3.1 anterior (²⁸).

Según se puede apreciar de la experiencia internacional en la utilización de este tipo de contratos, existen al menos dos factores considerados claves para una exitosa implementación de los mismos, a saber: i) por un lado, resulta imprescindible establecer un claro marco de actuación del operador, asignándosele la necesaria autonomía a efectos que diseñe, estructure e implemente un adecuado sistema para la gestión comercial eficaz y eficiente de la infraestructura en cuestión; y ii) por otro lado, que a través del contrato de gestión, se haya estipulado un adecuado sistema de incentivos y penalizaciones (“recompensas y castigos”) aplicables conforme a la gestión efectivamente desempeñada por el contratista.

Usualmente, este tipo de contratos se ha utilizado en los siguientes casos: a) cuando por razones políticas o estratégicas no existe la voluntad de transferir un mayor rango de

²⁷ En este sentido, puede mencionarse el contrato de tercerización de gestión y mantenimiento para una red vial en la Provincia de Alberta, por 5 años con opción de prórroga por 3 años más.

²⁸ A modo de ejemplo, puede citarse lo que la legislación española (Ley 55/1999, artículo 60) ha denominado “contrato de servicios de gestión de autovías” por el que se adjudica a un privado la ejecución de actuaciones para mantener las autopistas en condiciones óptimas de viabilidad, incluyendo su conservación, explotación, adecuación, reforma, modernización, reposición y gran reparación, por un plazo determinado (nunca superior a 20 años). El contrato implica, la conservación de la infraestructura desde el momento de la entrada en vigor del mismo y durante toda su vigencia y se establece que el precio abonado por la Administración podrá ser contemplado con un sistema de reajuste, todo ello estructurado en los pliegos correspondientes.

actividades –y, consiguientemente, responsabilidades y riesgos- al sector privado; b) cuando se trata de proyectos no autofinanciables ⁽²⁹⁾ bajo esquemas de *project finance* en sus versiones más puras y, por ende, no fuere posible transferir una mayor carga de riesgos del proyecto al contratista; y c) como operaciones de carácter previo a un proceso de privatización, concesión u otras alternativas que impliquen una mayor transferencia de riesgos al sector privado, y con el objeto de obtener mayor información sobre los resultados susceptibles de ser alcanzados a través de una gestión eficiente de ciertas infraestructuras, a fin de estructurar posteriormente dichos procesos en condiciones de mayor eficacia y eficiencia ⁽³⁰⁾.

Como se señaló antes, la remuneración del contratista en estos casos, es abonada directamente por la Administración ⁽³¹⁾, que corre con los riesgos comerciales de la operación (riesgo de diseño y construcción, riesgo de tráfico o mercado, etc.). Y ello, por cuanto al igual que respecto del anterior modelo PPP, el contratista es un gestor directo de la Administración; razón por la cual, los resultados económicos de su actividad de gestión, recaen sobre la Administración. Como consecuencia de ello, cuando entre otras funciones, el contratista gestiona los cobros de peajes o tarifas por los usuarios, debe transferir los mismos a la Administración.

La remuneración recibida por el contratista puede asumir diferentes modalidades. Puede adoptar, por lado, la forma de un “lump sum” o suma alzada (de carácter global y fijo), que a su vez puede ser de carácter uniforme, o bien, estar condicionada en la percepción de su 100% por parte del contratista, al cumplimiento de determinados niveles de performance mínimos (lo que se conoce como sistema de “pagos por disponibilidad”); 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 escalas o matrices ⁽³²⁾.

²⁹ Se consideran tales a los proyectos de inversión en infraestructuras que por su escasa, nula o incierta rentabilidad, no son susceptibles de ser financiados por el sector privado pura y exclusivamente sobre la base del *cash-flow* generado a partir de la explotación del proyecto. Dentro de este tipo de proyectos cabe, a su vez, distinguir los siguientes: i) proyectos que no son autosustentables en ningún caso, razón por la cual, en la medida en que tengan una importante rentabilidad económica y social, debieran igualmente ejecutarse financiados totalmente por el sector público; y ii) proyectos que pudieran llegar a ser financiados fundamentalmente por los agentes privados en la medida en que se articule alguna modalidad de cooperación público – privada que los viabilice financieramente.

³⁰ Existen al respecto, en el mundo, diversos ejemplos de este tipo en caso de proyectos de gestión de aeropuertos y sistemas de telecomunicaciones.

³¹ Ello es independiente del hecho de que el contratista recaude tarifas, peajes o precios de usuarios por los servicios provistos en el marco de dicho contrato; los cuales, en todo caso, es por cuenta y en nombre de la Administración

³² Por ejemplo, tratándose de la gestión de una carretera o autopista, podría establecerse en el contrato una matriz de condiciones de performance de calidad de servicio (por ejemplo, el número de accidentes en las vías gestionadas, el tiempo de demora de los vehículos en las casetas de peaje, el monitoreo del estado del firme, el nivel de quejas de los usuarios, etc.), estableciéndose que en caso de cumplirse los mínimos allí establecidos por el contratista, éste tendrá derecho al 100% de su remuneración. Caso contrario, debería padecer deducciones progresivas conforme a los niveles reales de gestión, hasta

Una variante al sistema anterior podría consistir en establecer un pago compuesto por una porción fija y otra variable; esta última, fijada o ajustada en función de los resultados económicos obtenidos por la Administración como consecuencia de la gestión del contratista (por ejemplo, fijando la porción variable a modo de precio por unidad de volumen producido o facturado, o calculándola a modo de un porcentaje sobre el total de las tarifas recaudadas de los usuarios entre otras modalidades). En estos casos, la determinación del componente fijo y variable es algo a establecer en función de las características de cada proyecto en particular; no obstante, se tiende a que, con carácter general, el componente de carácter fijo permita al contratista, como mínimo, cubrir sus costos operativos.

Al igual que en los contratos de mantenimiento y rehabilitación antes comentados, también en estos casos la Administración se reserva las potestades de supervisión / control de la actividad del operador privado.

En lo que respecta a las inversiones, cabe señalar que, usualmente, el contratista sólo tiene a su cargo la realización de aquellas inversiones necesarias para cumplir con su actividad de gestión, por ejemplo en vehículos, equipos de oficina, etc. Sin embargo, la entidad pública contratante es la responsable de la financiación de infraestructuras nuevas, para el caso de que las mismas fueren necesarias para la prestación del servicio gestionado. También suelen ser de cargo de la Administración los costos correspondientes a los trabajos de mantenimiento y ejecución de obras menores vinculadas al proyecto.

Tal como se ha expresado antes, los riesgos de construcción de nuevas obras, ampliaciones o refacciones de las infraestructuras cuya gestión se ha cometido al operador privado, son asumidos íntegramente por la Administración. Esta asume también los riesgos comerciales del proyecto; sin perjuicio de que sus resultados puedan también afectar los ingresos del contratista en aquellos casos en que se hubiere establecido a su favor una retribución con una porción variable. Además de asumir en forma indirecta parte de los riesgos comerciales en tales casos, el contratista asume en cualquier circunstancia los denominados “riesgos de sobrecostos operativos”, a los que ya se hizo referencia con anterioridad. En los casos en que la remuneración del contratista consiste en un lump sum al que se le aplican posibles descuentos en función de la aplicación de determinados indicadores de performance, existe un riesgo operativo asumido por el contratista, esencial a cualquier actividad empresarial.

En general, de la práctica internacional se puede constatar que esta clase de contratos suelen pactarse por plazos que oscilan entre los 3 y 5 años, incluso por plazos aún superiores, siendo en general renovables ante determinadas circunstancias. Las ventajas que ofrecen plazos de estas características son del siguiente orden:

llegar a la hipótesis de rescisión del contrato por incumplimiento en situaciones de extrema gravedad o reincidencia.

- a. por un lado, son lo suficientemente breves como para permitir una revisión periódica de los términos contractuales y realizar los ajustes del caso ante desviaciones significativas respecto a parámetros estándares para este tipo de operaciones ⁽³³⁾; así como para introducir “sistemas de competencia por el mercado” ⁽³⁴⁾;
- b. por otro lado, son lo suficientemente largos como para permitir al operador privado obtener los beneficios derivados del establecimiento de las modificaciones pertinentes al sistema de gestión comercial de la infraestructura correspondiente.

3.3.3 Contrato de construcción “llave en mano” (“turnkey contract”)

Se considera tal al contrato –encontrable dentro de la figura contractual denominada “arrendamiento de obra”- conforme al cual, la Administración comete a una entidad privada, la ejecución de determinadas obras públicas, a cambio de un precio determinado a serle abonado directamente por ésta en forma diferida o aplazada, al momento de la recepción final de las infraestructuras construidas, y previa constatación de su adecuado estado de funcionamiento.

En esencia, se trata de una modalidad derivada del tradicional “contrato de obra pública”, y que, a diferencia de éste, presenta las siguientes particularidades:

- a. La financiación del proyecto está a cargo del contratista ⁽³⁵⁾, que recibirá el pago correspondiente de la Administración una vez haya finalizado la ejecución del proyecto y se acredite sus condiciones adecuadas de funcionamiento (lo cual puede acontecer varios años después de iniciadas las mismas; siendo, por ende, la inversión correspondiente, asumida por el contratista); a diferencia de los contratos de obra pública estándares, en los cuales existen pagos parciales del

³³ Especialmente cuando se establecen remuneraciones en todo o en parte ligadas a niveles de ingresos obtenidos por la Administración por concepto de pago de peajes o tarifas abonadas por los usuarios de las infraestructuras gestionadas por el contratista y, cuando por las especiales circunstancias del proyecto, resulta difícil predecir los ingresos que por esa vía puede obtener la Administración ante diferentes escenarios de negocios. A través de esta vía, entonces, es posible establecer limitaciones a beneficios excesivos susceptibles de ser obtenidos por los operadores privados, amparándose en situaciones de asimetría informativa.

³⁴ A diferencia de los supuestos en los que existe “competencia en el mercado” (esto es, dos o más entidades operadoras compiten entre sí por el suministro a los usuarios de determinados bienes o servicios), en los casos de “competencia por el mercado” los incentivos para una mayor eficiencia de parte de los operadores estarán en las condiciones impuestas en los términos contractuales así como en los plazos por los cuales se suscriban los mismos; que de ser breves, permitirán la existencia de situaciones de real competencia entre distintos operadores / oferentes en procedimientos licitatorios, por obtener un determinado contrato de gestión.

³⁵ Esta es, en definitiva, la razón fundamental por la que este tipo de contratos se incluyen dentro de los denominados modelos “PPP”.

precio conforme a avances de obras –previas certificaciones- estipulados en los respectivos cronogramas de ejecución del proyecto.

- b. Las tareas objeto de un contrato “llave en mano” suelen ser de carácter más amplio que las usualmente comprendidas en un contrato de obra pública. En este sentido, además de la construcción de la obra o proyecto de infraestructura en sí, suele incluir su diseño (a partir de pautas básicas provistas por la Administración), la provisión de equipamientos que fueren eventualmente necesarios para la posterior explotación, su financiación –según se dijo antes-, su puesta en marcha y, eventualmente, su explotación por un determinado plazo (en general, entre 2 y 5 años máximo), una vez concluida la fase de construcción. En otros casos, suele a su vez pactarse a cargo del contratista, el cumplimiento de ciertas obligaciones posteriores a la finalización exitosa de la construcción, como ser, la formación de personal y la asistencia técnica a la Administración⁽³⁶⁾.
- c. En general, a través de este tipo de contratos suelen consolidarse una amplia gama de actividades conexas -que tradicionalmente eran objeto de diferentes contratos- en un solo contrato de carácter integral; lo cual, al centralizar las mismas en una sola entidad –o consorcio- responsable, permite alcanzar mejoras notables en la eficiencia y eficacia en el monitoreo y ejecución de dichas actividades. Así pues, nota peculiar de este tipo de contratos es la responsabilidad global que asume el contratista frente a la entidad pública contratante. El contratista asume los riesgos propios de la etapa de construcción y/o puesta en marcha según sea el caso. De esta manera, la Administración no estará obligada a hacer efectivos los pagos sino hasta que la construcción de las infraestructuras haya concluido satisfactoriamente, se hayan puesto en marcha dichas infraestructuras, y/o se entreguen en condiciones de óptimo funcionamiento comprobado, según las diferentes variantes que puede asumir este contrato. Claro está, que cuando el contrato implica también el mantenimiento y la gestión de las infraestructuras durante un determinado tiempo, el contratista asume también los denominados riesgos de “sobrecostos operativos”, y podría llegar a asumir en parte riesgos comerciales derivados de la explotación del proyecto, en el caso en que al amparo de dicha modalidad, la parte de la retribución correspondiente a la gestión de las infraestructuras, tenga

³⁶ Basándose en las variantes en el contenido de los contratos se suele distinguir, por un lado, a los contratos llave en mano “simples o parciales” en los que el contratista concibe la obra, suministra los materiales y bienes de equipo y pone la obra en funcionamiento de conformidad a lo estipulado en el contrato mientras que es de cargo de la entidad pública contratante la instalación y puesta en funcionamiento bajo la supervisión y asistencia técnica del primero. Por otro lado, y según idéntico criterio, podemos identificar a los contratos llave en mano “completos o clásicos” en los que lisa y llanamente el contratista concibe, construye y pone en funcionamiento el proyecto. Por último, están los denominados contratos de llave en mano “amplios” en los que el contratista asume una serie de obligaciones complementarias relativas a la formación del personal local o asistencia técnica para el funcionamiento.

a su vez una porción variable ligada a los resultados comerciales de la explotación.

En los hechos, la aplicación de este tipo de contrato no tiene, necesariamente, que tener lugar en forma absolutamente pura. Cuando una parte del proyecto se ejecuta de acuerdo a los métodos tradicionales y la otra “llave en mano”, estaremos ante contratos “mixtos”; cuando se contrata de forma tradicional todo el proyecto pero se subcontrata por el adjudicatario una parte del mismo llave en mano, se trata de un contrato llave en mano “parcial”; asimismo estaremos frente a un contrato “semi” llave en mano, cuando la Administración celebra varios contratos siendo uno de ellos llave en mano y encarga a este último contratista la coordinación de los demás contratos, es decir de la obra en su conjunto.

Ahora bien; al igual que en los modelos de PPP anteriores, también en este caso, la retribución del contratista es abonada directamente por la Administración.

En general, y especialmente en proyectos de obras en el sector de transportes, el pago cubierto al contratista consiste en una suma “alzada” o de carácter fijo (“lump sum”); la que muy posiblemente ha constituido el criterio básico o factor preponderante de adjudicación del correspondiente contrato en el procedimiento licitatorio. Pagos de dichas características permiten a la Administración desplazar hacia el contratista, fundamentalmente los riesgos de desarrollo, de diseño y construcción, de puesta en marcha y, en su caso, los riesgos operativos (estos últimos, cuando se impone al contratista la gestión de las infraestructuras objeto del proyecto durante un cierto período). No obstante, podrían darse casos –aunque no es lo usual, puesto que no protegen adecuadamente la posición de la Administración, al no presentar incentivos para una ejecución eficaz y eficiente de las actividades a cargo del contratista- de retribuciones fijadas a partir de precios unitarios o sistemas de “*cost plus*” (esto es, cobertura de costos incurridos por el contratista para la ejecución del proyecto más una razonable utilidad).

En cuanto al momento de efectuarse el pago, las prácticas internacionales existentes al respecto van desde la alternativa de efectuar un pago único o varios pagos fraccionados durante un cierto número de años (en general entre 8 y 15 años); en cualquier caso, en un plazo contado a partir de la finalización de la obra, incluyendo el precio abonado, el costo de la financiación provista a la Administración por parte del contratista (intereses).

En la medida en que hay un diferimiento del pago, la financiación del proyecto es asumida por el contratista, aplicando recursos propios y/o ajenos. En este último caso, a efectos de gestionar financiación externa para la ejecución del proyecto, es frecuente la utilización por parte del contratista, de los compromisos de pago asumidos por el Estado hacia él, como respaldo de los pasivos que contraerá con los agentes financieros. A su vez, en ocasiones, con el objeto de asegurar al contratista el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la Administración a su respecto, también suele pactarse la constitución de un fondo de garantía (escrow account, fideicomiso, fondo de afectación especial, etc.) alimentado, en todo o en parte, por los ingresos obtenidos por la

Administración por concepto de peaje, tarifa o precios pagados por los usuarios de las infraestructuras afectadas al proyecto, una vez se hayan puesto en funcionamiento las mismas.

Existen ejemplos por demás interesantes de la utilización de este tipo de modelos en el ámbito de los Estados Unidos y de la Unión Europea, en diferentes subsectores del transporte como construcción de carreteras y autopistas, sistemas de metro, y ferroviarios, por ejemplo. Especialmente en este último caso, en años recientes ha existido un gran auge en su aplicación, pues al sustentarse estos contratos en un aplazamiento de la obligación de pago de las Administraciones a los contratistas para ejercicios presupuestales posteriores ⁽³⁷⁾, han constituido una alternativa por demás interesante para realizar inversiones públicas en infraestructuras eludiendo las restricciones impuestas a partir de los criterios de convergencia del Tratado de Maastrich, a los niveles de déficit fiscal y endeudamiento que los países de la Unión podían asumir. Y este ha sido, en definitiva, uno de los principales argumentos esgrimidos en contra a la utilización de dicha figura, alegándose que constituye un “artificio contable” empleado para eludir dichas restricciones ⁽³⁸⁾ ⁽³⁹⁾.

No obstante, frente a las consideraciones que en contra de su uso puedan hacerse, lo cierto es que también se alegan beneficios indudables derivados de su aplicación, como son todos aquellos derivados de la posibilidad de ejecutar proyectos de inversión en infraestructuras y acceso a las mismas ⁽⁴⁰⁾, los cuales compensan con creces –se dice- las desventajas o perjuicios que puedan alegarse respecto de su utilización.

³⁷ En otras palabras, presenta la indudable ventaja de permitirle a la Administración desarrollar proyectos de infraestructuras en un momento determinado, sin generar, en ese preciso momento, endeudamiento público; puesto que al firmar el correspondiente contrato no existe en cabeza de la Administración una obligación de pago líquida y exigible, como consecuencia de su diferimiento, el gasto recién se computa, como mínimo, al momento de finalización de las fases de construcción y puesta en marcha de las infraestructuras construidas.

³⁸ Por dicha razón, precisamente, a varias de las modalidades descritas en este documento, en países como Francia y España se alude a ellas como técnicas de “contabilidad imaginativa”.

³⁹ Por otro lado, también se ha argumentado en contra de la utilización de alguna de las variantes de los contratos “llave en mano”, que generan distorsiones en la aplicación de los principios de “solidaridad intrageneracional” (esto es, que en la financiación de los costos de una infraestructura determinada participen aquellos que son sus beneficiarios directos; lo cual está vinculado a otro principio de aplicación generalizada en la actualidad en la financiación de infraestructuras, conocido como el de que “el que usa paga”) y de “solidaridad intergeneracional” (esto es, que los costos de las infraestructuras sean repercutidos entre todas las generaciones que se benefician de ellas); pues permite que ciertas generaciones se beneficien de las infraestructuras en la actualidad sin pagar por ello (especialmente en los casos en que ni siquiera se ha establecido la obligación de pago de peajes, precios o tarifas por el uso de las infraestructuras), repercutiéndose su costo en generaciones futuras; generándose, a su vez, un déficit fiscal para los gobiernos que sucedan a aquél que adoptó dicha decisión de gasto, o bien, obligándolos a éstos a hacer lo mismo con aquellos gobiernos que les sucedan. En la misma línea de pensamiento, también se ha señalado que aplicado de esa forma, constituye una herramienta sumamente interesante para ejecutar proyectos de fuerte impacto económico y social por parte de un gobierno que no soporta sus costos repercutiéndolos sobre usuarios y/o contribuyentes.

⁴⁰ Cuando la inversión en proyectos de infraestructuras en una determinada región o país tiene lugar bajo determinadas condiciones, se genera un “círculo virtuoso” que repercute en forma altamente positiva

Las razones que pueden impulsar la aplicación de este tipo de modelos para el desarrollo de proyectos de inversión en infraestructuras pueden ser variadas, y básicamente pueden pasar por argumentos tales como los siguientes: a) razones de carácter político o estratégico (no existe voluntad de transferir un mayor rango de actividades –y consiguientemente, responsabilidades y riesgos al sector privado); b) razones de carácter funcionales u operativo (existen superiores ventajas de la opción por la gestión pública frente a la alternativa de gestión privada; o bien, de superiores ventajas de implementar una estructura de “unbundling” o “desempaquetado de actividades” y su asignación a diferentes agentes privados, frente a la alternativa de concentrar todas las actividades en un solo agente); y c) razones de carácter económico-financiero (se trata de proyectos no autofinanciables bajo esquemas de *project finance* en sus versiones más puras y, por ende, no es económica ni financieramente posible utilizar otras alternativas que impliquen una mayor transferencia de riesgos al sector privado; como por ejemplo, a través de un contrato de concesión).

A continuación se hace referencia a algunas de las variantes de esta modalidad de PPP aplicadas en el ámbito de la Unión Europea:

A. Contratos de obra con abono total de precio

La figura está recogida, por ejemplo, en la legislación española⁽⁴¹⁾ y conforme a ella, la administración puede contratar la ejecución de una determinada obra o infraestructura mediante el pago de su precio a través de una partida única entregada al contratista al momento de terminación de la obra; y el cual incluirá la contraprestación correspondiente a la financiación acordada a la Administración (intereses).

respecto de empresas o agentes económicos, usuarios, consumidores finales o personas físicas en general, la comunidad o población en su conjunto, y el Estado (como persona jurídica); a través de efectos tales como, entre otros, los siguientes: i) mejora de la competitividad de las empresas, tanto en los mercados locales como internacionales, estimulando la inversión productiva, y potenciando la posibilidad de desarrollo de nuevos emprendimientos empresariales, especialmente en las áreas de influencia de las infraestructuras; ii) generación de puestos de trabajo directo (empresas constructoras, operadoras de infraestructuras, proveedoras de equipamientos, etc.) y de mejoras salariales (esto último, como consecuencia de la mejora de la competitividad de las empresas, pues ya no se afecta en la misma medida dicha variable como la vía usual de ajuste a tales efectos) en el resto de las actividades económicas del país o región que –directa o indirectamente- se sirven de dichas infraestructuras, al compás de una mejora de la competitividad de las empresas existentes y de la instalación de otras nuevas; iii) contribución a un mayor desarrollo de tales espacios geográficos, generando a su vez efectos importantes en lo relativo a la mejora de la sustentabilidad ambiental, del bienestar social de la población (por ejemplo, ahorros de tiempo y combustible, reducción del riesgo de accidentes, etc. en el caso de infraestructuras de transporte, o mejoramiento de condiciones de salubridad, sanidad, etc. en el caso de infraestructuras para el suministro de agua potable y saneamiento), reducción de la pobreza, y fomento del crecimiento de las regiones menos favorecidas; y iv) mejoras en ciertos números macro de la economía como son las cifras relativas al aumento de la inversión privada, expansión de la economía, incremento del volumen de exportaciones, crecimiento del Producto Bruto Interno, reducción de los índices de desocupación y pobreza, aumento de la recaudación fiscal, etc.; como consecuencia de lo cual, se potencian nuevas inversiones en programas de infraestructuras.

⁴¹ En este sentido, el artículo 147 de la Ley 13/1996 de fecha 30/12/96 de “Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social”, y el Real Decreto 704/97 de fecha 16/5/97.

Como alternativa, el marco normativo español permite también el abono del precio de la obra realizada en forma diferida, hasta en un máximo de 10 pagos anuales.

B. Contratos de obras con abono de precio en cuotas periódicas

Como su nombre lo indica, a través de esta variante, la Administración conviene con el contratista que el precio estipulado, será pagado al momento de finalización del proyecto y recepción definitiva de la obra, no ya en un pago único, sino en sucesivas anualidades; en plazos que pueden oscilar entre los 8 y 15 años, según los casos.

Esta alternativa ha sido profusamente utilizada en Alemania –de ahí a la referencia usual a este sistema como “modelo alemán”- en el marco del desarrollo del amplio programa de inversión en infraestructuras puesto en marcha tras la reunificación alemana.

En el caso del sistema alemán, se prevé que dichos pagos se realicen en hasta 15 anualidades presupuestarias, con ajustes de intereses cada 5 años. Como lo indica JIMÉNEZ DE CISNEROS ⁽⁴²⁾, “este sistema se emplea para distribuir mejor la carga financiera en diversos ejercicios económicos, de forma tal que no supongan, a su vencimiento, un excesivo peso para el presupuesto anual, además de cumplir así los criterios de reducción del déficit público previstos para los objetivos de convergencia europea”.

En el caso de España, según se ha señalado antes, se admite el diferimiento del pago en hasta 10 anualidades.

C. Contratos de obra con abono de precio en cuotas periódicas y gestión de la infraestructura durante un determinado plazo por parte del contratista

Esta alternativa ha sido aplicada frecuentemente en Francia donde, técnicamente, la figura es conocida como “*marché d’entreprise de travaux publics*”; y se ha venido utilizando como variante a la concesión. También hay experiencias de la aplicación de este mismo modelo en España, en proyectos de autovías.

A través de este tipo de contratos, el contratista tiene a su cargo no sólo la construcción de la obra o infraestructuras, sino también, su explotación durante un cierto período de tiempo (en términos generales, puede rondar los 15 años), pasado el cual, debe transferir las mismas a la Administración.

A cambio de ello, la Administración abona anualmente al contratista un precio comprensivo tanto del correspondiente a la construcción de las infraestructuras y su financiación, como del relativo a su mantenimiento y gestión durante el plazo convenido.

⁴² JIMÉNEZ DE CISNEROS, Francisco en “Obras Públicas e Iniciativa Privada”, pág. 239 y sigtes.; Ed. Montecorvo, Madrid, 1998.

El pago efectuado por la Administración al contratista en concepto de remuneración de la gestión, puede ser establecida a través de una suma de carácter fijo o alzada, o bien, adoptar la forma fijo-variable; en ambos casos, en los términos previstos al analizar la remuneración del contratista a través de contratos de gestión (numeral 3.3.2).

Es indudable la similitud que una variante de esta naturaleza del contrato “llave en mano” puede presentar con un contrato de concesión en el cual, la retribución del concesionario esté estructurada, en su totalidad, a través del sistema “shadow toll” o de “peaje en sombra” (ver al respecto el numeral 3.3.6 de este informe).

En tales casos, el factor distintivo está en las características inherentes al modo de gestión que representa una y otra figura. La concesión es, como ya se ha dicho antes, un modo de gestión indirecta, a través del cual, el contratista asume la explotación de una determinada actividad o servicio, *a su cuenta y riesgo*; lo que no ocurre en los contratos de obra “llave en mano”, pues en los casos en que estos abarcan también la gestión, los resultados económicos de ésta recaen sobre la propia Administración; más allá del impacto que los riesgos comerciales puedan tener respecto del contratista en función del tipo de remuneración establecida en su favor.

3.3.4 Contrato de arrendamiento de infraestructuras (“lease contract”)

Como su nombre lo indica, a través de este contrato, la Administración arrienda a una entidad privada infraestructuras, equipos e instalaciones de su propiedad, por un determinado plazo y a cambio de un determinado precio o canon abonable en cuotas periódicas durante la vigencia del contrato, la cual se obliga a prestar un determinado servicio o ejercer ciertas actividades en las condiciones previamente convenidas con la Administración.

En líneas generales, el referido modelo contractual, puede caracterizarse de la siguiente manera:

- a. Constituyen parte del referido contrato, por un lado, la Administración titular de las infraestructuras objeto de la operación; y por otro, el contratista privado.
- b. Al igual que ocurre con la concesión (a la que más adelante se hará referencia), la figura analizada encuadra dentro de las denominadas “modalidades de gestión indirecta”, en donde el contratista asume en nombre y por cuenta propia, la gestión de un negocio
- c. El contratista obtiene su remuneración directamente de los usuarios que acceden a las infraestructuras o a los servicios prestados. De ahí que a diferencia de las modalidades de PPP antes enunciadas, en este caso –y salvo excepciones expresamente pactadas-, el contratista asume los riesgos comerciales de la operación en su totalidad; vale decir, básicamente, los riesgos de mercado, de sobre-costos operativos y tarifarios. En definitiva, bajo esta modalidad el

contratista asume la responsabilidad de la gestión de los servicios correspondientes, mantiene relaciones contractuales con los usuarios y percibe de éstos las tarifas correspondientes como consecuencia de los servicios prestados.

- d. En contrapartida por el derecho al uso de las infraestructuras afectadas a su actividad otorgado por la Administración, el contratista está obligado al pago a ésta de un canon periódico (que podrá ser trimestral, semestral o anual, según las experiencias examinadas) por concepto de precio de arrendamiento. En consecuencia, la retribución del contratista vendrá dada por la diferencia entre los ingresos tarifarios y otros precios percibidos de los usuarios, y los costos a su cargo, incluyendo el canon de arrendamiento. Las modalidades que puede asumir dicho canon son variadas; pudiendo tener carácter fijo o variable (en este último caso, ligado, por ejemplo, al nivel de ingresos obtenidos por el contratista), y a su vez, adoptar una modo lineal, progresivo y/o regresivo, según los casos. Lo deseable, es que por dicha vía se generen incentivos para una eficaz y eficiente explotación de las infraestructuras por parte del contratista; combinando un adecuado sistema de pago de cánones con el régimen tarifario aplicado.

En general, se es conteste en destacar por parte de la doctrina que ha analizado la aplicación de este instrumento, especialmente en España y Francia, que el pago del canon de arrendamiento es un elemento fundamental y caracterizante de los contratos de arrendamiento de infraestructuras. Habida cuenta de que existen contratos de concesión (los modelos denominados “TBOT” a los que más adelante se hará referencia) que implican la previa transferencia de infraestructuras, instalaciones o equipos de la Administración para su posterior explotación por parte del concesionario (respecto de lo cual, podrá haberse establecido o no en el respectivo contrato, la obligación del pago de un canon por el derecho de uso conferido, calculado sobre el valor no amortizado de las infraestructuras cuyo uso se ha cedido al concesionario, y/o sobre los ingresos recibidos por éste como consecuencia de la explotación de la concesión), la razón de esta distinción resulta procedente a los efectos de calificación, en los hechos, de un determinado tipo de contrato como una u otra figura en caso de dudas respecto a su real naturaleza jurídica.

- e. Las inversiones en las infraestructuras afectadas a la actividad del contratista, así como las labores de rehabilitación y reparaciones mayores son, en todo caso, de cargo de la Administración. En estos casos, el contratista suele asumir, la obligación de realizar mantenimientos rutinarios, así como de ejecutar determinadas inversiones menores en las infraestructuras a su cargo; como por ejemplo, determinados tipos de tuberías de transporte de agua, en caso de tratarse de infraestructuras afectadas a la prestación de servicios de suministro de agua potable y saneamiento. Las condiciones de ejecución de inversiones en las infraestructuras puede llegar a constituir un aspecto crítico del eficiente desenvolvimiento de este tipo de contratos pues, en la medida en que no se

hagan las inversiones necesarias por parte de la Administración, se producirá un paulatino deterioro en las condiciones de las infraestructuras afectadas y, a causa de ello, afectándose los niveles de desempeño del contratista y, con ello, sus ingresos. Una medida adecuada para evitar dichas situaciones y presionar a la Administración a adoptar las medidas adecuadas en tal sentido, podría ser la prever en el correspondiente contrato, la obligación de la Administración de asegurar un nivel mínimo de ingresos. Así pues, con la salvedad anotada, a diferencia de lo que usualmente ocurre en los contratos de concesión, no hay en este caso riesgos de diseño y construcción o puesta en marcha asumidos por el contratista.

- f. Consecuentemente, la duración de este tipo de contratos suele ubicarse entre los 5 y 10 años, de modo tal de permitirle al contratista obtener los resultados derivados de una adecuada gestión comercial, así como amortizar las inversiones eventualmente realizadas por su parte conforme a los términos antedichos.
- g. Las tarifas aplicables por el contratista son fijadas por la Administración, sea con carácter fijo, sea a modo de máximos a cuyo respecto, el contratista podría aplicar tarifas más bajas. Las alternativas para la fijación de tarifas en dichos casos (por ejemplo, “*cost plus*” en su versión pura, “*rate of return*”, “*price cap*”, etc.), así como la determinación de los costos que el contratista puede trasladar a tarifas, varían conforme a las regulaciones vigentes en cada país.
- h. En cualquier caso, la Administración mantiene las potestades de control y regulatorias respecto de la actividad cumplida por el contratista.

Este tipo de contratos ha sido usado durante ya varios años en diferentes países como Francia y España, en proyectos de infraestructuras del sector de agua, puertos, transporte urbano y ferroviario, entre otros. En Latinoamérica, en el marco de proyectos del sector de transporte, es conocida la experiencia de gestión privada de Terminales de Contenedores del Puerto de Santos (el TECON-1), bajo dicha modalidad.

Según se puede apreciar de la caracterización antes expuesta, son indudables las similitudes que esta modalidad presenta respecto de la concesión, al punto que, bajo determinados supuestos, puede ser realmente difícil el precisar si estamos ante una u otra modalidad contractual. A tales efectos, según se ha dicho, en general, se entiende que elementos típicos de un contrato de arrendamiento son la ausencia de realización de inversiones de significación por parte del contratista, y el pago de un canon o precio de arrendamiento por el contratista a la Administración.

3.3.5 Contrato de arrendamiento financiero de infraestructuras (“lease - purchase contract”)

Con carácter general, el contrato de “arrendamiento financiero”, “leasing” (⁴³), “credit bail”, o “locación financiera”, según la terminología empleada en los diferentes países, consiste en el contrato conforme al cual, una determinada entidad (generalmente, una institución financiera o sociedad de objeto especial, a la que se le denomina el “locador”) se obliga frente a otra (denominada “el usuario”) a permitirle la utilización de un bien –de carácter inmueble o mueble- o conjunto de ellos, durante un cierto período, a cambio de un determinado precio abonado en partidas periódicas (en general, dicho precio se fija teniendo en cuenta los plazos de amortización del bien o bienes locados), confiriéndole al usuario una opción irrevocable de compra del bien o bienes objeto del contrato, al vencimiento del plazo, y mediante el pago de un precio final (que básicamente, será equivalente al valor residual del bien o bienes afectados a la operación).

Este modelo de contrato ha sido aplicado en el ámbito de proyectos de inversión en infraestructuras, y puede definirse como el contrato suscrito entre la Administración y una entidad privada conforme al cual esta última, conviene diseñar (eventual), construir y poner en funcionamiento (eventual) una determinada infraestructura para, posteriormente, cederle a la Administración el derecho de su uso durante un determinado plazo, a cambio del pago de cánones periódicos por parte de ésta, y otorgarle a la misma el derecho a adquirir la misma al vencimiento del contrato, a cambio del pago de un precio final; generalmente mínimo con relación al valor real de la infraestructura en cuestión. Cuando adopta esta modalidad, la operación se conoce internacionalmente como “leasing de infraestructuras” a secas, “*lease-purchase contract*”, o “modelo OLT” (“*own, lease and transfer*”). Como variante, puede ocurrir que los bienes objetos de leasing preexistan a la operación y sean de propiedad de la Administración, que conviene con la entidad privada su previa transferencia en propiedad a efectos de que ésta le otorgue posteriormente su derecho de uso en régimen de leasing, en términos similares a los precedentemente expuestos. Esta modalidad suele ser conocida como “lease back”, o “sale-lease-back contract” o “modelo TOLT” (“*transfer, own, lease and transfer*”), y es usualmente aplicada en operaciones que tienen por objeto infraestructuras de carácter social (centros educativos, bibliotecas, etc.).

Los contratos de leasing en su modalidad “OLT” (que es a la que nos referiremos de aquí en más), presentan interesantes puntos de contacto con los contratos “llave en mano” – básicamente con el denominado “sistema alemán”- antes referidos, particularmente, por el hecho de que también en estos casos, la Administración logra la construcción de un proyecto de infraestructura con financiación privada, adquiriendo el derecho a su uso o explotación, a cambio del pago de un precio abonado en partidas periódicas al contratista. No obstante, la diferencia básica está en la circunstancia de que bajo el esquema de los contratos de leasing, la propiedad formal de las infraestructuras, recién es adquirida por la Administración al vencimiento del plazo contractual, y en caso de hacer uso de la opción de compra a cambio del pago de un precio final. También puede marcarse, como otra diferencia entre una y otra figura contractual, el hecho de que en el contrato de leasing,

⁴³ Conviene aclarar que en los países latinos, la expresión “leasing” suele utilizarse en referencia a los contratos de arrendamiento financiero o locación financiera (y no a los contratos de arrendamiento corrientes, cuya traducción al español, dicha expresión suele indicar) y, por ende, tal es el sentido que le asignamos en este documento.

por lo general, las infraestructuras no son gestionadas por el contratista ejecutante de la obra (podrá estar a cargo de la propia Administración o de una tercer entidad a la que ésta le hubiere cometido dicha gestión, en el marco de una estructura de “*unbundling*”); como sí pueden serlo, con carácter temporario, en ciertas versiones de los contratos “llave en mano” (véase el literal C. del numeral 3.3.3 anterior).

Precisamente esta circunstancia, ha tornado discutible la aplicación de este modelo – propio de países sajones- en países de tradición jurídica latina que no cuentan con disposiciones regulatorias que expresamente admitan su utilización, al partirse de la base, en varios de ellos, que bienes calificados como obras públicas o incorporados al dominio público o afectados ineludiblemente a la prestación de servicios públicos, deben ser de propiedad pública. En este sentido, es interesante la experiencia francesa respecto a opciones de financiación de nuevas líneas ferroviarias de alta velocidad, específicamente para la línea TGV Sudest. Al respecto MARCOU narra lo siguiente ⁽⁴⁴⁾:

“El dispositivo ideado implicaba que la SNCF debía adquirir los terrenos necesarios para la construcción de las infraestructuras, después autorizar a una Sociedad de Financiación para que los ocuparan; luego esta Sociedad debía reunir el capital necesario y delegar la *maitrise d’ouvrage* a la SNCF; sin embargo, hasta el término del contrato las infraestructuras debían seguir siendo propiedad de la Sociedad de Financiación, que se comprometía a ponerlas a disposición de la SNCF a cambio del pago de un canon de utilización. El Consejo de Estado consideró ilegal esta disposición en un informe evacuado en 1989 a solicitud del Gobierno sobre este proyecto: como las infraestructuras del TGV Sudest estaban afectadas a un servicio público y habían sido concebidas originariamente para este fin, forman parte del dominio público del Estado: ‘su financiación no puede, pues, en el estado actual de la legislación, ser asegurada según la técnica del *crédit-bail*, que implica que los bienes así financiados permanezcan, hasta el final del contrato, en el patrimonio del organismo de crédito’; una futura Ley especial, añadía el Consejo de Estado, debería, por tanto, garantizar la permanencia de la afectación de los bienes en cuestión al servicio público” (*Counseil d’Etat. Rapport Public 1989, Études et Documents, núm 41, p. 236*).

Las razones para utilizar este tipo de alternativas de PPP son similares a las mencionadas respecto de los contratos “llave en mano”, y a las cuales nos remitimos.

Asimismo, también es similar la estructura de riesgos asumidas por la Administración y el contratista en una operación de leasing, considerando los modelos de contrato “llave en mano” que no impliquen la gestión temporaria de las infraestructuras a cargo del contratista.

3.3.6 Contrato de concesión (“*concession agreement*”)

⁴⁴ MARCOU, Gérard en “La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos”, pág. 80; trabajo que forma parte de la obra colectiva “La Participación del Sector Privado en la Financiación de Infraestructuras y Equipamientos Públicos: Francia, Reino Unido y España”; Ed. Civitas, Madrid, 2000.

3.3.6.1 Descripción general

Sin lugar a dudas, la concesión ha sido históricamente y es en la actualidad, la forma “reina” entre los distintos modelos PPP para el diseño, construcción, financiación y gestión de proyectos de infraestructuras, “no tan antigua como el hombre, pero sí quizás tan antigua como la sociedad”, al decir de ABRIL MARTORELL ⁽⁴⁵⁾.

En el pasado, según se ha explicado antes, dicho modelo tuvo su auge durante la segunda mitad del siglo XIX, de la mano de los grandes proyectos de inversión en infraestructuras que fueron surgiendo a partir de los descubrimientos científicos y avances de la tecnología durante el “industrialismo” (gas, electricidad, ferrocarriles, telefonía, etc.). En dicha etapa, se otorgaron concesiones emblemáticas en los grandes sectores de infraestructuras básicas, sobre la base del principio de “riesgo y ventura” en su máxima pureza ⁽⁴⁶⁾.

A partir de los primeros decenios del siglo XX, por diferentes causas, el Estado inició un proceso de asunción directa de muchas de las actividades dadas en concesión, en algunos casos como consecuencia de la finalización del plazo concesional y la consecuente reversión de las infraestructuras a la Administración, en otros, a causa de las graves dificultades económicas por las que atravesaron varios concesionarios que, de un modo u otro, se fueron desencadenando en incumplimientos de sus respectivos contratos de concesión. Dicho proceso acelera fuertemente su desarrollo tras la crisis de los años 30’, para alcanzar su punto culminante a partir del proceso de nacionalizaciones que, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, fue teniendo lugar a lo largo y ancho del planeta.

Luego de unos cuantos años de vigencia, a partir de mediados de los años 70’, el tradicional modelo de desarrollo de infraestructuras públicas que, en los hechos, implicaba la asunción directa por parte del Estado de su diseño, construcción (frecuentemente encomendada a los particulares a través de contratos de obra pública) financiación y gestión, comienza a transitar por agudos problemas (básicamente, ineficiencia en la gestión de infraestructuras, e insuficiencia de recursos tanto para acometer la ejecución de nuevas obras como para la realización de labores de mantenimiento en las existentes) que dieron lugar a un “renacer” de la concesión, con un nuevo ímpetu y perspectiva; y que a través de la aplicación de diferentes “generaciones de concesiones” durante las décadas de los 70, 80 y 90, se ha ido perfilando el nuevo modelo de concesión aplicado en la actualidad. Sus notas caracterizantes son las siguientes:

⁴⁵ ABRIL MARTORELL, Joaquín en “Financiación de infraestructuras y medios de transporte”, ponencia presentada a la “Conferencia Internacional sobre Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público” organizada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; 8 de noviembre de 1996.

⁴⁶ Esto es, el Estado no asumía ningún riesgo inherente al proyecto. En tales casos, los riesgos eran asumidos en su integridad por los concesionarios; en la creencia de parte de éstos que la “ventura”, iba a superar largamente el “riesgo” que dichos proyectos implicaban, por lo ingente de los beneficios que se esperaban.

- Antes que como un negocio del sector de la construcción, las concesiones actuales se conciben como negocios económico- financieros, en los cuales es fundamental involucrar a los agentes financieros, satisfaciendo sus expectativas básicas en este tipo de proyectos. La importancia de estos actores en estos procesos, muchas veces desconocida por parte de quienes han estructurado proyectos de concesiones en el pasado, se aprecia simplemente de ver los esquemas de financiamiento utilizados en estos casos, que son las estructuras de project finance, en donde la relación de capital propio a recursos ajenos (“equity/debt”) para cubrir las inversiones involucradas en los proyectos se sitúa, por lo general, en ratios con porcentajes del entorno del 20/80 a 30/70.
- Del modelo de concesión a total “riesgo y ventura” del concesionario – posteriormente morigerado en sus efectos por la aplicación del principio de “intangibilidad de la remuneración del contratista” o “mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión”- se pasa al modelo conceptual de la concesión como herramienta de “cooperación público-privada”; que en los hechos, implica, en ciertos escenarios, una coparticipación de la Administración en las rentabilidades y riesgos de los proyectos de infraestructuras en cuestión. En buena medida, esta nueva concepción de la figura de la concesión, obedece a los resultados claramente negativos que han evidenciado recientes proyectos de carácter “emblemáticos” por su significación y cuantiosas inversiones involucradas, como ha sido, en el ámbito de los países de la Unión Europea, el caso del “Eurotúnel” o “Túnel del Canal de la Mancha”, como proyecto de transporte de carácter transnacional, o el del “Enlace Orlyval” en Francia, que conecta el centro de París con el Aeropuerto de Orly; en los cuales se han demostrado las deficiencias de implementar un modelo de concesión a pura “cuenta y riesgo” del concesionario en ese tipo de proyectos BOT, con las dificultades consiguientes para predecir los volúmenes de tráfico o niveles de uso de las infraestructuras; la voluntad real al pago de precios o tarifas por parte de los usuarios por servicios o uso de infraestructuras inexistentes o, o donde al menos, o no existía la obligación de su pago o era de una cuantía inferior a la proyectada a partir de la concesión; los costos reales del proyecto, etc.).

3.3.6.2 Concepto

Desde el punto de vista doctrinario y de Derecho comparado, la noción de concesión ha sido objeto de profundas divergencias. Indudablemente, a ello ha contribuido el hecho de que se trate de un concepto genérico y comprensivo de diversas modalidades, algunas de las cuales se sistematizan más adelante.

En esencia, en lo que específicamente atañe al campo de desarrollo de infraestructuras públicas, la concesión se encuadra dentro de las diferentes técnicas de gestión privada de infraestructuras, con la particularidad que en este caso, a diferencia de otros, el concesionario no actúa por derecho propio y sí por cuenta de la Administración; aunque en nombre propio. En este sentido, pues, SAYAGUES LASO ha definido a la concesión como “el acto de Derecho público que confiere a una persona (física o jurídica, privada o

pública) un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la Administración" (⁴⁷). En definitiva, se trata de una técnica a través de la cual el Estado delega a un tercero la ejecución / gestión (por cuenta y riesgo de éste) de una actividad o servicio de la que es titular; o bien, habilita a un tercero (también a su "riesgo y ventura", aunque con las salvedades antes expuestas) a utilizar bienes de dominio público para la prestación de actividades o servicios de carácter libre; bajo control / fiscalización de parte de aquélla.

Los beneficios que este instrumento reporta al Estado son, en general, del siguiente orden: i) permite al Estado incorporar la participación privada en las fases de gestión y financiación de infraestructuras públicas, conservando la titularidad de dichas infraestructuras y/o de la actividad según el caso (este, pues, constituye un argumento central que permite consensuar el interés de posiciones "estatistas" y "privatistas" respecto de la ejecución de este tipo de proyectos); ii) posibilita una expansión acelerada y a menores costos del acervo de infraestructura pública, sin comprometer otros objetivos como los compromisos de gasto social, la reducción del déficit o el mantenimiento de la presión fiscal; iii) genera mayores eficiencias en el diseño, construcción y operación de las obras públicas y/o prestación de los servicios públicos; iv) permite lograr un impacto fiscal positivo para el Estado (lo que se alcanza por la vía de reducir o suprimir subsidios, o por la generación de ingresos con la concesión, entre otras modalidades); v) permite desplazar de los contribuyentes a los usuarios los costos asociados a proyectos de inversión en infraestructuras públicas; vi) posibilita transferir al sector privado los riesgos que están bajo su control y/o que puede mitigar más eficientemente; vii) permite liberar recursos públicos de capital para su reasignación a áreas de infraestructura que tienen un impacto y significación social más inmediatas y con escaso o nulo interés del sector privado para financiarlos en virtud de sus especiales características; o emplear la capacidad de financiación o endeudamiento del Estado para su aplicación a programas de contenido social; viii) tiene efectos positivos sobre la creación de oportunidades de inversión para el sector privado, posibilitando la canalización de ahorro hacia inversiones productivas de alta confiabilidad; ix) permite la captación de ahorros extranjeros; x) constituye, indirectamente, una de las vías de desarrollo del mercado de capitales local (mediano y largo plazo) y, particularmente, el de valores. xi) inducción del crecimiento económico en el territorio o área de influencia en el que se sitúan tales infraestructuras; xii) creación de empleo; xiii) fomento de una más eficiente utilización de los recursos de producción; y xiv) mejora de la competitividad de las empresas, aumentando la productividad y reduciendo los costos de producción.

3.3.6.3 Tipología de las concesiones en caso de proyectos de inversión en el sector de transportes

A. Calificación en función de su objeto

⁴⁷ SAYAGUES LASO, Enrique en "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, pág. 421, Montevideo, 1963.

Según su objeto, la concesión puede conferir el derecho al uso de un bien público, a la prestación de un servicio público, y a la ejecución de una determinada obra pública. Lo que constituye el objeto principal de la concesión en tales casos, puede complementarse facultando al concesionario, según los casos, a realizar determinadas actividades complementarias, accesorias o instrumentales respecto de las principales (por ejemplo, comprendiendo negocios conexos al principal de la concesión).

- a. En primer lugar, la concesión de uso es aquella en virtud de la cual la Administración, durante un cierto período, otorga a una persona física o jurídica (“concesionario”), bajo su fiscalización y control, el derecho a la utilización privativa de determinados bienes dominiales (y por ende, excluyendo el uso común sobre ellos), para la prestación de un determinado servicio o ejecución de una actividad, al vencimiento del cual, deberá revertir los mismos al concedente. Si bien puede sostenerse que, en general, este tipo de concesiones, la mayoría de las veces se concreta a través de actos administrativos, en el campo de las actividades en los sectores infraestructurales, la misma tiene lugar, primordialmente, a través de contratos. En general, se trata de proyectos TBOT⁽⁴⁸⁾ (“*transfer, build, operate, transfer*”), en los cuales existe una determinada infraestructura preexistente que la Administración transfiere al concesionario (por ejemplo, una carretera, un puerto, un aeropuerto, etc.) a cuyo respecto, el concesionario deberá realizar labores de ampliación o rehabilitación consideradas de carácter secundario.
- b. En segundo lugar, la concesión de servicio público es aquella en virtud de la cual la Administración comete al concesionario el ejercicio de una determinada actividad declarada servicio público (y, por ende, sustraída de la esfera de libre acción privada), bajo su control y durante un determinado período, a cuya finalización, deberá revertirlas al concedente.
- c. Por último, la concesión de obras públicas es aquella que tiene por objeto la comisión, por parte de la Administración a una determinada persona, de la construcción de una obra pública nueva (proyecto “greenfield”) o bien, de la realización de labores de ampliación y/o mantenimiento de infraestructuras existentes, bajo su control, facultándola a que las explote por un determinado período a fin de que el concesionario pueda recuperar las inversiones efectuadas y obtenga una rentabilidad razonable, debiendo revertirlas al concedente a su vencimiento. En general, se tratan de proyectos BOT (“*build, operate, transfer*”) o TBOT; en este último caso, en donde las labores de ampliación o refacción adquieren una mayor significación respecto de las infraestructuras transferidas.

Ahora bien, si bien desde un punto de vista conceptual la distinción entre tales figuras es clara, en los hechos pueden plantearse dudas para determinar ante qué modalidad de concesión en concreto se está, como consecuencia de la convergencia de elementos

⁴⁸ Se aclara que la “T” de dichas siglas, no implica en ningún caso transferencia de la propiedad; sólo del derecho de uso o posesión de las infraestructuras afectadas a la operación.

propios de unas y otras en un mismo contrato de concesión (por ejemplo en el supuesto en que el concesionario reciba una determinada infraestructura de la Administración concedente, debiendo realizar obras públicas de ampliación de aquellas y prestar, posteriormente, los servicios correspondientes a los usuarios).

En términos generales, se entiende que el criterio diferenciador reside en determinar cuál es elemento central del contrato y cuáles son sus accesorios (⁴⁹): sobre estas consideraciones, por ejemplo, la concesión de servicios públicos se configuraría cuando el requerimiento principal es una actividad del concesionario, aunque para el desarrollo de esa actividad necesite la construcción de una obra pública, lo cual reviste carácter instrumental. Si en cambio la prestación principal a cargo del concesionario es la construcción, reparación, conservación, mantenimiento, modificación, etc. de una obra pública, el servicio posterior que el contratista deba prestar será de carácter accesorio a aquél y el medio a partir del cual pueda obtener su contraprestación.

B. Calificación en función del tipo de operaciones específicas comprendidas en el objeto del contrato de concesión

Los proyectos de concesión pueden involucrar diferentes tipos de operaciones, con cuyas iniciales se suelen definir los tipos diferentes de concesión. En este sentido, las actividades que usualmente comprende un contrato de concesión son del siguiente orden: i) diseño (“*design*”); ii) construcción (“*build*”), iii) financiación (“*finance*”) (⁵⁰); y iv) operación (“*operate*”). Sobre tales bases, y agrupando las letras iniciales de cada una de dichas actividades, se conocen en la práctica internacional distintas variantes de modelos de concesión (son por demás conocidas, por ejemplo, los modelos BOT, TBOT, DBFO, etc., que varían dependiendo de la nomenclatura empleada en los diferentes países).

La nota interesante de dichas terminologías y que distingue los modelos de concesión de otras alternativas de participación privada o público-privada en la ejecución de proyectos de inversión en infraestructuras es la “T” final, que como se ha dicho antes, equivale al “transfer” o traspaso o reversión que al final de todo contrato de concesión, debe realizar el concesionario hacia la Administración de las infraestructuras objeto de la operación (⁵¹)

⁴⁹ En este sentido, SAYAGUES LASO, Enrique en “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, pág. 121, Ed. FCU, Montevideo, 1988; FANELLI EVANS, Guillermo, en “La Concesión de obra pública”, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1989; BARRA, Rodolfo en “Contrato de Obra Pública”, Tomo II, pág. 509, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1984; y MERTEHIKIAN, Eduardo “La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos”, pág. 76 y sigs., Ed. Abaco, Buenos Aires, 1992.

⁵⁰ Desde el punto de vista de los Consultores, no parece relevante la inclusión de dicho término en la nomenclatura referente a los modelos de concesión, pues va de suyo que en todo proyecto de esta naturaleza, la financiación, en todo o en parte, es asumida por el concesionario.

⁵¹ Esto distingue a la concesión, por ejemplo, de los modelos denominados “BOO”, o “TBOO”, en los cuales la “O” final representa “propiedad” (“*own*”) sobre los activos por parte del operador y, en consecuencia, la inexistencia de obligación alguna de reversión o traspaso de las mismas a la Administración al vencimiento del plazo previsto para la operación.

La distinción entre las distintas modalidades antedichas, especialmente entre los modelos BOT y TBOT es por demás relevante; especialmente, desde la perspectiva del impacto que los riesgos presentan en uno y otro tipo de proyectos. En efecto, no es lo mismo, por ejemplo, obtener una concesión con infraestructuras en servicio, para mejorarlas y explotarlas, incluso añadiendo infraestructuras nuevas complementarias, a lo que se podría denominar modelo “TBOT”, que una concesión para desarrollar una nueva infraestructura desde su inicio en un contrato “BOT”. Si bien se suelen confundir ambos y denominarlos todos bajo las siglas del segundo, no son iguales ya que en el primer caso se obtienen ingresos desde el primer momento de la ejecución del contrato y existe seguramente un mercado consolidado -incluso cautivo- de usuarios, mientras que en el segundo caso la inversión se hace sin obtener ingresos hasta la finalización o puesta en marcha de las infraestructuras, partiendo muchas veces de la creación de un mercado desde cero. Además, normalmente el volumen y la cadencia de las inversiones suelen ser muy diferentes y con distinta distribución temporal.

Por otra parte, si a estos modelos básicos se le añaden otros elementos adicionales tales como la consideración del valor residual de la inversión, o la reversión onerosa de las infraestructuras concedidas vs. la transferencia gratuita al final del período del contrato, por la incidencia posible de inversiones, generalmente tecnológicas, no previstas en un período de "no retorno" para la inversión, podemos asegurar que los escenarios de financiación y, cosa muy importante, de las garantías correspondientes, pueden llegar a ser muy variados y complejos, por lo que las condiciones de licitación y contratación pueden llegar a revestir modalidades muy diferentes.

C. Calificación en función de las características económico-financieras del proyecto

Según las características económico-financieras del proyecto de inversión a ejecutar, podrá articularse una concesión onerosa, gratuita o subvencionada.

- a. Desde un punto de vista conceptual la concesión onerosa procede, fundamentalmente, respecto de proyectos en los cuales, a partir de los correspondientes estudios de viabilidad, es posible estimar la obtención de una rentabilidad superior a la normal por parte del concesionario a lo largo de todo el plazo de la concesión, razón por la cual se entiende pertinente que, de algún modo, la Administración –o, directamente, la comunidad- tenga participación u obtenga algún tipo de beneficio a raíz de ese lucro extraordinario obtenido por el concesionario; o bien, en aquellos casos en que la Administración confiere al concesionario, para el cumplimiento del objeto de su contrato, el derecho de uso de determinadas infraestructuras públicas preexistentes que aún no estuvieren totalmente amortizadas. Salvo que en tales casos se entienda que por razones de interés público, la concesión otorgada sea de carácter gratuito (y en consecuencia, se establezca que en contrapartida de la superior rentabilidad estimada del proyecto se imponga al concesionario, por ejemplo, una reducción de las tarifas a percibir de los usuarios), existirá una amplísima gama de posibilidades a través de las cuales correspondería establecer la contraprestación a abonarse por concesionario a la Administración en dichas situaciones.

- b. Por su parte, la concesión gratuita es de aplicación en aquellos casos en que se estima la percepción por parte del concesionario de una tasa de retorno normal o acorde al tipo y características del proyecto de inversión a desarrollar, razón por la cual se entiende no sería pertinente imponerle una carga financiera adicional que, en definitiva, en determinadas circunstancias, terminará siendo trasladada por el concesionario a los usuarios. En este tipo de casos, el contrato de concesión no debería contener previsiones que impliquen una contraprestación directa o indirecta de carácter económico del concesionario a favor de la Administración estimada sobre los réditos obtenidos por el concesionario, pues de lo contrario, tornaría inviable el negocio subyacente a la concesión. Lo anterior no impediría que la concesión, en el caso de entregarse al concesionario el uso de bienes públicos productivos le obligue a satisfacer un canon fijo, equivalente al costo de amortización de los mismos en una vida útil suficientemente larga. Adicionalmente, se deberá tener en cuenta que el costo del mantenimiento, mejora, e incluso sustitución de dichos bienes por otros nuevos y de mejor aplicación al fin de la concesión, correrán por cuenta del concesionario; de ello se deduce que podrá establecerse un canon que no llegue a ser exigible en la misma cantidad durante todo el período de la concesión, e incluso pueda cesar en su exigibilidad desde el momento en el que los bienes entregados en uso, son sustituidos o dejan de ser aplicados a la operación por causa de su obsolescencia física o tecnológica. En tal caso, debería evaluarse para incorporar al contrato, si en función de la mayor o menor fortaleza que presente el negocio, corresponda articular alguna de las formas de ayudas públicas para rentabilizar la operación o disminuir los riesgos del proyecto para el concesionario.
- c. En tercer lugar, la concesión subvencionada procedería respecto de aquellos proyectos antes denominados “no autofinanciables”, y en los cuales, en función de la baja rentabilidad estimada o del elevado riesgo que las inversiones en ellos implica, los mismos no serían acometidos por el sector privado sin una participación económica -entendida ésta con un alcance muy laxo- del Estado tendiente a elevar lo suficientemente la rentabilidad esperada y/o a reducir la incertidumbre. La participación estatal en este tipo de concesión puede asumir diferentes modalidades, las cuales varían dependiendo tanto de las características de cada proyecto en particular, como del tipo de contribución que en cada caso el Estado está dispuesto a realizar, conforme se hará referencia en las páginas siguientes.

D. Calificación en función del origen de la remuneración obtenida por el concesionario

Desde este punto de vista es posible distinguir entre las siguientes modalidades:

- a. concesiones con sistemas basados puramente en remuneraciones abonadas por los usuarios de los servicios prestados por el concesionario;

- b. concesiones con sistemas basados en remuneraciones abonadas por la Administración; y
- c. concesiones con sistemas retributivos de carácter mixto.

El caso mencionado en primer término no reviste mayor complejidad, y constituye la modalidad tradicional y usual de implementación del sistema de concesiones en los diferentes países en los que esta técnica se ha aplicado. En tales hipótesis, en función de las características del servicio o actividad objeto de concesión, los ingresos obtenidos por el concesionario podrán estar basados en precios públicos o precios privados, o constituir una combinación de ambos. En general, el primer tipo de precios se aplica respecto de las actividades que constituyen el objeto principal de la concesión (por ejemplo, los peajes por uso de carreteras en el caso de concesiones viales); en tanto que los segundos, suelen ser de aplicación en relación a la prestación de servicios secundarios (por ejemplo, los servicios de restaurantes, hotelería o desarrollo de emprendimientos inmobiliarios que como actividad anexa al objeto principal de la concesión, pueda ejecutar el concesionario en el marco de su respectivo contrato). Evidentemente que el régimen al que están sujetos uno y otro tipo de precios son claramente distintos: los precios privados son de carácter libre y, por lo general, no están sujetos a restricciones específicas en cuanto a su fijación, aplicación y/o reajustes; a diferencia de los precios públicos, en donde tales aspectos, suelen estar detalladamente regulados por la Administración.

Por su parte, las concesiones con sistemas basados total o parcialmente en retribuciones abonadas por la Administración, se enmarcan dentro de las denominadas “concesiones subvencionadas” antes analizadas.

Los pagos que en tal concepto realice la Administración, pueden consistir en sumas de carácter fijo (lineales, progresivas, regresivas o adoptar acumulativamente criterios de progresividad y regresividad), o bien en retribuciones variables ligadas a determinados parámetros previamente establecidos en el contrato; puede estipularse su pago durante todo el plazo contractual o únicamente mientras se mantengan determinadas condiciones relativas a la explotación de infraestructuras (“cláusulas gatillo”); pueden ser, a su vez, sustitutivas o complementarias de otros ingresos recibidos por el concesionario de los usuarios; entre una amplísima variedad de modalidades que la práctica internacional pone de manifiesto.

En cuanto a esta última consideración, merece especial destaque por su difundido uso en países desarrollados (⁵²) y más recientemente comenzados a aplicar en Latinoamérica, los denominados sistemas de “shadow tolls” o “peajes en sombra”; aplicados fundamentalmente a proyectos de concesiones viales, pero difundidos luego a cualquier otro tipo de infraestructuras en el sector de transporte.

⁵² Existen antecedentes de concesiones implementadas bajo el sistema de peaje en sombra en países como Australia (concesión de la “Western Sydney Orbital” y Autopista M 5; y de la “Circunvalación Albury y Hagley – By Pass; entre otras); España (carreteras M 45, M 501 y M 511 de la Comunidad de Madrid); y demás como Inglaterra, Portugal, Finlandia e Irlanda.

En grandes líneas, el esquema funciona de modo tal que es la Administración se hace cargo –en todo o en parte- del valor equivalente a los peajes que les hubiera correspondido pagar a los usuarios de las vías concedidas. De ahí, pues, el nombre de “peaje”, pues los pagos están ligados al uso de las infraestructuras, y “en la sombra”, al no ser un pago directo realizados por los usuarios y sí por la propia Administración (técnicamente, denominada “subvención asociada al uso de la carretera”).

Usualmente en estos casos, la cantidad a pagar por la Administración al contratista se calcula a razón de “vehículos-kilómetro x tarifa unitaria”. Para optimizar el riesgo asumido por la Administración y el concesionario, suelen, a su vez, establecerse número de bandas diferenciales a efectos de determinar la cantidad a pagar por la Administración. Por otra parte, en relación a los pagos a que por dicha causa venga obligada a realizar la Administración al contratista, podrá condicionarse el abono de su 100% al cumplimiento de determinados niveles de performance mínimos, según se ha visto antes. A su vez, como se dijo, el pago realizado por la Administración por dicho concepto puede cubrir en todo o en parte los pagos que debieran realizar los usuarios por el acceso a dichas infraestructuras. Estos últimos casos se conocen, en la jerga al uso, como de aplicación de sistemas de “peajes blandos”.

Las razones para la aplicación de este tipo de sistemas pueden ser muy variadas. Entre las más frecuentes destacan los casos en que: i) existen vías alternativas de circulación a la carretera o autopista concedida, y por dicha vía, se procura evitar que exista competencia entre carreteras libres y carreteras con peaje; en función de todo lo que ello implica desde el punto de vista de estructuración de la concesión; ii) existen razones estratégicas / políticas que inhiben de la aplicación de peajes o de incrementos en los ya existentes en el marco de estructuración de la concesión; iii) se pretende vincular los pagos efectuados al contratista al uso real de las infraestructuras, transfiriéndole, en consecuencia, los riesgos propios a cualquier contrato de concesión; entre otras.

Así pues, contrariamente a lo que podría parecer, el “peaje en la sombra” no supone la eliminación de la transferencia de los riesgos típicos de una concesión al sector privado. Por el contrario, el concesionario asume en estos casos dos tipos fundamentales de riesgos, a saber: i) por un lado, los riesgos de desarrollo, diseño y construcción, ambientales, etc., al igual que respecto de una concesión estándar, y ii) por otro lado, los riesgos comerciales de la operación, al estar ligados los pagos a percibir de la Administración, al uso de las infraestructuras concedidas.

E. Calificación en función de las características del concesionario

Desde esta perspectiva, la clasificación es muy sencilla, efectuándose el distingo entre:

- a. Concesiones otorgadas a entidades privadas: se trata de la alternativa usual en este tipo de proyectos. Al respecto, la tendencia internacional en la materia está pautada en el sentido de exigir al grupo promotor que hubiere resultado adjudicatario de la concesión, la obligación de constituir una sociedad de objeto

especial o ad hoc (“*special purpose vehicle*”), como requisito de cumplimiento previo a la firma del contrato, y para que actúe en carácter de concesionaria.

Si bien es cierto que dependiendo de las características particulares de cada proyecto de concesión, en determinados casos puede llegar a ser más conveniente su ejecución a través de la figura de un consorcio que hacerlo por intermedio de una entidad jurídica independiente constituida ad hoc, no es menos cierto que existen una serie de razones de indudable peso que aconsejan, con carácter general, la elección de esta última modalidad (⁵³).

- b. Concesiones otorgadas a entidades de carácter público-privado, en cuyo caso, la participación del sector público podrá tener carácter mayoritario o minoritario respecto de la aportación de capital privado; siendo esto último lo usual.

Por lo general, esta participación accionaria de propiedad pública se realiza con carácter minoritario. Por dicha causa, a efectos de preservar los intereses de la Administración al menos en la adopción de determinadas resoluciones societarias, se establecen mecanismos tales como la “*golden share*” (por ejemplo, en Inglaterra), la “*action spécifique*” (por ejemplo, en Francia) o bien, el requerimiento general de contar con la autorización previa de la Administración para la adopción de determinadas resoluciones sociales (como ocurre, por ejemplo, en España) (⁵⁴).

En general, la participación privada en el capital accionario de la sociedad concesionaria puede tener lugar por razones estratégicas dependientes de cada caso, o bien, en función de las características económico-financieras del proyecto; básicamente, cuando se trata de proyectos que requieren de soporte o ayudas públicas (en definitiva, la aportación de capital público constituye una medida usual en tal sentido). En este sentido, en determinados casos de proyectos de gran envergadura, la aportación de capital que efectúe el Estado

⁵³ Tales razones reposan, fundamentalmente, en los claros beneficios que reporta a las partes principales de estos procesos, es decir, la Administración concedente, los promotores privados y los agentes financieros; básicamente, desde el punto de vista del control de la operación del concesionario, de la mayor cohesión que se logra en el funcionamiento del grupo promotor; del mayor acotamiento de riesgos del proyecto como consecuencia de la segregación económica y jurídica de la operación de la concesión, de otros proyectos de los integrantes del grupo promotor (básico en cualquier estructura de *project finance*, cuya garantía básica de recuperación de la inversión, está centrada en el cash –flow a generarse por el proyecto durante el plazo de la concesión); y la reducción de los costos financieros de los fondos requeridos para financiar el proyecto como consecuencia de lo anterior.

⁵⁴ La “*golden share*” o “acción dorada” consiste, en esencia, en un derecho nominativo e intransferible, que se genera a partir de la posesión de, al menos, una acción de la sociedad anónima concesionaria con un valor nominal concreto, que concede a su poseedor ciertas prerrogativas especiales previamente estipuladas estatutariamente. Normalmente, otorga derecho de veto sobre determinados tipos de resoluciones sociales y puede otorgarse por un período de tiempo determinado. Por su parte, la *action spécifique* es un sistema similar, aunque algo más cercano al sistema español, al exigirse la aprobación del Gobierno a través del correspondiente decreto.

puede contribuir al logro, por parte de los promotores privados accionistas de la sociedad concesionaria, de un ratio de capital/deuda (*equity/debt*) más favorable para la obtención de financiamiento crediticio, especialmente cuando los promotores privados no hayan podido conseguir inversiones de capital del sector privado. En otros casos, podrá contribuir a complementar la integración de capital mínima de la sociedad concesionaria, requerida a los promotores privados en los pliegos de licitación y/o contratos de concesión (⁵⁵).

3.3.6.4 Caracterización general del modelo de la concesión

A modo de síntesis y complemento de lo ya señalado precedentemente respecto de esta modalidad de PPP, cabe destacar lo siguiente:

- a. Constituye una modalidad de gestión indirecta de infraestructuras y/o servicios públicos, ejecutadas por el contratista en nombre y por cuenta propia y, como consecuencia de lo cual, asume todos los riesgos normales de la operación (⁵⁶); con las salvedades antes expuestas respecto de los modelos de concesiones subvencionadas, o bien, salvo pacto expreso en materia de asignación de riesgos entre las partes.

Claro está, que la circunstancia de que el concesionario asuma responsabilidad y la práctica totalidad de riesgos inherentes a la explotación de la concesión, no implica que la Administración se libere totalmente de responsabilidad frente a los usuarios. Al ser el concesionario gestor de una actividad o servicio de competencia o titularidad de la Administración, ésta deviene responsable solidaria o subsidiaria frente a dichos usuarios según los casos –ello, conforme a las legislaciones de los diferentes países- en caso de daños y perjuicios que les fueren ocasionados por el concesionario, por razones imputables a éste.

⁵⁵ Tal como se señala por parte de UNCITRAL, la participación pública puede conllevar ciertos riesgos que convendría examinar antes de asumirlos. En particular, existe el riesgo de que esa participación sea entendida como una “garantía pública” por los proveedores de financiamiento crediticio, pese a que por las características del tipo social, las entidades públicas aportantes de capital sean responsables, únicamente, hasta el tope del capital aportado a la sociedad concesionaria. De no desearse otorgar esa garantía implícita, convendría aclarar debidamente los límites de la participación pública en el proyecto (por ejemplo, mediante disposiciones contractuales o acuerdos societarios de Asamblea, adoptados por mayorías cualificadas establecidas al efecto en los estatutos sociales, que exoneren a la entidad pública accionista de suscribir nuevas acciones en el supuesto de que la sociedad concesionaria resuelva, por cualquier causa, ampliar el capital integrado). Al respecto, puede consultarse la denominada “Guía Legislativa sobre Proyectos de infraestructura con financiación privada” – Capítulo IV, “El Acuerdo del Proyecto”; documento elaborado en el 32º Período de Sesiones; Viena, 17/5/99 al 4/6/99.

⁵⁶ Básicamente, los denominados riesgos políticos, regulatorios, institucionales, ambientales, de desarrollo, de diseño y construcción, de puesta en marcha, de mercado, comercial, de sobrecostos operativos, tecnológicos, de impacto social, financieros, tarifarios, cambiarios, y de caso fortuito o fuerza mayor; entre otros.

- b. Los precios / tarifas a percibir de los usuarios por concepto de los servicios o actividades encuadradas en el objeto principal del contrato de concesión, están sujetos a una intensa regulación, según se ha dicho antes.
- c. Al igual que respecto de las modalidades anteriores, la Administración mantiene las potestades de control y regulatorias respecto de la actividad cumplida por el contratista.
- d. En general, los bienes afectados a la operación del contratista, en su gran proporción, integran el patrimonio público (⁵⁷). Esta nota, la concesión la tiene en común con todas las demás modalidades de PPP antes enunciadas, excepto con el leasing; que es –como se dijo-, el único modelo en el cual la propiedad formal de las infraestructuras afectadas a la operación la conserva el “dador” hasta el momento de hacerse efectiva por la Administración la opción de compra de las mismas mediante el pago del precio final, y en cuyo caso, consolida a la propiedad sustancial que ya ostentaba sobre las mismas, la propiedad formal.
- e. Los procesos de estructuración e implementación de este tipo de proyectos, desde sus inicios hasta la firma del contrato, suelen conllevar prolongados períodos de tiempo (usualmente, en el entorno de 1 año).
- f. Usualmente, los proyectos de concesión para la explotación de infraestructuras generan una gran cantidad de externalidades; sean de carácter positivo y/o negativo.
- g. Por lo general, se trata de proyectos que demandan la inversión de grandes sumas de dinero, en donde los agentes financieros juegan un rol fundamental (se trata frecuentemente de proyectos de inversión altamente apalancada, en donde el ratio de capital /deuda oscila el 20/80 a 30/70 del monto total de inversión requerida por los proyectos).
- h. Como consecuencia de lo anterior, estos proyectos demandan largos períodos para la recuperación total de las inversiones efectuadas con más una razonable utilidad (en general, los plazos de los proyectos de concesión se sitúan en el entorno de los 15 a 30 años). Pese a que dichos plazos pueden ser extendidos (lo que ocurre en procesos de renegociación) cabe destacar que, en general, las legislaciones de los diferentes países prohíben las llamadas “concesiones a

⁵⁷ En general, en una operación de concesión suelen existir los siguientes tipos de bienes: a) bienes que son de propiedad de la Administración con carácter previo a la firma del contrato y respecto de los cuales, ésta transfiere al concesionario su derecho de uso; b) bienes construidos por el concesionario que adquieren la calidad de bienes públicos desde el mismo momento en que son construidos; c) bienes que son de propiedad del concesionario durante todo el plazo de la concesión y respecto de los cuales, al vencimiento del contrato, está obligado a revertir a la Administración, sea en forma gratuita u onerosa; y d) bienes que son de propiedad del concesionario y respecto de los cuales, al vencimiento del contrato, seguirán siendo de su propiedad y debe, por tanto, debe retirar de la concesión.

perpetuidad”, estableciendo plazos de, por lo general, entre 50 y 75 años, como tope máximo al período por el cual se puede otorgar una concesión.

- i. Son afectados por una amplia gama de riesgos, que difieren en su incidencia en función de las circunstancias específicas de cada proyecto en particular.
- j. Dan lugar a un entramado de relaciones jurídicas entre diferentes tipos de sujetos, a saber: i) Estado, ii) contratista, iii) usuarios, iv) instituciones financieras, y v) contribuyentes. Todos ellos son parte esencial de estos procesos y, para que los mismos funcionen acertadamente, se requiere que se satisfagan las expectativas e intereses básicos de los mismos.

3.3.7 *Diseño, construcción, financiación y explotación de proyectos de infraestructuras a través de entidades instrumentales constituidas por la Administración*

Se trata ésta de una modalidad por demás usual aplicada en el desarrollo y ejecución de proyectos de inversión en infraestructuras, especialmente en el sector del transporte, y su peculiaridad está no tanto en las formas de contratación de operadores privados adoptadas para llevar adelante los mismos –pues en esencia, son básicamente las mismas modalidades PPP antes reseñadas–, sino en la forma de hacerlo; que consiste en interponer entre los contratistas privados y la Administración Pública, una entidad instrumental constituida “ad hoc”, de carácter público o público-privado.

En definitiva, a través de este mecanismo, se crea una entidad de propósito especial, a la cual se le asigna la competencia, delega o comete el diseño, construcción, mantenimiento, rehabilitación, ampliación, gestión y/o financiación de una determinada infraestructura de transporte y, a cuyo respecto, se habilita posteriormente la participación privada a través de alguna de las diferentes alternativas PPP antes enunciadas, según las necesidades de cada caso en concreto.

Se suelen alegar una serie de razones justificantes en defensa de la aplicabilidad de este tipo de estructuras, con independencia de que las mismas fueren de participación pública o público - privadas, tales como las que se indican a continuación:

- a. posibilidad de segregar los riesgos y futuros ingresos del proyecto, de los propios de otras actividades de las entidades públicas involucradas; fundamentalmente, en beneficio de los proveedores de financiamiento del proyecto;
- b. mayor flexibilidad operativa de este tipo de entidades; particularmente cuando las mismas son sujetos de derecho privado; brindando mayores posibilidades y agilidad en la toma de decisiones respecto a actuar directamente en el ámbito del sector público y sujeto a su régimen especial;

- c. posibilidad de agrupar diferentes entidades involucradas en un mismo proyecto, sincronizando y ajustando la adopción de resoluciones en dichos casos (absolutamente corrientes tratándose de proyectos de mancomunidades municipales, en donde por diferentes razones –usualmente, de carácter estratégico, político, económicas o financieras- sea necesario diseñar y estructurar un proyecto en común) ⁽⁵⁸⁾; y
- d. posibilidad de alcanzar mayores niveles de eficiencia en el diseño, administración y ejecución de un determinado proyecto de inversión en infraestructuras con participación privada, cuando por sus especiales características, resulte más beneficioso desde el punto de vista del interés público, el estructurar el mismo a través de un esquema de “unbundling” (o “desempaquetado”) involucrando a diferentes operadores para actividades distintas (por ejemplo, seleccionando un contratista para el diseño y construcción del proyecto; otro para la provisión de los equipamientos; y otro para gestionar la explotación de las infraestructuras), que reunir todas ellas en un mismo agente privado o grupo económico (por ejemplo, el otorgamiento de una concesión en cualquiera de sus versiones estándares) ⁽⁵⁹⁾.

En cuanto a la naturaleza de este tipo de entidades, según se ha adelantado, las mismas pueden ser de carácter público, o público – privado. La forma que en definitiva adopten, dependerá de las características y necesidades de cada caso en concreto.

Podrá tratarse de entidades constituidas para conducir diferentes proyectos de infraestructuras en el ámbito de un área geográfica determinada, o bien, para un determinado proyecto en particular.

En función de las características antes anotadas, aún cuando se trate de entidades constituidas 100% con aportación pública, lo usual es que funcionen en régimen de Derecho Privado, con una determinada capacidad de endeudamiento, y asumiendo responsabilidad por la inversión y gestión en infraestructuras dentro del marco de sus cometidos.

A. Entidades de titularidad pública

⁵⁸ Tal es, por ejemplo, el caso del “Foothill / Eastern Transportation Corridor” en California; ejemplo que más adelante se comenta en el numeral 4.2.4.1 de este documento, estructurado sobre la técnica conocida como “unbundling”. Para una mayor profundización sobre dicha técnica, puede consultarse el trabajo de TRUJILLO, J., COHEN, R., FREIXAS, X. y SHEEHY, R., llamado “Infrastructure Financing with Unbundled Mechanisms”; Washington D.C., Diciembre de 1997.

⁵⁹ En el trabajo antes citado, TRUJILLO, J., COHEN, R., FREIXAS, X. y SHEEHY, R., aluden a una serie de argumentos –algunos de ellos, discutibles- que, a su juicio, en determinados casos justifican la preferencia de la opción de licitar en forma independiente las distintas actividades involucradas en una operación de dicha naturaleza, frente a la alternativa de licitar el “paquete” completo de actividades en único procedimiento licitatorio, para otorgar, por ejemplo, a través de una concesión, el derecho a ejecutar todas ellas en forma integrada a un único promotor.

Este modelo de gestión y financiación de infraestructuras a través de Entes instrumentales de participación 100% pública, se ha venido desarrollando en los últimos años en diferentes países de Europa, como ocurre con las "Empresas Estatales de Desarrollo" en Alemania o las Sociedades gestoras de obras de infraestructura como GISA (Gestión de Infraestructuras S.A.), GIASA (Gestión de Infraestructuras de Andalucía S.A.) o ARPEGIO (Áreas de Promoción Empresarial y Gestión de Infraestructuras, S.A.) en España. GISA es una empresa pública de la Generalitat de Cataluña que desde 1990 viene desarrollando inversiones en obras públicas de infraestructuras, actuando en nombre propio y por cuenta de la Generalitat. Se rige bajo el principio de la empresa privada, sujeta y sometida a la legislación mercantil. GIASA tiene el mismo cometido que GISA en España.

ARPEGIO es otra empresa pública, propiedad de la Comunidad de Madrid, cuyo objeto social es "proyectar, desarrollar y construir, así como conservar y explotar, por sí o por terceras personas, en nombre propio y por cuenta de la Comunidad de Madrid, las obras públicas y los servicios que puedan desarrollar en relación con las infraestructuras que se estimen necesarias para el interés público en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid"; como ha sido en el caso, la construcción del Metro de Madrid (⁶⁰).

Estas sociedades anónimas han diseñado un sistema de contratación que les permite invertir por encima de sus posibilidades en cada momento. Para ello, acuden a una forma de endeudamiento incontrolado ajeno (de los contratistas o de las entidades financieras) en cuanto éste no tiene reflejo en los Presupuestos. Así, es práctica habitual de GISA - cuando le resulta necesario- concertar unos contratos de crédito, paralelos a los de ejecución de obra, en virtud de los cuales el contratista de esta última abre un crédito a GISA destinado al financiamiento de las certificaciones de obra que él mismo le curse, correspondiente al contrato de que se trate. Sin perjuicio de su innegable eficiencia, se trata de una mecánica muy criticada, tanto desde el punto de vista de la contratación como, sobre todo, desde el punto de vista de la financiación pública (⁶¹).

En este tipo de casos, la participación del sector privado tiene lugar suele tener lugar a través de posteriores contratos PPP suscritos entre dicho tipo de entidades y los respectivos agentes privados. Cuando la intervención de éstos últimos tiene lugar para la ejecución de actividades específicas ("*unbundling*") el rol fundamental desempeñado por la entidad instrumental es, como se puede apreciar, el de coordinación de la ejecución de las diferentes actividades (⁶²).

⁶⁰ CORTES MUÑOZ, Luis, en "El proyecto del Metro de Madrid, su financiación" en el libro Conferencia Internacional sobre "Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público" organizada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid.

⁶¹ Ver ARIÑO, por el concepto de "Unidad del Derecho" en Principios de Derecho Público Económico, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 41 y siguientes.

⁶² En el trabajo antes citado, TRUJILLO, J., COHEN, R., FREIXAS, X. y SHEEHY, R., proponen una serie de argumentos que, a su juicio, justificarían en determinados casos, la licitación de varias actividades en forma independiente utilizando vehículos como los que se vienen de describir, en lugar de

B. Entidades de participación mixta o público-privada

El modelo de mayor difusión en relación a este tipo de estructuras es, sin dudas, el de la Sociedad de Economía Mixta de origen francés; como entidad de derecho público pero a cuyo respecto se verifica la participación del sector privado. Posteriormente, variantes de esta modalidad, han sido implementados en diferentes países anglosajones como Estados Unidos y el Reino Unido, entre otros.

La alternativa de aplicación más frecuente para la constitución de vehículos de participación público-privada pasa por la utilización de sociedades amparadas por el derecho privado. Las formas y modalidades que estas alternativas pueden adoptar, variarán caso a caso. Ejemplos de aplicación de este tipo de figuras existen en diferentes tipos de proyectos de infraestructuras, incluyendo, claro está, el sector del transporte.

A modo de ejemplo, pueden citarse los casos de gestión de proyectos de ferrocarriles federales alemanes, a cargo de sociedades comerciales de capital total o mayoritariamente público, y el caso del proyecto de construcción y explotación de la Red Ferroviaria de Alta Velocidad en Italia, en donde la concesión se ha otorgado a una sociedad anónima en cuyo capital participan la Administración Pública y un grupo promotor privado en proporciones del 40% y 100% respectivamente ⁽⁶³⁾. Existen también ejemplos abundantes de entidades con participación accionaria estatal mucho más reducida aún, como lo constituyen algunos casos de proyectos de gestión de infraestructuras en el Reino Unido.

A su vez, la participación privada en dicho tipo de entidades, puede tener lugar de modo diverso, siendo algunas de las más comunes, las siguientes: a) constituyéndose primeramente la sociedad por participación 100% pública, que luego suscribe el contrato de concesión directamente con la autoridad pública competente para, en una fase subsiguiente, proceder a adjudicar una determinada porción de dicho paquete accionario a un operador privado determinado, sea a través de procedimientos licitatorios o de subasta privada o pública ⁽⁶⁴⁾; o bien; b) licitando y adjudicando una concesión, previéndose la participación de una o más entidades privadas en el capital integrado de la sociedad concesionaria, que deberá instrumentarse en el plazo previsto para ello en las bases de licitación o en el respectivo contrato de concesión; así como el tipo de aportes a efectuar en tal carácter por las entidades públicas.

hacerlo en forma integrada a un único operador, como por ejemplo a través de una concesión integral (DBFO); algunos, discutibles.

⁶³ En este sentido, ver JIMENEZ DE CISNEROS, Francisco en ob. cit., pág. 230 y sigtes.

⁶⁴ Es interesante, en este sentido, la experiencia reciente en Uruguay con el lanzamiento del proyecto de concesión vial denominado “Megaconcesión”, al que se hace referencia más adelante en este informe en el numeral 4.2.2.6 siguiente.

4. ANALISIS DE CASOS REPRESENTATIVOS DE APLICACIÓN DE MODELOS “PPP” A NIVEL MUNDIAL

4.1 Introducción

En el presente numeral 4. se ha efectuado el análisis de experiencias y casos representativos de la aplicación de diferentes técnicas y modelos PPP en distintas partes del mundo. Al respecto, la mayor focalización del estudio se centra en el comentario de experiencias y evolución de estos procesos en los ámbitos de la Unión Europea y de América del Sur; el primero, por cuanto constituye el ámbito en el cual han existido los mayores avances en la estructuración de modelos PPP; y el segundo, por cuanto constituye la razón objeto del presente estudio.

Por otra parte, según se ha adelantado, la otra razón de peso para considerar las experiencias de proyectos de tales características en los países latinos de la Unión, reside en el hecho de la más sencilla “asimilabilidad” de las fórmulas contractuales empleadas en tales casos, en el ámbito de los países de América del Sur; por ser los marcos normativos de éstos últimos, de similar tradición y concepción jurídica al de los primeros.

Sin perjuicio, como se ha anticipado en la Presentación, se analizan también en el numeral 4.2.4 experiencias puntuales de otras regiones como los Estados Unidos y Asia; fundamentalmente a título informativo pues, a juicio de los Consultores, no existen en dichos países prácticas en la materia sustancialmente distintas en su estructuración a las que se han planteado respecto de las otras regiones.

4.2 Unión Europea y América del Sur: Evolución y descripción de los principales procesos en la aplicación de modelos PPP

4.2.1 *Unión Europea*

En la última década, producto de las restricciones impuestas por el Tratado de Maastrich (1992) a los países miembros de la Unión Europea (UE), ha surgido con fuerza el modelo de participación público – privada en la gestión y financiamiento de la infraestructura. En efecto, este tratado compromete a todos los países miembros de la UE a mantener controlado el endeudamiento público, el cual no puede superar el 3% del PIB, lo que ha obligado a estos países a mirar nuevas fórmulas de financiamiento para el desarrollo de su infraestructura, dejando crecientemente de lado la financiación directa pública. De este modo, a partir de la primera mitad de la década de los 90, se comienza un proceso de privatización y de estructuración de proyectos de participación público – privada, especialmente utilizando el modelo de concesión, en la mayoría de estos países, donde los casos mas masivos de aplicación de esta herramienta han estado en España, Francia e Inglaterra.

A continuación se describen las experiencias más importantes de participación pública – privada impulsados en la Unión Europea.

4.2.1.1 Reino Unido

A. *Introducción*

El Reino Unido es una importante centro financiero y comercial a nivel internacional, su economía está entre las cuatro mayores de la Unión Europea. Posee grandes reservas de carbón, gas natural y petróleo, donde la producción de energía representa un 12% del PGB, Los servicios financieros y de negocios representan la mayor proporción del PGB, mientras que la industria continúa declinando en importancia, empleando sólo el 25% de la fuerza laboral. La economía ha estado creciendo en forma modesta pero constante en el último tiempo, con tasas de aumento del PGB de 2,7% en 1995, 2.2% en 1996, 3.3% en 1997. La preocupación mas importante en los últimos tiempos de la política económica del Reino Unido ha sido analizar los términos en que participarán en la integración económica de Europa que está en curso

La infraestructura de transporte en el país es extensa y altamente desarrollada, aunque en forma creciente se está deteriorando y con necesidades de rehabilitación. La red de autopistas del país totaliza cerca de 400.000 kms. de los cuales, mas de 3.200 kms son autopistas, la mayoría de las cuales son sin peajes. El país también posee 17,500 km de infraestructura ferroviaria, proveyendo un extenso servicio de transporte de pasajeros tanto urbano como interurbano, así como una parte creciente en el transporte de carga.

B. *Desarrollo de la infraestructura vial*

Debido a las restricciones legales y a la fuerte resistencia pública, el pago de los usuarios por la infraestructura vial en el Reino Unido se ha limitado a muy cortos tramos de la red vial, tales como puentes y túneles. Los únicos casos de pago directo de los usuarios son el Puente sobre el río Datford (The Dartford River Crossing), El Puente Skye (the Skye Bridge), y el segundo puente sobre el río Severn (The Second Severn River Crossing). Todas las autopistas actualmente en operación han sido financiadas con recursos del Gobierno central. El financiamiento privado esta recién siendo considerado a partir de la década pasada, con la aprobación en 1991 de una ley que permite el desarrollo de nuevas vías a través del cobro de peajes⁶⁵, impulsándose, a partir de entonces, cerca de 12 proyectos de infraestructura vial.

Inicialmente se creyó que los costos de construcción para estas nuevas autopistas podían ser recuperados a través del cobro de peajes a los usuarios, pero estudios posteriores sugirieron que las tarifas resultantes para permitir el financiamiento de los proyectos serían muy altas incentivando a los potenciales usuarios a permanecer en las actuales vías no tarifadas. Sin embargo, de acuerdo a los pronósticos realizados por el Departamento de Ambiente, Transporte y Regiones (Department of the Environment, Transport, and the Regions –DETR-), se espera que el tráfico vehicular crezca constantemente a través de esta década, y por lo tanto el gobierno continúa estando activo en incentivar al sector

⁶⁵ La ley es la “New Roads and Street Works Act”, que considera el financiamiento privado sólo para el desarrollo de nueva infraestructura vial, no pudiéndose cobrar a los usuarios en las vías existentes.

privado a que participe en el desarrollo de la nueva infraestructura vial, así como en muchos otros sectores en el Reino Unido.

C. Marco Legal y Regulatorio

El marco regulatorio y legal, para la participación privada en infraestructura, aprobado en 1991, enfatiza la competencia justa por la provisión del financiamiento, la recompensa para el sector privado de acuerdo al riesgo que toma y el requerimiento de que los beneficios obtenidos por la gestión privada deben ser mayores que los costos. Además se establecieron los derechos de las empresas privadas a cargo de la infraestructura y las obligaciones que tenían que estar estipuladas en el contrato de concesión para la construcción y operación de la infraestructura vial con la autoridad de Autopistas (Highway Authority). Los peajes se debían cobrar sólo en aquellas vías segregadas y con cruces desnivelados, y debían ser confirmados por el Ministerio de Transporte. Por otra parte, la Ley de Obras y Transportes de 1992 fijó claramente un proceso legal unificado para el desarrollo de propuestas de infraestructura. Bajo esta legislación, si el Ministerio de Obras y Transporte estima que un proyecto es de importancia nacional, éste debe ser sometido a un proceso de revisión y consulta pública y debe ser pasado por ambas cámaras en el parlamento antes que se comience la construcción.

Hasta ahora ultimo, las Agencias de gobierno han evitado usar contratos de concesión para proyectos de infraestructura, por las siguientes razones:

- el Gobierno siempre puede conseguir dinero a tasas menores que una empresa privada;
- los departamentos de gobierno probablemente son más eficientes en realizar los procedimientos reglamentarios relativos a las consultas públicas y otros procedimientos administrativos;
- muchos proyectos tienen altos riesgos globales;
- las autopistas son caras de construir y mantener;
- las autopistas requieren una inversión inicial muy alta y generalmente involucran largos periodos para la recuperación de la inversión; y
- existían dudas respecto a la eficiencia del concepto de peaje para las vías nuevas, considerando que la red de autopistas existentes es de responsabilidad del sector público y consecuentemente no es tarifada.

Sin embargo, en 1992, el Gobierno intentó cambiar esas posturas entre el sector público, a través de la introducción de la Iniciativa de Financiamiento Privado (Private Finance Initiative – PFI-). La PFI es un plan global del Gobierno para optimizar el valor del dinero que pagan los contribuyentes (“value for money”) a través de la participación de empresas del sector privado en todas las áreas de servicios públicos. Este plan fue

impulsado con el objetivo de entregar una mayor calidad y eficiencia en los servicios públicos, un objetivo que se busca lograr incentivando la participación y cooperación del sector privado en la provisión de infraestructura y en la operación de los servicios. En base a este concepto se estableció una guía práctica para el desarrollo de la infraestructura vial, considerando cuatro grandes principios:

- “value for money;”
- transferencia de riesgos y responsabilidades al sector privado;
- competencia por estimular la innovación y el aumento de valor; y
- especificación efectiva y clara de los servicios a ser proveídos.

Dentro del gobierno central, la PFI ha sido exitosa en promover conceptos innovadores para la obtención y alcance de importantes beneficios o “value for money” en áreas tan variadas como puentes y carreteras, cárceles, infraestructura hospitalaria, ferrocarriles y transporte público, servicios de tecnología de información, agua potable y alcantarillado, Infraestructura para la generación y distribución de energía y edificación pública. Se han considerado también importantes posibilidades para la aplicación de la PFI en gobiernos locales, aunque el marco regulatorio y financiero es diferente a ese nivel.

D. Uso del esquema “DBFO” y “Peaje Sombra” para el desarrollo de Infraestructura vial tarifcada

A uno y otros conceptos ya se hizo referencia en el numeral 3. anterior de este informe, al analizar distintas modalidades de PPP y sus respectivas variantes. Sin perjuicio, a los efectos de considerar su aplicación y peculiaridades en el caso del Reino Unido, se vuelve sobre dichas consideraciones.

a. El tipo de proyectos que típicamente se facilita por los cambios regulatorios descritos anteriormente, es el que se relaciona con la adquisición y uso, por parte del sector público, de servicios intensivos en capital. Estos proyectos se desarrollan generalmente por medio del mecanismo de Diseño – Construcción - Financiamiento y Operación (Design, Build, Finance, Operate – DBFO -), el cual especifica las responsabilidades y riesgos relacionados con la obtención y operación de un activo de capital que se transfiere al sector privado. El concepto DBFO intenta cambiar el enfoque de las agencias de gobierno desde la obtención de activos hacia la adquisición de servicios asociadas con ese activo. Idealmente, el nivel de pago realizado por el sector público tiene que estar basado en niveles de utilización y/o el rendimiento del operador privado en la prestación de los servicios a su cargo, según se ha visto en el numeral 3. anterior de este documento.

Tras pasado un riesgo adecuado al sector privado, el contrato DBFO intenta reflejar la “compra”, por parte del sector público, del acceso y uso del activo servido, mas que la obtención del activo de capital.

b. Un “peaje sombra” es definido como la cantidad pagada al operador de la infraestructura, basado en el número de vehículos que circulan. Pero esta tarifa no es pagada directamente por los usuarios de la infraestructura, sino que estos pagos provienen de una fuente que puede o no estar relacionada a los usuarios de la vía. Los pagos son típicamente proporcionales a los vehículos-kilómetros viajados sobre la infraestructura, mas que sólo el número de vehículos que circulan, y varían por el tipo de vehículos en distinta proporción de acuerdo a los costos de manutención y operación incurridos. De este modo el “peaje sombra” automáticamente destina los pagos periódicos o anuales a un operador de infraestructura en un plazo de concesión, asignando la responsabilidad inicial del financiamiento a la empresa privada, en lugar de la agencia del sector público que patrocina el proyecto.

El uso del “peaje sombra” implica que:

- el riesgo de tráfico puede ser asumido directamente por el inversionista;
- múltiples fuentes de ingreso pueden contribuir al financiamiento del pago del “peaje sombra; y
- las obligaciones del sector público relacionadas con el costo del proyecto pueden ser conocidas y garantizadas en forma anticipada, dentro de la precisión que dan los estudios de proyecciones de tráfico.

Los pagos del “peaje sombra” son negociados directamente con el Gobierno y son especificados en el contrato DBFO. Otros objetivos del sistema de “peaje sombra” son incentivar el desarrollo de una industria de operación de infraestructura vial y lograr la gradual aceptación del cobro directo a usuarios.

E. Proyectos de Infraestructura vial con financiamiento privado

Hasta la fecha se han promovido 18 proyectos de infraestructura vial con financiamiento privado, de los cuales, 11 están operando y 7 están en proceso de estudio. De los proyectos que ya están operando, los primeros tres corresponden a proyectos con financiamiento privado y con cargo directo a usuarios, y los 8 restantes corresponden a proyectos financiados privadamente y pagados por el Estado a través del mecanismo de peaje sombra. A continuación se entrega una descripción de estos proyectos:

a) Proyectos con financiamiento privado y cargo a usuarios

- **Dartford River Crossing:** Corresponde a la concesión para un segundo cruce vehicular sobre el río Dartford, cerca de Londres. El proyecto consiste en la

construcción de un puente de 2,8 kms , mediante un contrato BOT a 30 años. El puente fue construido para ampliar la capacidad vehicular en un corredor que antes estaba servido por dos túneles que Cruzan el río y que son parte de la circunvalación a Londres M25. El costo total del proyecto fue de US\$ 329 millones. Esta inversión fue completamente privada y se espera recuperarla a través del pago de los usuarios del puente, ya que existía una fuerte demanda de viajes motorizados en ese sector. El puente hoy tiene una demanda que supera los 120.000 vehículos diarios, lo cual es consistente con las estimaciones iniciales del Gobierno para el proyecto. De hecho, la alta demanda vehicular ha motivado la discusión de la posibilidad de aumentar la capacidad del puente en dos pistas en el borde norte y una pista en el borde sur. El puente utiliza un sistema de peaje electrónico para no disminuir la velocidad de autos y camiones. Aunque para el desarrollo de este proyecto se formó una compañía pública sin fines de lucro (a diferencia de los proyectos DBFO, con peaje sombra), éste ha registrado utilidades operacionales desde que empezó su operación en 1991, las cuales han sido utilizadas hasta aquí para el repago de la deuda.

- **Skye Bridge.** El puente Skye conecta la isla de Skye con la costa noroeste de Escocia, tiene una longitud de 2,5 kms. incluyendo las vías de acceso. La isla había sido largamente servida por ferries, pero el aumento creciente de los volúmenes de tráfico provocaba considerables demoras en las horas punta debido a la restricción de capacidad de los ferries. Este puente fue primero propuesto en 1930, pero la construcción de éste empezó a ser debatida a partir de los años 60. En 1969 un reporte de la provincia de Escocia recomienda la construcción del puente y que los fondos necesarios serían obtenidos a través del cobro de peajes. Este reporte detonó un debate público por 20 años, que consideró las tendencias de crecimiento del tráfico, las posibilidades actuales y futuras del servicio de ferries, los impactos económicos, socioeconómicos y ambientales del puente y las posibles soluciones alternativas.

En 1989 la Scottish Office anunció el proceso de licitación para la concesión del puente, el cual sería pagado por los usuarios a través del peaje, por un período que no excedía los 25 años. La tarifa para cada categoría de vehículo no excedería las tarifas vigentes que cobraban los ferries y serían reajustadas por IPC en el período de concesión. Como parte de este proceso se recibieron 10 solicitudes de precalificación de 6 grupos donde se incluían empresas Francesas, Alemanas y Danesas, además de Británicas. En Febrero de 1990 fueron precalificados 3 consorcios⁶⁶ para participar en la fase de licitación y presentar propuestas de detalles para el diseño, financiamiento, construcción y operación del puente, y en abril de 1991 se seleccionó en primer lugar al consorcio Miller-Dywidag, quienes en conjunto aportaban una fuerte experiencia previa de construcción en Escocia (Miller), y una vasta experiencia en el diseño y construcción de vigas de concreto para puentes (Dywidag).

⁶⁶ Trafalgar House, Morrison, y un joint venture entre Miller Civil Engineering y Dyckerhoff & Widmann AG (Dywidag) fueron los tres grupos seleccionados.

La estructura de financiamiento fue en base a una deuda senior de UK£ 15 millones a ser pagada en un plazo de 14 años, una deuda subordinada de UK£ 10 millones, pagada a 20 años y un equity nominal de sólo UK£ 1.000. El flujo de caja del proyecto, respaldado por las proyecciones de tráfico de los consultores del consorcio demostró que los ingresos futuros por peaje eran suficientes para cubrir el pago de la deuda en el período de concesión. Todos los documentos contractuales fueron firmados en diciembre de 1991, el cierre financiero se alcanzó en Enero de 1992, el proceso de consultas del público se realizó en Febrero de 1992 y la construcción comenzó en Junio de 1992. La fase de construcción del proyecto se terminó en Agosto de 1995 y el puente fue oficialmente abierto en octubre de 1995.

- **Second Severn Crossing:** Después de ocho años de diseño, planificación y revisiones oficiales, en febrero de 1992 se promulgó la ley para los puentes del río Severn (Severn Bridges Act), entre Inglaterra y Gales, estableciendo el marco legal para el desarrollo de un segundo puente tarifado de 5 kms. que cruzaba el río Severn. Este puente se ubica alrededor de 5 Km. aguas abajo del puente antiguo y fue abierto al tráfico vehicular en Junio de 1996. Debido a las fuertes corrientes y al alto rango de mareas, el cual es el segundo mas alto a nivel mundial, el puente se considera que ha sido uno de los que ha tenido mayor desafío técnico y de ingeniería.

Para la realización de este proyecto, se creó una compañía pública de propósito exclusivo llamada “Second Severn Crossing, Severn PLC” con el capital mínimo permitido de UK£ 100.000, dividido en partes iguales entre acciones ordinarias y preferentes. La estructura de la deuda comprendió: UK£ 131 millones en deuda subordinada; UK£ 150 millones de un crédito del Banco de Inversión Europeo, con un standby letter de UK£ 150 millones; y UK£ 190 millones de créditos bancarios con tasa variable.

El consorcio formado por John Laing Construction y GTM Europe fue el responsable del diseño y la construcción del proyecto de UK£ 330 millones, mientras que COFIROUTE, operador de carreteras Francés, fue contratado para operar y mantener ambos cruces, el nuevo y el antiguo, por 30 años. Así como en el caso del puente Dartford, al concesionario se le otorgó el derecho a percibir los ingresos del puente existente, para cubrir las pérdidas durante el período de construcción y cualquier déficit de ingresos en la etapa de operación.

Como un incentivo para que los inversores participaran en el proyecto, se permitió aumentar las tarifas hasta en un 6% sobre la inflación en el puente existente, durante el periodo de construcción. Una vez finalizada las obras, el aumento de tarifas es sólo con el IPC.

b) Proyectos con financiamiento privado y peaje sombra

Una vez que hubo consenso que el concepto de “peaje sombra” era un medio aceptable para repagar al sector privado el financiamiento de la infraestructura vial, la “Highway Agency” (⁶⁷), inició el proceso de licitación de los distintos proyectos. Se seleccionaron 8 tipos diferentes de infraestructura vial que incluían autopistas y autovías (los proyectos consideraban redes que con distinto énfasis requerían la construcción de nuevas vías, la ampliación de capacidad de algunas vías, y otras con relativamente alta componente de operación y mantenimiento).

El proceso de precalificación logró declaraciones de interés de 17 consorcios nacionales e internacionales y la Highway Agency seleccionó 4 licitantes para cada proyecto. En el proceso de licitación, se seleccionaron dos ofertas por proyectos, donde se puso la restricción que un licitante no podía ser seleccionado en mas de dos proyectos, con el objetivo de garantizar la calidad de todas las ofertas. A estos dos licitantes se les invitó a mejorar sus ofertas siguiendo una ronda de negociaciones directas con cada uno de ellos. El objetivo de esa negociación era obtener el compromiso de financiamiento de la oferta, de tal modo que el cierre financiero se produjera al poco tiempo después que se adjudicara la propuesta seleccionada.

La evaluación de las ofertas consideró, además del Valor Presente de los peajes sombra que solicitaba el licitante, el nivel de compromiso financiero demostrado en la oferta y el nivel de riesgo asumido por el privado. Con el objeto de comparar las ofertas, el Valor Presente solicitado por cada licitante fue calculado usando el método de simulación con análisis de riesgo de Monte Carlo, considerando las proyecciones de tráfico de los diferentes licitantes y la de la Highway Agency. Respecto al grado de compromiso financiero, aunque se consideró importante un alto grado de compromiso, la Highway Agency no solicitó demostración de acuerdos de este compromiso con el sector financiero, ya que se consideró que eso podía ser caro o ser irrealista, ya que los licitantes tenían que acordar un costo de financiamiento antes de saber las condiciones finales del contrato. En efecto, de acuerdo al proceso de licitación, la Highway Agency entregaba un borrador del contrato de concesión ("Model Contract"), donde establecía su visión sobre la distribución de riesgos del proyecto. Ya que esta distribución de riesgos no necesariamente era aceptada por los licitantes, se establecía como parte de este proceso de licitación un procedimiento de negociación para lograr un acuerdo sobre una distribución de riesgos aceptable para ambas partes. La mayoría de los riesgos no estaban sujetos a una discusión mayor (riesgos de construcción, operación y manutención, y los riesgos financieros después que se producía el cierre financiero), la Highway Agency específicamente invitó a los licitantes a hacer propuestas específicas respecto a los riesgos por defectos no previstos de la infraestructura existente y por acciones de protestas. Aunque inicialmente lo rechazaba, el sector privado aceptó, en la mayoría de los casos, el riesgo por defectos no previsto en la infraestructura existente y acordó compartir el riesgo por acciones de protesta en proyectos donde se pensaba que ese tema podía ser importante.

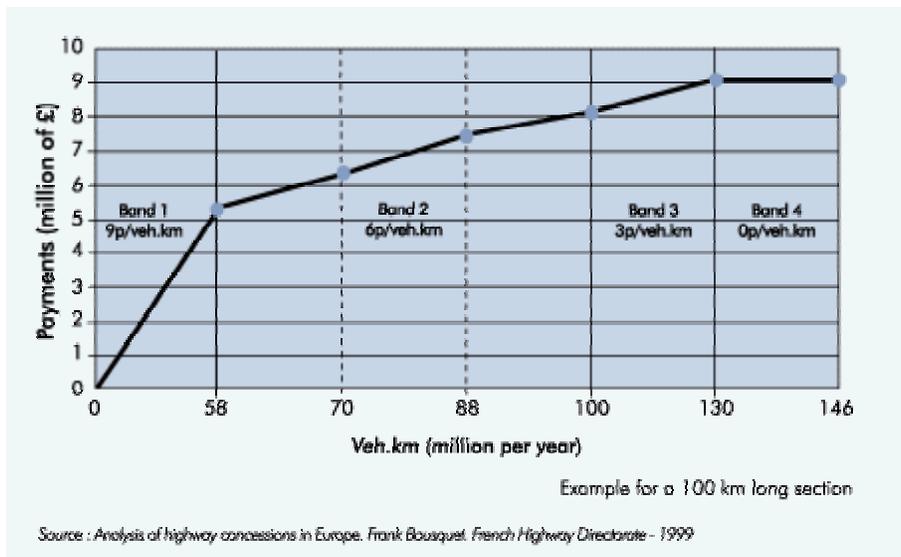
⁶⁷ Agencia, perteneciente al Departamento de Transportes del Ministerio de Obras y Transporte, que es responsable del desarrollo y operación de la red vial nacional en Inglaterra y Gales.

Respecto a la fiscalización de la calidad de las obras, éstas fueron aseguradas por el sector público, estableciendo que el concesionario tenía derecho a operar la vía, y a percibir peajes sombra, una vez que las obras estuvieran terminadas de acuerdo a las especificaciones del contrato y la Highway Agency le proveyera una licencia de operación de la infraestructura, si esto no sucedía, el concesionario no recibía los pagos estipulados durante la operación. Durante la etapa de construcción, con el objetivo de mejorar la evaluación del proyecto, se consideró pagar un porcentaje del peaje sombra, dando el incentivo al concesionario, para cumplir el cronograma de obras del contrato, de recibir el valor total del peaje una vez terminada las obras en tiempo y forma.

Respecto a la fiscalización en la etapa de operación, el contrato también incluyó elementos de cumplimiento de calidad en la forma de cargos al concesionario por pistas cerradas y premios por seguridad vial. El objetivo de los cargos al concesionario fue asegurar que el cierre de pistas fuera mínimo y que se produjera durante los períodos que causara menos molestias a los usuarios. Este cargo provocaría que las actividades de mantenimiento se hicieran preferentemente durante la noche, que se debía mantener un adecuado servicio de despeje en el invierno, y que el mantenimiento mayor debía ser eficientemente planeada y administrada. Respecto al premio por seguridad vial, este no fue considerado importante en estos primeros ocho proyectos, debido a las dificultades en desarrollar un adecuado benchmarking. Además de estos métodos de aseguramiento de calidad, la Highway Agency desarrolló un sistema de amonestaciones, el cual permitía a las autoridades emitir amonestaciones si el concesionario no tomaba las medidas apropiadas en términos de seguridad, calidad y entrega de información. Dependiendo de la estructura negociada para cada proyecto, la Highway Agency es capaz de poner término al contrato si un cierto número de amonestaciones es emitida en un cierto período.

Un elemento adicional considerado para ayudar al financiamiento privado de estos proyectos, fue la introducción de un sistema de tramos para el peaje sombra, el cual reduciría el riesgo de pérdidas del concesionario, en un escenario desfavorable y limitaría sus ganancias, en un escenario favorable. Esto significa que hasta un cierto nivel de tráfico, se paga una tarifa base, sobre ese nivel se paga una tarifa menor hasta alcanzar un cierto nivel, sobre el cual no se paga, es decir, cada vehículo adicional es libre de pago para el sector público. Ya que el sector privado colocaba libremente en su oferta, para cada año, el nivel tarifario y el volumen de tráfico de cada tramo (el cual fue fijado en términos reales para todo el período de concesión, en el contrato firmado), la Highways Agency fue capaz de establecer la cantidad de riesgo de tráfico que cada licitante estaba dispuesto a tomar y por lo tanto, el costo esperado que podía tener para el Estado.

En la figura siguiente se presenta un ejemplo de las bandas solicitadas por un licitante.



La posibilidad de estructurar el peaje sombra por tramos, permitió a los licitantes reducir la exposición al riesgo de los financistas, asegurando que el repago de la deuda se realice con los ingresos del primer tramo. Esto significa que estableciendo el tramo 1 para un escenario de tráfico pesimista, había un alto grado de certeza de poder cumplir con el repago de la deuda. Por otro lado, estableciendo el límite de tráfico del ultimo tramo, el licitante era capaz de limitar la rentabilidad sobre el capital, haciendo su oferta más competitiva. Adicionalmente, la posibilidad de cambiar los tramos de peaje sombra año a año y el uso de una relativamente alta tasa de descuento (era pública para todos) tenía el objetivo de incentivar a los licitantes a aumentar el plazo de la deuda y a respaldar el repago de ella lo mas posible.

El plazo de la deuda y el respaldo de su repago también se incentivó por el hecho que el Gobierno acordó sostener un “acuerdo directo” con los financistas. Este acuerdo otorgó una garantía implícita a los financistas, según el cual, en determinadas circunstancias, el Gobierno pagaría la deuda pendiente, en otras permitiría a los financistas intervenir la concesión y resolver los problemas antes que el Gobierno decida terminar el contrato de concesión.

Debido a que los ingresos en el primer tramo de peaje sombra tenían un alto grado de certeza (por el diseño de los tramos) y a que la concesionaria podía transferir la mayoría de los riesgos de construcción a sus subcontratistas, los financistas estuvieron dispuestos a aceptar estructuras de financiamiento con alto leverage (razón deuda/capital de 90/10) y períodos de repago altos. Por otra parte, pese a que técnicamente, la estructura de pagos por peaje sombra era ideal para colocación de bonos, el requerimiento de un cierre financiero en corto tiempo después de adjudicado el proyecto y los costos de emisión de los bonos, dieron como resultado que la mayoría de los contratos se estructuraran con deuda bancaria.

En la siguiente tabla se muestra el detalle de los 8 proyectos adjudicados por la Highway Agency mediante el mecanismo DBFO.

Proyectos de Infraestructura Vial con financiamiento privado y peaje sombra (DBFO)

Nº	Proyecto	Kms.	Inversión (£m)	Concesionaria	Estado de situación
	<u>Grupo 1</u>				
1	A69 Newcastle to Carlisle	84	9.4	Road Link Ltda.	En operación Mayo 1997
2	M1-A1 Motorway Link, Leeds	30	214	Yorkshire Link Ltda.	En operación Febrero 1999
3	A1(M) Alconbury to Peterborough	21	128	Road Management Services (Peterborough) Ltda.	En operación Octubre 1998
4	A417/A419 Swindon to Gloucester	52	49	Road Management Services (Gloucester) Ltda.	En operación Diciembre 1997
	<u>Grupo 2</u>				
5	A50/A564 Stoke to Derby Link	57	20.6	Connect A50 Ltda.	En operación Marzo 1998
6	A30/A35 Exeter to Bere Regis	102	75.7	Connect A30/A35 Limited	En operación Abril 1999
7	M40 Junctions 1-15	122	65	UK Highways M40 Ltd	En operación Diciembre 1998
8	A168/A19 Dishforth to Tyne Tunnel	118	29.4	Autolink Concessionaries (A19) Ltd	En operación Septiembre 1998

Enfoque de Portfolio de la Road Management Group Limited. Un ejemplo interesante de estructura de financiamiento mediante el enfoque de “Portfolio”, es el que utilizó una de las empresas adjudicatarias de dos proyectos DBFO, se trata del consorcio Road Management Group Limited (RMG). RMG fue creado para participar en las licitaciones del programa DBFO, en 1995, el Gobierno seleccionó a este grupo como un licitante adjudicatario en dos proyectos, la A1(M) entre Alconbury y Peterborough y la A419/A417 entre Swindon y Gloucester. En 1996 este Grupo estructuró el financiamiento de ambos proyectos en base a la emisión de un bono a 25 años, por UK£165 millones, respaldado en los ingresos de ambos proyectos. El underwriter de este bono fue Lehman Brothers and SBC Warburg, el cual también organizó un crédito por UK£ 111 millones a 25 años con el European Investment Bank (EIB), para proveer el saldo del financiamiento. Esta compleja estructura de financiamiento representó la primera experiencia de financiamiento de un proyecto PFI a través del mercado de capitales.

El financiamiento indicado lo gestionó la Empresa de propósito exclusivo Road Management Consolidates PLC (RMC), creada especialmente para este efecto y controlada 100% por el Grupo RMG, empresa que proveyó los fondos a las dos sociedades concesionarias a través de créditos par y paso. Estas sociedades concesionarias fueron las que firmaron los contratos DBFO con el Ministerio de Transporte⁽⁶⁸⁾. Esta estructura permitió la aplicación cruzada de dividendos de modo que los proyectos se podían respaldar entre sí. Esto también permitió ajustar más los niveles

⁶⁸ Las dos sociedades concesionarias son Road Management Services (Petersborough) Limited, que se adjudicó la A1(M), y la Road Management Services (Gloucester) Limited, que se adjudicó la A419/A417.

de cobertura de los intereses comparado con el caso del financiamiento separado, logrando bajar el costo de financiamiento total. Además, combinando las dos rutas de características diferentes, se diversifica el riesgo de la Empresa y, finalmente, al eliminar la necesidad de dos estructuras de financiamiento separada, se minimizó la duplicación de documentos y de negociación financiera y se creó un bono por una cantidad suficiente para mantener una liquidez adecuada y lograr su demanda en el mercado de largo plazo de bonos en libras.

F. Consideraciones finales

El primer programa DBFO iniciado por la Highway Agency fue claramente un éxito. En efecto, todas las partes parecen estar satisfechas, la revisión que hizo la oficina de auditoría del Gobierno ha indicado que los beneficios obtenidos por los contribuyentes son significativos (todos los proyectos fueron implementados de acuerdo al calendario fijado sin costo adicional para los contribuyentes). Los patrocinadores de los proyectos han sido capaces de obtener beneficios de su participación en el financiamiento y en las actividades operacionales. Además se logró mejor y mayor eficiencia administrativa tanto en la construcción como en la operación lo que ha permitido a los usuarios disponer de un mejor nivel de servicio y al sector privado tener ahorros de costos y aumentar su retorno global. Aunque un tercer grupo de proyectos fue cancelado por el gobierno en 1997, esta experiencia se ha replicado en otras partes, particularmente autoridades locales que han continuado desarrollando proyectos viales sobre la base de los PPP. En algunos de estos últimos proyectos, la autoridad se ha enfocado más sobre la calidad del servicio y mecanismos de pago por congestión y menos sobre distribución de riesgos. Finalmente, la introducción de los proyectos DBFO ha sido usada como ejemplo para la implementación de proyectos PPP similares en otros países, como son los casos de Finlandia, Portugal y recientemente Irlanda.

La experiencia descrita del Reino Unido, donde el modelo PFI considera, en su gran mayoría, la participación privada en la provisión de infraestructura y servicios sin cargo directo a los usuarios, sino a través del pago del Estado por ese servicio, presenta un buen mecanismo a tener en cuenta para aquellos proyectos donde es difícil implementar el cobro a usuarios, ya sea por razones técnicas o políticas.

Sin embargo, es necesario tener presente algunas consideraciones antes de aplicar este modelo al caso de infraestructura vial, las que se esbozan a continuación:

- En primer lugar, al no existir el cobro a usuarios, finalmente es el presupuesto público el que está comprometido, lo que tiene implicaciones para el orden fiscal de los gobiernos. La clave planteada por el modelo inglés es que exista “un grado razonable” de traspaso de riesgos al sector privado, y que se demuestre que el pago realizado a éste, corregido por el riesgo remanente, es menor que la gestión directa realizada por el Estado con todos los riesgos retenidos.

Esta evaluación, que resulta lógica en la teoría, no es tan clara en la práctica, ya que por una parte, el concepto de “grado razonable” de riesgo tiene una alta componente de subjetividad, para fijar el punto de corte de su tratamiento en las

finanzas públicas, y por otra, la información necesaria que se requiere, para poder evaluar los costos del Estado en cada situación de riesgo y poder compararlos con los pagos a realizar al sector privado. El Reino Unido ha desarrollado metodologías (⁶⁹) con este fin, la cual debe ser complementada con una buena fuente de información, para su aplicación

- En segundo lugar, al estar comprometido el presupuesto público, no existe un test completo de mercado que permita chequear por mas actores si se está impulsando un buen proyecto, lo que puede llevar a otro tipo de criterios para priorizarlos. En ese sentido, el modelo con cargo a usuarios es mas transparente, ya que se produce una relación directa entre quien se beneficia y la fuente de pago de ese beneficio.
- Un tercer elemento a destacar del proceso del Reino Unido se refiere a la forma de adjudicar los proyectos, la cual se basa en seleccionar un licitante ganador en base a una evaluación de una serie de variables y después iniciar una etapa de negociaciones con éste, lo que tiene la desventaja de ser un proceso subjetivo sujeto a interpretaciones y reclamos, y la ventaja que después de cerrar las negociaciones con este licitante, se tiene en muy poco tiempo el cierre financiero, despejando rápidamente todas las dudas respecto al financiamiento del proyecto.

Como resultado de estas consideraciones se puede decir que siempre será más conveniente, si las condiciones están para ello, que en el caso de infraestructura vial el modelo sea con cargo a usuarios, y que el modelo inglés es apropiado para otro tipo de infraestructura y servicios, donde el cargo a usuarios es más difícil, como lo es en los casos de infraestructura en el área de la salud y educación.

4.2.1.2 España

A. Introducción

En España, la asociación público privada para el desarrollo de infraestructura de transporte comenzó en los años sesenta con las primeras concesiones de carreteras entregadas al sector privado, a partir de esa fecha se detectan tres grandes etapas en la evolución de los PPP, una primera etapa, que va de 1960 a 1981, donde se da un gran impulso a la participación de privados en el desarrollo de la infraestructura, construyéndose en ese período un gran numero de autopistas concesionadas con peaje a usuarios; una segunda etapa, que va de 1981 a 1996, donde se paralizan las concesiones a privados, dando paso a un período de desarrollo de nuevas vías sin peajes, financiadas mayoritariamente con presupuesto público; y una tercera etapa, que va desde 1996, hasta la actualidad, donde ha vuelto a cobrar importancia la participación público – privada y el cargo a usuarios para el desarrollo de la nueva infraestructura. Este cambio de rumbo manifestado en la financiación de la infraestructura en España a lo largo de la historia de

⁶⁹ La metodología es conocida como “Public Sector Comparator” y es de amplia utilización en la toma de decisiones de proyectos PFI en el Reino Unido.

alguna manera tiene respuesta en las condiciones exógenas al país, como por ejemplo, la crisis de energía, la depreciación de la peseta de los años setenta, y las condiciones impuestas por la Unión Europea a sus países miembros, en los años 90; y en las características propias del país, como fueron los marcados cambios en la dirección política de la nación.

En los puntos siguientes se describe cada una de estas etapas.

B. La Participación Público- Privada entre 1960 y 1981

España cuenta con una legislación que permite la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura desde el año 1953 ⁽⁷⁰⁾, año en que se promulga la Ley de Concesiones que estableció una nueva normativa en la que se fijaba un plazo máximo de la concesión de 75 años, no previéndose ningún tipo de ayuda financiera por parte del Estado. Este marco legal sirvió de base para la primera concesión que se otorgó al sector privado en 1960, cuando se adjudicó un proyecto de túnel corto al noroeste de Madrid ⁽⁷¹⁾.

Dado el poco atractivo que tuvo esta normativa para los inversionistas privados, los cuales correspondían en su mayoría a empresas constructoras que no conocían el negocio de concesión, fue necesario reformular la ley anterior, promulgándose una nueva ley en 1960, la que amplió a 99 años el plazo máximo de concesión y admitió la posibilidad de otorgar subsidios, así como bonificaciones y exenciones fiscales. Con este nuevo marco legal se lanzó un plan de infraestructura vial que involucraba la construcción de 4.800 kms. de autopistas en todo el país. Estas autopistas serían construidas y mantenidas por el sector privado y financiadas con los peajes de los usuarios, dentro de este plan quedó establecido que las vías metropolitanas de menor estándar serían construidas por el gobierno central y no serían tarifadas. Para poder agilizar este programa fue necesario ajustar el marco jurídico vigente, optándose por la promulgación de una serie de Decretos Leyes específicos para cada una de las licitaciones que se convocaron. Esta normativa otorgaba un nuevo beneficio al concesionario, el seguro de cambio, instrumento por el cual, el Estado se comprometía a facilitar las divisas necesarias para el servicio de la deuda en moneda extranjera al mismo tipo de cambio vigente a la fecha en que ésta se adquirió, además se estableció la facultad que se pudieran depreciar los activos durante los primeros cinco años de explotación.

⁷⁰ Aunque los primeros antecedentes de concesiones de carreteras se encuentran en la Ley de Carreteras de 1877, que consideraba la posibilidad de conceder a particulares la construcción, financiación y explotación de las mismas, en la práctica este instrumento no pudo ser utilizado, por falta de interés del sector privado. En efecto, a pesar que esta ley consideraba la posibilidad que las Administraciones Públicas pudieran otorgar subsidios a las empresas concesionarias, comprometiendo recursos hasta por un monto de un tercio del presupuesto fiscal, cuando se llamó a concurso público para las primeras tres carreteras concesionadas (Madrid-Valencia, Madrid-Irún y Oviedo-Gijón), no hubo empresas interesadas.

⁷¹ Túnel de Guadarrama bajo el Alto del Puerto de los Leones de Castilla. Posteriormente esta concesión fue incorporada a la autopista de peaje Villalba – Adanero.

Con las modificaciones al marco legal descritas anteriormente, entre 1967 y 1972, se otorgaron cinco concesiones por una longitud cercana a los 900 kms., correspondientes a proyectos de una ruta por el Mediterráneo y a los accesos a las principales ciudades del país ⁽⁷²⁾. La mayoría de las sociedades concesionarias provenían del mundo de las empresas constructoras.

A la luz de la experiencia recogida del proceso que culminó con la concesión de los 5 proyectos indicados, fue necesaria la elaboración de una nueva legislación que, recogiendo toda la experiencia acumulada, y la de otros países, constituyera un sistema normativo general aplicable a todas las autopistas, sin que en cada caso fuera preciso acudir a una norma concreta y de carácter excepcional. Es así como en 1972 se promulga una nueva Ley de Autopistas, que entre sus principales medidas establece un plazo máximo de concesión de 50 años y que al menos el 45% de los costos de construcción sea financiado con deuda extranjera, al menos el 10% sea aporte de capital y un máximo del 45% sea asumido con deuda nacional, además establece que el Gobierno entregaría una garantía hasta por el 75% de la deuda extranjera, asumiendo el Estado todo el riesgo de variación de tipo de cambio ⁽⁷³⁾. Otras medidas establecidas en esta ley fueron: i) establecimiento de un marco para un adecuado control del gobierno tanto de las vías concesionadas, incluyendo especificaciones de estándar de construcción, operación y mantenimiento, así como también de la estructura de financiamiento del concesionario y los métodos de financiamiento; ii) especificación de las tarifas iniciales y fórmula de reajuste de éstas basada en el precio del acero, petróleo y mano de obra; iii) Establecimiento por parte del concesionario de un Fondo de Reserva Especial conformado por los excedentes de ingresos que se produjeran por sobre una rentabilidad del 10-15% del capital, este sistema se colocó con el objetivo de restringir los dividendos pagados por pago de capital a 6-15%; y iv) un requisito de que cada concesionario acumule un fondo de reserva, fuera de los ingresos operacionales, con el objetivo de asegurar que al final de la concesión, la sociedad concesionaria tendrá recursos suficientes para pagar toda la deuda y el capital.

Con estas nuevas modificaciones, el Gobierno extendió el programa de infraestructura vial en 1972, incorporando nuevas autopistas que alcanzaban del orden de 6,500 kms. de estos, independiente de los 900 kms. que ya estaban en servicio a esa fecha, se consideraba que 1.400 kms, se tenían que realizar en forma urgente, ya que se estimaba que para el año 1980 habrían alrededor de 2.000 kms de tramos congestionados en la red vial. Entre 1973 y 1982, el gobierno central concedió seis concesiones con una longitud total del orden de 1.000 Kms.⁽⁷⁴⁾, lo que sumado a las anteriores concesiones, daba una red vial concesionada del orden de 2.000 kms. a inicios de la década de los 80.

⁷² Los proyectos concesionados fueron: Puente sobre la Bahía de Cadiz, el cual está libre de peaje desde 1982, El Túnel del Cadí, en la actualidad operado por la Generalitat de Cataluña, Autopista Villalba-Adanero, Autopista Sevilla-Cadiz, y Autopista Tarragona-Valencia-Cadiz.

⁷³ En 1996, el Gobierno Español abandonó la cobertura de riesgo de tipo de cambio en los contratos e introdujo subsidios directos en su reemplazo.

⁷⁴ Los proyectos concesionados fueron: Autopista Zaragoza-Mediterráneo, Autopista Bilbao-Zaragoza, Autopista El Ferrol-Tuy, Autopista Burgos-Armiñón, Autopista León-Campomanes y Autopista Tudela-Irurzun.

La crisis económica desencadenada por la crisis del petróleo de 1973 dio origen a una reducción del tráfico y a un incremento tanto de los costos de construcción como financieros, lo cual dio lugar a que el programa previsto de concesiones de autopistas se viera frenado por falta de interés del sector privado, el cual vio reducir su rentabilidad económica por lo que no estuvo dispuesto a concurrir a nuevos proyectos, además acosado por los graves problemas económicos que entrañaban los negocios de concesión vigentes (⁷⁵).

C. El desarrollo de las Autopistas sin peaje entre 1982 y 1991

Con la llegada al poder de los socialistas en 1982, la política de desarrollo de autopista fue revisada, producto de lo cual se produjo un nuevo plan de infraestructura vial en 1984, el cual contemplaba básicamente la construcción de autovías de menor estándar no tarifadas como una alternativa a las autopistas concesionadas y tarifadas; asimismo se permitiría a los concesionarios de las autopistas existentes completar sus tramos no construidos, pero se estableció que no se concederían nuevas concesiones. La razón técnica dada para el cambio de política fue que las autovías de menor estándar podrían construirse por cerca de un tercio del costo de las autopistas, y que los volúmenes de tráfico en estas autovías no tarifadas no eran lo bastante alto para transformarse en una competencia de las autopistas tarifadas. Además se argumentó que otro factor para el cambio de política era las dificultades financieras de algunas de las más recientes concesiones, además de las grandes pérdidas que había provocado al gobierno la cobertura de tipo de cambio.

D. Retorno de la PPP a fines de la década de los 80

Como consecuencia de la nueva política impulsada por los gobiernos socialistas, quedó interrumpido el programa de autopistas a nivel nacional, a excepción de algunas prolongaciones de concesiones existentes. Sin embargo algunas comunidades autónomas, en concreto Cataluña y Galicia, haciendo uso de su competencia en esta área, otorgaron algunas concesiones de autopistas a fines de los 80, con ciertos beneficios otorgados por sus gobiernos regionales que hicieron atractiva la participación del sector privado (⁷⁶).

Por otra parte el planteamiento tan radical llevado a cabo por el gobierno socialista durante los primeros años de sus mandatos fue suavizándose con el tiempo, debido, entre otras cosas, a los problemas económicos y financieros del Estado, a la necesidad de nueva

⁷⁵ La situación de algunas concesionarias llegó a ser tan grave que en 1984 el Estado rescató tres de ellas – AUDE-NASA, AUDASA y AUCALSA, las cuales se integraron a la Empresa Nacional de Autopistas S:A – ENAUSA-, creada para este fin. Las restantes de ellas lograron superar la crisis y siguen manteniendo su carácter privado.

⁷⁶ Estas concesiones, corresponden a tres proyectos en Cataluña por 112 kms. (Autopista Terrasa-Manresa-San Cugat, Autopista Castelldefels-Sitges-El Vendrell y Túneles de Vallvidriera), y a dos en Galicia, por 60 kms. (Autopistas La Coruña-Carballo y Puxeiros-Val Miñor) .

y mejor infraestructura, a presiones de la Unión Europea y a que la participación público privada se estaba transformando en una tendencia mundial lo que llevó al reconocimiento de la necesidad de participación privada nuevamente en el financiamiento de la infraestructura.

Es así, que aparte, de las concesiones de las Comunidades autónomas de Cataluña y Galicia, el gobierno central otorgó una concesión de una autopista nacional en 1996,⁽⁷⁷⁾ produciendo con ello el retorno a nivel nacional de la participación público privada en infraestructura de transporte en España.

En los últimos años, el gobierno conservador, en el poder desde 1996, ha traspasado varios proyectos de infraestructura de transporte al sector privado para ayudar a reducir el déficit del Estado y de esa manera lograr que España pudiera cumplir con los requerimientos pedidos para integrar la nueva unión monetaria europea. En 1996 se modificó la Ley General de Autopistas que estaba vigente desde 1972, incorporando varias medidas para hacer mas atractiva la participación del sector privado, entre las que se destacan la ampliación del plazo máximo de concesión desde 50 a 75 años; la posibilidad que el Estado provea aportes u otro tipo de préstamos en la fase inicial de concesión; la posibilidad de ampliación del contrato de concesión para incluir nuevas inversiones; el alzamiento de la restricción que tenían los operadores de entrar en otro tipo de negocios relacionados con la autopista (por ejemplo, estaciones de servicio, restaurantes y centros comerciales): la creación de condiciones para la securitización de los ingresos futuros por peaje; y la eliminación de la garantía de tipo de cambio para los nuevos proyectos. Por otra parte, el gobierno puede modificar las condiciones de la concesión, como las tarifas, bajo el principio de mantener el “equilibrio financiero” del contrato.

A continuación se presentan algunas de las concesiones de autopistas de esta última etapa:

- La ruta turística que une el corredor A7 con la ciudad costera mediterránea de Cartagena, esta ruta tiene 75 kms, con una inversión de US\$ 233 millones, otorgada a un grupo de empresas constructoras regional
- Mejoramiento de 84 kms. de autopistas en la Comunidad Autónoma de Madrid con una inversión US\$ 55 millón. Concesión patrocinada por el gobierno regional de la provincia de Madrid (Comunidad Autónoma de Madrid, CAM), bajo un esquema de peaje de sombra.

Además, España está en un proceso de privatización de su empresa estatal, operadora de carretera, la Empresa Nacional de Autopistas (ENA).

E. Consideraciones finales

⁷⁷ Corresponde a la concesión de la autopista Málaga – Estepona, de 54 kms.

La experiencia descrita de España, en cuanto a modelo se asemeja mucho al modelo tradicional BOT, el cual posteriormente ha sido ampliamente utilizado en países de América Latina, especialmente en México y Chile. Dado el importante número de años que ha pasado desde que se realizaron las primeras concesiones de carreteras, España presenta una rica historia que permite sacar algunas lecciones de su proceso. A continuación se presentan algunas interrogantes que se podrían dar a la luz de la experiencia española y las lecciones que se pueden obtener de ellas:

a. La conveniencia o no de las autopistas con peajes

Una primera pregunta que surge de la vasta experiencia Española es el grado de conveniencia de financiar las autopistas con peaje, comparado con la alternativa de financiamiento a través de impuestos. Esta interrogante surge por el efecto distorsionador que se produjo en algunas redes viales, como consecuencia de una alta tarifa. En efecto, existieron ejemplos de casos de autopistas en que el peaje provocó un efecto nocivo en la asignación del tráfico a la red vial, lo que causó que la red en su conjunto no fuera usada en forma óptima (⁷⁸), situación que llevó a pensar a las autoridades que era más conveniente entrar en un proceso de negociación con el concesionario para que bajara las tarifas a invertir en aumentar la capacidad de las vías sin peaje.

Sin embargo, la lección entregada por este tipo de situaciones lleva a pensar en tener buenos mecanismos de regulación tarifaria, mas que a concluir que resulta más conveniente financiar nueva infraestructura directamente a través de impuestos, ya que esta alternativas está siendo usada cada vez por menos países.

b. La conveniencia de entregar concesiones a empresas privadas, respecto a crear empresas públicas

Esta interrogante, si bien es lícito planteársela, a la luz de los problemas de las concesiones españolas, la respuesta debe ir por el lado de como mejorar los mecanismos regulatorios para incentivar la participación de empresas que vean el negocio de largo plazo y no sólo empresas provenientes del mundo de la construcción que tienen un claro sesgo a ver sólo el negocio de corto plazo.

c. La conveniencia de dejar establecido desde el principio un mecanismo de reajuste de tarifas sin dar espacio a la flexibilidad.

En el caso español, el reajuste de tarifas fue basado en el precio de la inflación, a diferencia de otras experiencias donde el reajuste de éstas queda sujeta a la discreción de la autoridad. El caso español presenta la desventaja de que la autoridad no puede intervenir en casos de uso no óptimo de la red vial, pero como se dijo antes, se pueden implementar mecanismos regulatorios que sin incorporar mayores riesgos a la concesión,

⁷⁸ La literatura cita algunos ejemplos de corredores como los casos del corredor Cadiz-Sevilla y algunos de la costa del Mediterráneo, donde se producían situaciones en que las autopistas con peajes estaban relativamente descongestionadas mientras que las autovías libres de peajes estaban severamente congestionadas.

permitan un tratamiento más flexible de esta variable. El pasar al otro extremo donde esta variable queda al absoluto arbitrio de la autoridad le incorpora un grado de incertidumbre a la concesión que finalmente es cobrado por otra vía.

d. La conveniencia de entregar garantías versus entregar subsidios directos

Frente a proyectos de alto riesgo existe la posibilidad de mitigar esos riesgos a través de garantías entregadas por el organismo concedente, lo que permite bajar las expectativas de rentabilidad del proyecto; o, mantener esos riesgos en el sector privado y entregar subsidios directos para mejorar la rentabilidad del proyecto.

El gobierno español optó por asumir una buena cantidad de riesgos en los proyectos en la primera etapa del desarrollo de sus concesiones, en especial los relacionados con el riesgo cambiario frente a deuda en moneda extranjera. A la luz de esta experiencia, donde la activación de estas garantías provocó una gran cantidad de pérdidas al Estado surge la interrogante si pudo haber sido más conveniente haber dejado ese riesgo en el sector privado y haberles entregado un subsidio directo, para que la rentabilidad fuera acorde al riesgo traspasado, subsidio que se habría definido en condiciones de competencia y habría sido devuelto a través de la coparticipación de ingresos sobre una cierta rentabilidad.

Claramente este es un tema vigente en todas las agencias encargadas de diseñar proyectos PPP, en donde la respuesta no es trivial ya que se mezclan temas asociados a la disciplina fiscal, donde los Ministerios de Finanzas son reacios a entregar subsidios directos que quedan registrados en su contabilidad fiscal, con los temas de diseño del negocio del proyecto, donde no es trivial hacer un trade off entre el valor de la garantía y su subsidio equivalente.

e. La importancia de requerir un adecuado nivel de capital a las empresas concesionarias

La experiencia española demuestra que en la primera etapa de este proceso se solicitó un bajo requerimiento de capital para la formación de las empresas concesionarias (10%), lo que por una parte redujo el riesgo a los accionistas, pero por otra, dado el alto leverage, provocó problemas financieros a un número importante de empresas concesionarias. Sin embargo, la alternativa de haber requerido más aporte de capital en los primeros proyectos podría haber provocado la falta de interés del sector privado de participar en el proceso.

La lección de esta experiencia hay que sacarla en el contexto de las circunstancias en que se dio, donde se estaba en un proceso inédito de participación público privada, por lo que la flexibilización de algunos requerimientos para incentivar la participación en esta primera etapa es justificable y una vez consolidado el proceso, se pueden incorporar nuevos requerimientos.

4.2.1.3 Francia

A. Introducción

En Francia existe un programa de concesiones de infraestructura vial desde los años 50 y ha involucrado a Empresas Concesionarias Públicas y Privadas en la construcción de autopistas de altos estándar (autoroutes). Actualmente están en servicio mas de 7.000 kms. de autopistas con peaje, principalmente carreteras interurbanas, aunque últimamente han habido algunos desarrollos de autopistas urbanas en París y Lyon. Esta red de autopistas representa entre el 5 y el 10% de la red vial nacional francesa y ella transporta el 40% del tráfico. La red vial completa francesa sirve al 70% del tráfico de carga y al 90% del tráfico de pasajeros.

Al igual que el caso español, el desarrollo de las carreteras francesas ha estado sujeta a varios cambios durante su historia, producto de crisis económicas como de cambios políticos. Producto de esto se distinguen cuatro etapas de estrategias de desarrollo: una primera etapa, de 1955 a 1969, donde se impulsa el desarrollo de infraestructura vial a través de compañías públicas de autopista y se introduce el peaje para su financiamiento; una segunda etapa, de 1969 a 1981, donde se produce un proceso de liberalización y privatización de estas compañías; una tercera etapa, de 1982 a 1993, donde el Estado interviene a las Empresas y establece un sistema nacional de subsidios cruzados; y una última etapa que dura hasta ahora que considera una estrategia de desarrollo con acuerdos de planificación y consolidación del sector público.

A continuación se describen mas en detalle cada una de estas etapas:

B. Etapa 1, Instauración del peaje y creación de Empresas Públicas (1955-1969)

En la década del 50 Francia, presentaba un gran retraso en su infraestructura vial, por lo que enfrentaba una fuerte demanda de recursos que no era capaz de cubrir sólo con el presupuesto fiscal, por lo que en 1955 se promulga una ley que permite al Estado financiar nueva infraestructura vial (autoroutes) a través de otorgar concesiones para la construcción y operación de esta infraestructura y del cobro de peajes a los usuarios, en casos especiales. La concesión de la infraestructura sólo podía hacerse a organizaciones públicas locales, cámaras de comercio, o a empresas mixtas, en las cuales el interés público tuviera una mayoría de las acciones.

Producto de esta ley, se crearon, entre 1955 y 1963 las primeras cinco sociedades de economía mixta (SEM) (⁷⁹), en las que participaban las entidades locales (departamentos y grandes ciudades): producto de la concesión a estas compañías, la red vial de autopistas aumentó, en este período, de 170 kms. a mas de 1.500 kms., donde se destacan las concesiones de Lille-Paris (130 kms) y Paris-Lyon (160 kms.)

⁷⁹ *Sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes* o SEMCAs o SEMs, el nombre de "mixta" no es un buen nombre ya que estas empresas eran 100% pertenecientes a organismos públicos.

Las SEM se capitalizaron con un equity nominal del orden de US\$ 117,000 a US\$ 351,000, y los accionistas eran sólo organismos públicos, el gobierno central tenía una pequeña participación en cada empresa, no más allá del 20%. Debido a su limitado capital, inicialmente las SEM fueron apoyadas financieramente por el Estado a través de garantías para créditos, créditos puentes sin intereses para cubrir una parte de los costos de construcción y eventuales pérdidas de los primeros años de operación⁸⁰ y derecho a explotar vías existentes previamente construidas por el Estado.

Sin embargo, a pesar de los avances registrados en el período, no se cumplió el cronograma planificado por el plan maestro de autopistas de 1960, principalmente debido a las restricciones impuestas por el Ministerio de Hacienda a la cantidad de deuda que las SEM podían emitir, la construcción de carreteras no era prioridad para ese ministerio en ese período.

Para asegurar financiamiento para las SEM, en 1963 se creó la Agencia pública autónoma, Caisse Nationale des Autoroutes (CNA), para estructurar el financiamiento de las autopistas de peaje, la cual, para cumplir este objetivo, emitió bonos en el mercado local e internacional.

C. Etapa 2: Liberalización y Privatización de las Empresas Públicas (1969-1981)

Con el establecimiento de la ley financiera de 1969, se autorizó al Estado a conceder garantías para respaldar la deuda no sólo a las Empresas Públicas, sino que a cualquier Empresa Concesionaria de Autopistas, lo que permitió la incorporación de nuevos recursos financieros de origen privado y aumentar el dinamismo del sector.

En este período entran nuevas empresas a competir en las concesiones y se fortalecen las SEM, dándoles más autonomía y responsabilidad. Entre 1970 y 1973 se otorgaron 4 concesiones a empresas privadas de autopistas, que representaron del orden de entre 300 y 500 kms., a cada una. Los nuevos concesionarios fueron consorcios formados en su mayoría por grandes empresas constructoras francesas y bancos.

Por su parte, a inicios de 1970, las SEM se juntaron y formaron una nueva empresa, la Société Central d'Études et Realisations Routiers (SECTAROUTE), para asumir como constructor principal para la construcción, mantenimiento y desarrollo de autopistas. También las SEM coordinaron sus servicios de mantenimiento a través de su propia asociación, la Union des Sociétés Françaises d'Autoroutes à Peage (USAP). Durante la primera mitad de la década de los 70 las SEM se ganaron nuevas concesiones sin procesos competitivos.

⁸⁰ Los créditos otorgados por el Estado eran repagados por las SEM, si había flujo de caja disponible, después de cubrir los costos de operación, el servicio de la deuda, y dejar un fondo de reserva adecuado para contingencias. Los créditos de avance fueron significativos en un primer período, representando cerca del 30 a 40% de los costos de construcción.

A su vez, la asistencia del gobierno fue menos generosa que en el primer período de la década del 60, los créditos del gobierno central eran ofrecidos sólo para aquellos proyectos que se estimaban no rentables y tenían que ser repagados en algunos casos con intereses. Sin embargo, de todas maneras, la ayuda ofrecida fue significativa, por ejemplo, la primera empresa privada, COFIROUTE, estructuró el financiamiento de la inversión requerida para su concesión en base a un capital del 10%, un crédito blando del Estado del 10%, un crédito bancario, totalmente garantizado por el Estado del 65% y un crédito con garantías propias del 15%.

A partir de 1980, se suprimen las garantías del Estado, en este periodo se solicita a las empresas concesionarias que asuman nuevos tramos de autopistas mas deficitarios, subsidiados con los excedentes derivados de rutas existentes que ellos mantenían y que tenían una rentabilidad probada, como compensación por aceptar estos nuevos tramos, se extendieron los plazos de la concesión vigente, de esta manera se estableció una especie de subsidios cruzados dentro de la compañía.

D. Etapa 3: Crisis del sistema e intervención del Estado (1982-1993)

A principios de 1980, el sistema de concesiones de autopistas francés enfrentaba un serio problema de déficit de ingresos como consecuencia principalmente de la crisis energética de los años 70. Ante esta situación, el Gobierno intervino tomando una serie de medidas, entre las cuales la mas extrema fue la nacionalización de tres de las cuatro empresas privadas de autopistas, indemnizando a sus accionistas. Además, en 1982, estableció un Fondo especial para el desarrollo de obras públicas, con la autoridad para emitir bonos, también en 1982 creó una nueva agencia gubernamental, Autoroutes de France (ADF), que tuvo como misión hacer el clearinghouse para la entrega de créditos gubernamentales a las SEM y recibir los repagos de los créditos previos de estas empresas. La creación de la ADF permitió al Gobierno instaurar subsidios cruzados entre empresas e establecer una política de homogeneización de la tarifa con el objetivo de reducir las diferencias de peajes entre autopistas de un máximo de 3 a 1, a 2 a 1.

En 1986 se promulgó la ley de competencia y libertad de precios, la cual, entre otras cosas, permitió el control administrativo de todos los niveles de peajes. En 1987, el Gobierno anunció una inyección de capital de US\$ 350 millones a la ADF, para aumentar el equity del Estado en las SEM y de esa manera aumentar el control del Gobierno central. Sin embargo, al final de este período, el Gobierno Francés reconoció la renovada fortaleza de las empresas concesionarias y decidió que las futuras autopistas serían sin apoyo estatal.

E. Etapa 4: Acuerdos de Planificación y Consolidación del Sector Público (1993 en adelante)

En noviembre de 1993, el Gobierno Francés decidió acelerar el término de su plan maestro de autopistas, adelantando los plazos de 15 a 10 años, para la construcción de los 2.600 kms. de autopistas que faltaban del plan. Los elementos claves de esta nueva estrategia de desarrollo incluían:

- Recapitalización de las SEM aumentando el capital en US\$ 206 millones, utilizando el saldo del Fondo estatal de autopistas;
- Formación de tres Unidades de Operación Regionales, estas unidades se distribuyeron de forma homogénea para mantener un equilibrio económico entre ellas (por ejemplo, en términos de ingresos); y
- Establecer un vínculo contractual de largo plazo entre el Estado y el sistema de autopistas, con acuerdos de planificación a 5 años entre el Estado y las Unidades Regionales, estipulando compromisos entre las partes de objetivos en términos de obras, inversiones, tarifas y financiamiento.

En la actualidad, el sistema de autopistas de peajes de Francia está formado por nueve concesionarias, ocho SEM y una sociedad privada (COFIROUTE), además de la Caja Nacional de Autopistas (CNA), la ADF, la USAP, y la última entidad creada, la “Association des Sociétés Françaises d’Autoroutes”, que agrupa a las nueve concesionarias.

Las empresas concesionarias de autopistas actualmente gastan mas dinero que el Estado, en la construcción, mantención y operación de la red vial nacional. Sobre un total de 29.6 billones de francos (€4.5 billones) ⁽⁸¹⁾ invertidos en la red vial nacional en 1998, 63% provino del sistema de concesiones, comparado con el 20% del presupuesto nacional y el 17% de contribuciones regionales. Hasta 1998, las empresas concesionarias habían invertido en promedio 17 billones de francos (€2.6 billones) por año desde 1994. En el mismo período, ellas habían abierto al servicio 326 km de autopistas cada año, tendencia que se ha mantenido en los años siguientes.

Producto de esta estrategia, hacia 1999, Francia contaba con la red de autopistas más extensa y modernas del mundo, con cerca de 9,300 kms. de autopistas, de las cuales, 7,000 son concesionadas (800 km. A la empresa privada Cofiroute). Además se han concedido algunas concesiones de obras puntuales como es el caso de los puentes de Normandía y de la isla Ré y los túneles del Monte Blanco, del Fréjus y el túnel urbano Prado-Carénage en Marsella, el cual se presenta como ejemplo en el punto siguiente.

⁸¹ 1 euro = 6.55957 francos, en 1998

En las tablas siguientes se presenta un resumen de las autopistas y los kms. que tiene cada concesionario.

Tabla 1: Red de autopistas en Francia, 1999

Tipo de autopista	Km.
Autopistas Interurbanas	8.319
Con peajes	7.048
Sin peajes	1.271
Autopistas urbanas	990
Total red de autopistas	9.309

Tabla 2: Red de Autopistas por Concesionario

Concesionaria	Kms
SANEF	1.254
SAPN	354
SAPRR	1.707
AREA	366
ASF	1.976
ESCOTA	430
ATMB	107
ATRF	55
COFIROUTE	799
Total Red Concesionada	7.048

F. Ejemplo de Proyecto Túnel del Prado – Carénage en Marsella

a. Descripción del Proyecto

El proyecto del túnel Prado – Carénage en Marsella, consiste en la reutilización de un antiguo túnel ferroviario, para uso vial, transformándolo en un túnel vial de dos niveles de circulación. Este túnel tiene una función urbana e interurbana, ya que sirve para conectar las autopistas del Este (A50), del litoral (A55) y del norte (A7), además de dar fácil acceso a los barrios del centro y a los del sur de la ciudad de Marsella, reduciendo así, la congestión en el centro de la ciudad.

La inversión de las obras ascendió a 757 millones de francos (€115 millones).

b. Descripción de la concesión

El financiamiento y la operación de esta obra es completamente de responsabilidad privada, sin ninguna contribución de la ciudad de Marsella ni del Gobierno central, es una primera concesión otorgada a nivel local, gracias a una modificación de la ley en 1986 que permitió a las comunas recurrir a la concesión de obras y servicios públicos en su área de jurisdicción.

La concesión fue otorgada en 1990, por la ciudad de Marsella, a la empresa marsellesa del Prado-Carénage (SMPTC), por un período de 32 años, después la obra se regresará a la ciudad. La SMPTC es una sociedad anónima cuyo capital fue suscrito por tres empresas constructoras de obras públicas (Eiffage, Campenon Bernard – SGE y SOGEA) y veintidós establecimientos financieros internacionales (liderados por los bancos Indosuez, Dexia-Crédit Local de France y la Compagnie BTP).

El monto total de la inversión de la concesión fue de 1,136 millones de francos (€173 millones), desglosados de acuerdo a lo siguiente:

Costo de las obras	757 millones de francos
IVA	122 millones de francos
Gastos financieros	121 millones de francos
Gastos del Concesionario	66 millones de francos
Pagos a la ciudad de Marsella	70 millones de francos

Esta inversión fue cubierta por 20% de capital aportado por la Empresa y 80% a través de deuda de largo plazo.

Las obras se iniciaron en Enero de 1991, y el túnel se puso en servicio en septiembre de 1993, 5 meses antes de lo planeado.

Los ingresos del proyecto son exclusivamente los recaudados a través del peaje, se trata de la primera operación de recolección de peajes al interior de una ciudad en Francia, esto planteó dificultades técnicas y comerciales debido al reducido espacio urbano para acoger un número significativo de casetas de peaje manual y a los altos volúmenes de tráfico urbano. La SMPTC optó por favorecer los sistemas de pago automático, sobre todo el telepeaje, para ampliar la capacidad de cobro y mejorar el nivel de servicio de la concesión.

La tarifa máxima inicial permitida de acuerdo a contrato fue de 13 francos, pero de encuestas de opinión realizada por la concesionaria antes de la apertura del túnel, mostraron que ésta podía ser mal percibida, por lo que se decidió partir con un cobro de 10 francos durante el primer año, a pesar de lo cual, el tráfico observado resultó ser claramente inferior al proyectado (22,000 vehículos/día en vez de los 35,000 estimados).

Posteriormente, con una política comercial de calidad (abonos, comunicados y operaciones comerciales específicas), se pudo aumentar la tarifa sin bajar la demanda, hasta ponerse al nivel contractual de 13 francos. En el año 1999, después de casi 6 años de operación, se alcanzó el nivel de tráfico considerado para el primer año, o sea 35,000 veh/día, promedio entre el tráfico de fin de semana de 20,000 (estable desde el principio) y el tráfico de días hábiles, de casi 40,000 veh/días. El crecimiento sigue a un ritmo sostenido, donde el año 1999 había crecido 6% respecto al año anterior, pero se preveía que los fenómenos de congestión en la hora punta iba a ser una limitante.

Respecto a la distribución de riesgos, el concesionario se comprometió a construir y a operar la obra a su propio riesgo, la responsabilidad financiera es exclusivamente del concesionario, respaldada sólo por los flujos del peaje y por algunas instalaciones anexas. No existen subsidios ni garantías de ningún tipo por parte de los organismos públicos, para los créditos suscritos por el concesionario. Por otra parte, la ciudad no asumió ningún compromiso relacionado con el tráfico esperado, ni con los ingresos de operación.

Por otra parte, la ciudad se reserva el derecho, con aviso previo de un año, de comprar la concesión, después de haber transcurrido dos terceras partes del período de operación. El concesionario tendrá derecho en ese caso a una indemnización que compense la pérdida de utilidades esperadas.

Sin embargo, cualquier acción de la autoridad que altere el equilibrio económico-financiero del contrato, debe ser compensada, para mantener este equilibrio, el cual se calcula en el momento de la firma del contrato de concesión.

G. Consideraciones finales

La experiencia francesa, si bien es rica en cuanto a la cultura de autopistas de peaje, no lo es en cuanto a la participación privada en infraestructura, ya que el modelo francés está basado en empresas públicas y algunos casos aislados de empresas puramente privadas, pero al igual que el caso español, cuenta con un importante número de años de operación de su modelo lo cual permite sacar lecciones de este proceso. A continuación se presentan algunas interrogantes que se podrían dar a la luz de la experiencia francesa y las lecciones que se pueden obtener de ellas:

a. Importancia y valor de las predicciones de tráfico en proyectos de concesiones

Al respecto, la conclusión más importante obtenida luego del fracaso en este rubro en grandes proyectos de PPP ejecutados a través de concesiones (Eurotúnel y Orlyval, entre otros), y en donde la ejecución de estudios de factibilidad estuvo a cargo de prestigiosas firmas consultoras internacionales especializadas en tales áreas, consiste en la dificultad de hacer estimaciones en proyectos BOT, así como respecto de algunos TBOT basados en escenarios de potenciales crecimientos futuros de tráfico, dependientes a su vez de una serie de factores también futuros y, por ende, siempre discutibles.

A partir de las lecciones aprendidas en dicho rubro comienza, pues, un movimiento cada vez más fuerte tendiente a introducir un nuevo principio conceptual en la articulación de proyectos de concesiones, a saber, el de “asociación público-privada”; cuya consecuencia más importante consiste en el amplio abanico de modalidades de “ayudas” o contribuciones públicas diseñadas para fortalecer los proyectos de cara a acceder a mejores condiciones de financiación privada para este tipo de proyectos.

b. Conveniencia o no de subsidios cruzados entre proyectos

Una interrogante que surge de la experiencia francesa es la conveniencia de financiar proyectos de baja rentabilidad subsidiados por aquellos de más alta rentabilidad, mecanismo que utilizó este país, al interior de las compañías en la década del 70 y entre compañías en la década de los 80, para ampliar su red vial de alto estándar. La interrogante es si se justifica tener una red de alto estándar ampliándose a tramos donde no existe suficiente tráfico que lo requiera, por lo que esos recursos aportados por los subsidios de tramos más rentables podrían ser mejor utilizados en otros proyectos.

La lección a sacar de esta situación, es que es necesaria la evaluación social de los proyectos, tanto a nivel local, como a nivel de red, para decidir que tramos son mas convenientes de financiar.

c. Conveniencia o no de Autopistas con peajes

En este caso, a diferencia del caso español, no se produjo un efecto distorsionador en la red como consecuencia de la tarificación de las autopistas, de hecho se estimó que sólo entre un 6 y 7% de los usuarios potenciales se desviaban por las rutas no tarificadas.

Lo anterior se explica por los menores niveles tarifarios aplicados en Francia lo que refuerza la postura que esta situación pasa por un buen mecanismo regulatorio de tarifas.

d. Conveniencia o no de otorgar concesiones a Empresas Privadas

La experiencia Francesa refuerza la postura que el sector privado presenta ventajas para la gestión de estos proyectos de infraestructura, ya que los pocos casos de empresas privadas en Francia han resultado más convenientes que sus pares públicas. En el caso de COFIROUTE se demostró que esta empresa pudo construir más eficiente con un 23% de costos por kilómetro que el promedio de las SEM a principio de los 70.

e. Conveniencia o no de regular tarifas

El modelo francés considera que el ajuste tarifario quede a discreción del Ministerio de Finanzas, situación que es difícil de aplicar en otros casos por el riesgo de ingresos involucrados para la empresa concesionaria. En el caso Francés esta situación es posible por que finalmente la empresa tiene una rentabilidad acotada pero asegurada, transformándose en la etapa de operación en una especie de administradora de recursos,

por la cual recibe un pago sin riesgo, situación que no incentiva el control de costos ni mejorar la productividad.

f. Conveniencia o no de que la gestión ambiental la realice el sector privado

La experiencia francesa sugiere que el gobierno de ese país pudo haber considerado el concesionamiento a privados de autopistas en zonas urbanas por la creencia que las empresas privadas podían estar mejor preparadas para controlar las demandas de la comunidad y grupos ambientalistas. Sin embargo la practica demostró que no hubo ninguna reducción de las demandas locales por medidas de mitigación, por el hecho que estuviera una empresa privada al frente de la gestión ambiental.

La lección de esta experiencia es que el Estado no puede desentenderse de las consideraciones ambientales de los proyectos y que una buena gestión tanto a nivel público como privado puede equilibrar los requerimientos de la comunidad con los costos del proyecto.

4.2.1.4 Alemania

Alemania, hasta hace poco, había financiado la construcción de su infraestructura mayoritariamente a través del presupuesto público.

Sin embargo, desde la reunificación de las dos Alemanias, el Estado ha tenido que hacer frente a una multiplicidad de demandas por recursos públicos, provocando problemas financieros al Estado lo que ha llevado a las autoridades a investigar hasta que punto es posible, útil y necesario cambiar una política considerada como una tradición dentro del país. Ante esta circunstancia se inició un debate para estudiar formulas alternativas de financiamiento.

Producto de lo anterior, se han introducido dos modelos de financiamiento alternativo, el primero, establecido en 1992, cuando el Gobierno Federal y el Parlamento autorizaron el financiamiento de trece proyectos con recursos privados, denominado “Mogendorfer Modell”, y el segundo, establecido en 1994, denominado modelo de explotación o “Betreibermodell”; este último, en los hechos, similar a concesiones BOT.

A. Contratos “llave en mano” con financiación diferida o “sistema alemán” - “Mogendorfer Modell”

Este modelo, al cual ya se hizo referencia en el numeral 3.3.3 de este informe, denominado también en Alemania como modelo de pre-financiamiento privado, es conocido internacionalmente como “modelo alemán”, sigue la estructura de un “contrato llave en mano”, con pago diferido y ciertas especificaciones propias. En base a este modelo, la administración adjudica mediante licitación a un grupo privado la construcción y el financiamiento de la infraestructura, el cual debe asumir todos los riesgos durante el período de construcción, hasta su finalización, en cuyo momento, la

Administración toma la posesión de la infraestructura, obligándose al pago de la misma, mediante cuotas anuales, durante un período predefinido con 15 años como máximo. Estos pagos anuales pueden ser fijos o variables en función de la utilización de la carretera, pudiendo transformarse en determinado momento en peajes a pagar por los usuarios de la vía.

No se trata, por consiguiente, de un contrato de gestión de servicios, ni de gestión de una obra pública. El concesionario en este caso no explota ni gestiona la infraestructura, siendo la administración correspondiente la responsable de su mantenimiento y explotación.

El financiamiento consta de dos fases, una primera fase producida durante el período de construcción donde es el adjudicatario privado quien se encarga del financiamiento y de establecer las condiciones con una institución financiera. Y una segunda fase donde una vez terminada y entregada la obra a la Administración, ésta se compromete a reembolsar al adjudicatario los costos de construcción, el IVA correspondiente y los intereses acumulados, en hasta 15 cuotas iguales anuales, que incluirán además los intereses que empiezan a devengarse a partir de ese momento.

El adjudicatario puede transferir sus derechos de cobro contra la Administración a una institución financiera a efectos de obtener el financiamiento correspondiente para el proyecto, convirtiéndose el Estado en ese momento, en deudor de dichas entidades.

Debido a que, en principio, no existen mas ingresos que los provenientes de la Administración, el refinanciamiento debe estar asegurado por el presupuesto federal para carreteras, el cual debe incluir las correspondientes autorizaciones de compromiso de gasto con cargo al año en que se terminen las obras que permitan habilitar los fondos necesarios para hacer frente a los pagos correspondientes.

Hay que resaltar el carácter experimental y transitorio que se le dio a este modelo, considerando que admite la posibilidad de introducir en cualquier momento un régimen de peajes puros. En este sentido, la administración se reserva el derecho de amortizar anticipadamente los compromisos adquiridos.

Por otra parte, al tratarse en realidad de un contrato “llave en mano”, el cual no admite modificaciones al proyecto, los riesgos de construcción recaen sobre el adjudicatario al que no se le exigen mayores garantías por parte de la Administración. Sin embargo se hace necesario, por parte de la Administración, tener un estricto control y seguimiento de la obra, para lo cual se establece un proceso de emisión de certificados trimestrales que acreditan las obras realizadas en dicho período y que serán exigidos al contratista al finalizar la construcción, como documento que acredita la deuda.

Desde la perspectiva del sector privado, la aplicación de estos modelos ha presentado sumo interés, en la medida en que como consecuencia de su aplicación, los riesgos de explotación los toma la Administración y no la entidad contratista; factor especialmente relevante a partir de las experiencias de otros países de la Unión en cuanto a los errores

cometidos en estimaciones de tráfico realizadas (en este sentido, como ejemplos, pueden citarse los casos del “Enlace Orlyval” en París, y el proyecto del “Eurotúnel”, al que se hará referencia en el numeral 4.2.4.6 siguiente).

Por otra parte, en la medida en que la retribución la obtiene no de los peajes abonados por los usuarios sino directamente de la Administración, es posible para el sector privado financiar este tipo de proyectos a plazos más breves (en Alemania, hasta en un máximo de 15 años) que los que usualmente se prevén en el caso de proyectos de concesiones (en el orden de los 15 a 30 años); y, con ello, permitir financiar los proyectos en condiciones más adecuadas considerando los umbrales de plazos máximos usualmente conferidos por bancos de inversión y organismos multilaterales para proveer financiación con destino a proyectos de inversión en sectores de infraestructuras.

Este modelo fue aplicado al ferrocarril interurbano Munich-Inglostadt-Nuremberg y a 12 proyectos de autopistas, con una inversión de €12.3 billones. El modelo tiene la desventaja que compromete el presupuesto fiscal del Ministerio de Transportes por un período prolongado (ya que la operación queda registrada en la contabilidad fiscal como endeudamiento público), pero al menos hace posible realizar los proyectos más prioritarios en forma anticipada y aplanar los pagos de modo de no presionar en demasía los futuros presupuestos del Ministerio de Transportes; pudiendo converger con las pautas fijadas a partir del Tratado de Maastrich antes citadas.

B. Modelo de explotación o “Betreibermodell”

Este modelo surge como consecuencia de la promulgación de la ley sobre financiación privada de carreteras, en 1994, la cual autoriza la iniciativa privada a participar en la planificación, construcción, financiamiento y explotación de autopistas u otras obras públicas de carácter federal, asumiendo los riesgos correspondientes y permitiéndosele el cobro de peajes a los usuarios de éstas, es decir se trata de un modelo de concesión tipo BOT.

El entorno en el cual se aprobó la citada disposición fue el de avanzar en el proceso por romper la tradición de que dichas infraestructuras fueran gestionadas por el sector público; y habilitar, con ello, la participación privada en la gestión, ante los beneficios derivados por ello frente al modelo de ejecución de dichas actividades por parte del Estado.

La ley también admite la posibilidad de que el sector privado presente nuevas iniciativas no consideradas en el programa estatal, incluso admite la posibilidad a futuro de privatizar el sector de carreteras, por fases, e introducir peajes blandos que contribuyan a financiar la conservación.

Este modelo ha sido aplicado a 7 proyectos de autopista y a proyectos de estructuras como puentes, túneles y pasos montañosos. Se ha asumido que el Gobierno Federal deberá aportar financiamiento inicial de hasta un 20% de los costos de construcción de estos proyectos.

La mayoría de estos proyectos se encuentran en fase de estudio de factibilidad o en fase de licitación.

C. Consideraciones finales

La experiencia alemana se puede dividir en dos partes: la primera, mediante la implementación de modelos de contratos “llave en mano”, y la segunda, mediante sistemas de concesión tipo BOT antes mencionados.

El denominado “modelo alemán”, importado luego a diferentes países, ha demostrado indudables ventajas respecto de diferentes aspectos para los agentes privados; especialmente respecto de proyectos en que por diferentes causas, no resulta viable que éstos asuman en todo o en parte los riesgos de explotación del proyecto. Por las circunstancias antes señaladas, a través de esta modalidad de contrato “llave en mano” con pago diferido a 15 años, se compromete el presupuesto público por un período similar. Esta modalidad no involucra gestión privada en el largo plazo, por lo que los riesgos corresponden a un típico contrato de construcción de corto plazo, para después el Estado asumir la responsabilidad en el mantenimiento y operación de la infraestructura.

La segunda parte de la experiencia de Alemania corresponde al modelo tradicional BOT con cargo a usuarios, donde la ventaja que tuvo este país es aprender previamente de la experiencia de otros países con mayor tradición en estos modelos, como España y Francia, por lo que los temas económicos y técnicos que involucran estos proyectos contaban con amplio respaldo de experiencia previa.

Una lección general que se puede obtener de la experiencia alemana es la estrategia seguida por ese país de incorporar gradualmente la participación privada en el desarrollo de la infraestructura, aunque los motivos de esta estrategia fueron la gran tradición de este país de utilizar la vía de impuestos para este desarrollo, es una alternativa válida, para romper la inercia de la práctica pública en esta área, sólo es necesario tener presente la disciplina fiscal para acomodar compromisos en presupuestos futuros.

4.2.2 América del Sur ⁽⁸²⁾

4.2.2.1 Colombia

A inicios de los noventa el gobierno colombiano emprendió un completo plan destinado a modernizar la infraestructura del país mediante la participación de capital privado, en especial en las áreas de construcción y operación de nuevos proyectos, así como en la mejora de los ya existentes, para lo cual se estableció una completa normativa legal que sustentara la participación del sector privado en obras de infraestructura. En primer término se puede mencionar la Ley N° 80 de 1993 – Estatuto de Contratación-, en donde se estableció que el sector privado puede participar en contratos de concesión para construcción de una obra pública; en segundo lugar se puede citar la Ley 105 de 1993 – Ley de Transportes-, en la cual se establecen mecanismos para las obras por concesión., en particular a partir del Capítulo IV de la Ley en donde se autoriza el desarrollo de las concesiones, así como se establecen mecanismos para la financiación de las mismas como son los peajes, subsidios y las garantías de ingresos mínimos; finalmente, se puede mencionar la Ley N° 448 de 1998 –Ley de Contingencias-, que establece la normativa para la creación de un fondo de contingencias a objeto de hacer frente a las deudas contingentes del Estado, en este caso con los concesionarios.

Si bien el desarrollo mayor de las concesiones puede observarse en el sector vial, también se ha incorporado al sector privado en los sectores de transporte urbano, portuario y aeroportuario, toda vez que mediante el sistema de concesiones se entregó a privados la administración los terminales aéreos de las ciudades de Barranquilla, Bogotá, Cali, Cartagena y Medellín.

El programa de concesiones viales desarrollado en Colombia nació en 1992 ha contemplado tres distintas etapas que en su conjunto han implicado 21 proyectos, los cuales han comprendido la construcción de nuevas vías, así como la mantención y rehabilitación de algunos tramos ya existentes.

La evolución que ha mostrado el programa de concesiones viales desarrollado por INVIAS ha estado enfocada a asignar de manera más eficiente los riesgos entre el estado y los privados, pero lo cual se ha profundizado el nivel de información disponible al momento de llamar a licitación.

Así, en los proyectos que forman parte de la primera etapa de concesiones, los cuales estuvieron enfocados hacia obras de rehabilitación y ampliación de calzadas, principalmente en los accesos de las ciudades, el Estado otorgó garantías para cubrir los

⁸²

Se aclara que no se ha podido obtener información de Venezuela, Guyana y Surinam.

sobrecostos de construcción ⁽⁸³⁾, así como garantías de ingresos mínimos, dado que no se contaba con una adecuada información de demanda y los estudios de ingeniería no correspondían a la etapa de diseño, sino que sólo llegaban a Anteproyecto.

En la segunda etapa de concesiones viales la corrección de las deficiencias detectadas con la primera etapa permitió asignar de mejor modo los riesgos existentes en los proyectos de concesiones. A modo de ejemplo se puede señalar que los estudios de ingeniería correspondían a estudios definitivos y no a anteproyectos, sin embargo los estudios de demanda seguían siendo sólo estudios de tráfico.

En la tercera etapa se mejoraron aspectos que aún generaban incertidumbre sobre los inversionistas. Los estudios de demanda en este caso ya no corresponden a análisis de tráficos, sino que consideran otras variables que pueden tener incidencia sobre el comportamiento de esta variable, como es por ejemplo el valor del producto interno nacional y regional, además se continuó perfeccionando el proceso expropiatorio. En esta etapa se consideraron proyectos que conectan centros productivos con puertos, además del concepto de malla o red vial.

La evolución mostrada por el proceso de concesiones en Colombia se presenta en la tabla siguiente:

Item	Primera Etapa	Tercera Etapa
Diseño Ingeniería	Anteproyecto	A nivel de detalle
Expropiaciones	A cargo de INVIAS	A cargo de INVIAS, pero la gestión es de cargo de la concesión
Demanda	Sólo estudios del tráfico histórico	Se incorporan otras variables para estimar los tráficos.
Ambiental	No se contaba con permisos. A cargo de INVIAS.	Se cuentan con licencias.
Ingresos	Garantizados	Ingreso esperado
Análisis Financiero	A cargo del concesionario	A cargo de banca de inversión hasta el cierre financiero.
Plazo	Fijo	Variable

⁸³ Las garantías entregadas para hacer frente a los sobrecostos de construcción se explican porque los proyectos no contaban con diseños a nivel de detalle, no se había dado termino al proceso expropiatorio, además de no contar con licencias ambientales.

El mayor grado de profundidad de los estudios desarrollados previamente a la licitación, así como la experiencia adquirida se ha visto traducida en una modificación en la asignación de los riesgos, tal como se aprecia en la siguiente Tabla:

Item	Primera Etapa	Tercera Etapa
Riesgo Construcción	Garantías parciales ¹	A cargo de la concesión
Riesgo de Expropiaciones	INVIAS asume el sobre costo de las expropiaciones.	INVIAS
Riesgo de Tráfico	A cargo de INVIAS. Durante la duración de la concesión.	Parcial. Sólo en los primeros años ²
Tipo de Cambio	No garantizado	Parcial.
(1) El riesgo de construcción está a cargo del concesionario, con la excepción del riesgo geológico.		
(2) Cubre hasta los primeros 10 años de concesión.		

Cuadro de Proyectos Concesionados

Etapa	Proyecto	Km.	MMUS\$
Primera ¹	Santa Marta – Paraguachón	250	49
	Cartagena – Barranquilla	109	14
	Desarrollo Vial Oriente de Medellín	349	99
	El Cortijo – La Punta – El Vino	31	32
	Fontibón – Facatativá – Los Alpes	41	75
	Desarrollo Vial Norte de Bogotá	48	87
	Los Patios – La Calera – Guasca y El Salitre – Sopó – Briceño	50	9
	Malla Vial del Meta	190	47
	Bogotá – Cáqueza	49	94
	Girardot – Espinal – Neiva	150	39
	Armenia – Pereira – Manizales	219	131
	Sub-Total	1.486	676
Segunda ²	El Vino – Tobiagrande – Puerto Salgar – San Alberto	571	345
	Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca	470	159
	Sub-Total	1.041	504
Tercera	Zipaquirá - Santa Marta	942	160
	Malla Vial del Caribe	1.029	220
	Troncal del Llano	678	160
	Medellín - La Pintada	72	75
	Briceño - Tunja - Sogamoso	182	230
	Pereira - La Paila	74	50

	Bogotá - Buenaventura	509	950
	Rumichaca - Popayán	347	300
	Sub-Total	3.833	2.145
Total		6.360	3.325
(3) Formaron parte de este grupo las concesiones Barranquilla – Ciénaga y Buga – Tulúa – La Paila.			
(4) También incluía el proyecto Barranquilla – Ciénaga.			

4.2.2.2 Perú

Al igual que los demás países de la región, el estado peruano introdujo el sistema de concesiones a inicio de la década pasada para lo cual se dictaron un conjunto de cuerpos legales tendientes a facilitar la participación del sector privado en el área de la infraestructura pública. Así, ya en 1991 se promulgó el Decreto Ley N° 758, que regula la entrega de en concesión al sector privado las obras de infraestructura y servicios públicos. En 1996, a través del decreto legislativo N° 839 que junto con establecer que los inversionistas pueden recibir en concesión obras de infraestructura y servicios públicos a cambio de su explotación en por un período de tiempo, crea el organismo encargado de promover y dirigir las concesiones ⁽⁸⁴⁾. Finalmente, en los Decretos Supremos N°59-96 y N° 60-96-PCM, se unificaron las principales características del marco legal y reglamentario de las concesiones.

Con este marco legal, el gobierno peruano ha impulsado un conjunto de proyectos tendientes a incorporar al sector privado. Hoy en Perú existen concesiones aeroportuarias ⁽⁸⁵⁾, portuarias ⁽⁸⁶⁾, ferroviarias y viales.

En el caso específico de las concesiones viales, el gobierno peruano en 1994, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) entregó en concesión la carretera Arequipa - Matarani para su rehabilitación, mantenimiento y explotación del peaje, constituyéndose así en la primera concesión vial. Este proyecto de una extensión de 104,7 kms. y la inversión estimada ascendió a MMUS\$ 8, tenía inicialmente un plazo de 74 meses, el cual fue ampliado, inicialmente, a objeto de compensar al concesionario por los sobrecostos ⁽⁸⁷⁾ de construcción y en, posteriormente, debido a un cambio en la política de impositiva.

⁸⁴ Este organismo inicialmente fue la Comisión de Promoción de Inversión Privada (PROMCEPRI), pero en la actualidad su rol lo desempeña la Comisión para la Inversión Privada (COPRI) y en el caso particular de los proyectos viales, su rol está en manos de la CEPRI de redes viales.

⁸⁵ El 14 de febrero de 2001 se entregó en concesión el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de la ciudad de Lima al consorcio conformado por las empresas Flughafen Frankfurt Main AG (42,75%), Bechtel Enterprises International Ltd. (42,75%) y Cosapi S.A (14,5%). Esta última es una empresa de capitales peruanos.

⁸⁶ El terminal portuario de Manatari fue concesionado en mayo de 1999.

⁸⁷ Los sobrecostos ascendieron a un 30%.

En 1997, el Estado impulsó un amplio programa que contempla 12 proyectos de redes viales, bajo la modalidad BOT, cuya extensión alcanzaba a los 6.858 Kms., estimándose la inversión inicial en MMUS\$ 430 y la inversión total en MMUS\$ 1.400.

A. *Plan Inicial de Concesiones Viales*

Proyecto	Localidades	Kilómetros	Inversión Inicial (MMUS\$)
RED 1	Tumbes - Piura - la Tina, Autopista Piura - Sullana	580	20
RED 2	Chiclayo - Piura - Olmos	639	11
RED 3	Trujillo - Chiclayo - Cajamarca - Chota	620	81
RED 4	Pitivilca - Trujillo - Huaraz	788	33
RED 5	Lima - Pitivilca - Cerro de Pasco, Autopista Huacho - Pitivilca	605	49
RED 6	Lima - Cañete - Huancayo	571	63
RED 7	Cañete - Pisco - Pto. San Martín, Autopista Cerro Azul - Pisco	289	36
RED 8	Par vial costanera sur	926	35
RED 9	Circuito turístico del Cuzco, Puno - Desaguadero	647	11
RED 10	Par Vial - Autopista Ramiro Prialé	154	70
RED 11	Nazca - Camaná - Puerto San Juan	570	4
RED 12	Intercambio La Oraya - Huánuco - Tingo María	469	15
Total		6.858	429

La política establecida al definir estas redes era la de entregar proyectos que estuvieran compuestos por tramos rentables y no rentables de forma de generar subsidios cruzados al interior de una misma concesión. Sin embargo, la experiencia ha ido en contra de esta política, ya que hoy la autoridad ha separado los tramos rentables de los no rentables. Así, la red vial N° 5, que era la primera red que se entregaría en concesión para mediados del año 2001, fue reducida sólo al tramo Ancón – Guacho – Pativilca, lo que implicó una disminución en su extensión a 182 Kms y en la inversión total de MMUS\$ 164 a MMUS\$ 62⁽⁸⁸⁾; mientras que la red vial N° 6 fue redefinida. Ahora, contempla el tramo Puente Pucasana – Cerro Azul – Ica, con lo cual su extensión total pasó a ser de 282 Kms y la inversión total estimada es de US\$ 212.

⁸⁸ Esta concesión, cuya duración es de 25 años, fue adjudicada en mayo de 2002 al Consorcio Concesión Vial formado por las empresas Graña y Montero S.A.A. y JJC Contratistas Generales S.A. quienes ofrecieron un aporte al Fondo Vial equivalente al 5.5% de los ingresos por peaje.

B. Condiciones de licitación

Ambas licitaciones consideran la entrega de garantías de ingresos mínimos durante los primeros años de operación, así como la coparticipación en los ingresos de los concesionarios, la cual iría a formar parte del Fondo Vial ⁽⁸⁹⁾. Este factor, porcentaje sobre los ingresos brutos percibidos por concepto de peaje ha sido definido por las autoridades como la variable de adjudicación de las concesiones.

Otro proyecto sobre el cual se ha avanzado es la red vial N° 6. Las bases de licitación contemplan la entrega de una garantía de ingresos mínimos durante los primeros años de operación.

4.2.2.3 Paraguay

La República del Paraguay tiene una superficie de 406.750 Km². El país está dividido administrativamente en 17 Departamentos. Se distinguen dos regiones, la región Occidental (Chaco paraguayo) en el oeste de baja densidad poblacional y la región Oriental en el este. La Región del Chaco, que es una pradera baja, ocupa el 60% de la superficie total del Paraguay.

La población del Paraguay es de 5.2 millones de habitantes con un 56% de población urbana.

La estructura económica está basada en su mayor parte en el sector agropecuario y forestal. La fuente principal de ingreso de divisas en la actualidad proviene principalmente de la exportación granos de soja y de fibras de algodón y otros rubros secundarios como la madera, aceites vegetales, cárnicos, etc.

En la República del Paraguay, la modalidad principal de transporte está basada en la utilización de carreteras y alrededor del 85% del volumen total de transporte para los mercados domésticos e internacionales es realizado por carretera, debido a que este modo de transporte se ha desarrollado en forma más acelerada que los otros modos, como así también al sistema de comercialización interna y regional y a la facilitación del transporte puerta a puerta que ofrece el transporte por carretera

El marco regulador de las concesiones de obras y servicios públicos en Paraguay Ley N° 1618 de fecha 02 de Noviembre de 2000.

En Paraguay la concesión está definida como un acto jurídico de derecho público en virtud del cual los tres poderes del Estado, los gobiernos departamentales o las municipalidades delegan mediante mandato contrato en un concesionario seleccionado por licitación, la facultad de prestar un servicio o construir una obra de utilidad general.

⁸⁹ En el caso de la concesión Ancón – Guacho – Pativilca la garantía de ingresos mínimos entregadas cubre los primeros 10 años de operación.

La concesión será otorgada en todos los casos por tiempo determinado, durante el cual el concesionario resarcirá y remunerará su inversión.

Un primer elemento distintivo de la Ley de Concesiones de Paraguay (LCP) es que la concesión no es necesariamente una concesión vial, puede ser cualquier obra o cualquier servicio público y no está subordinado necesariamente a las competencias del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones. La Ley excluye expresamente los sectores de energía eléctrica, telecomunicaciones, agua potable y alcantarillado sanitario. Por otro lado, la concesión de obras y servicios se autoriza en cada caso por ley que se discute en el congreso.

El contrato de concesión establece la ejecución, conservación y explotación de una obra pública de propiedad fiscal, construida sobre bienes nacionales de uso público por un plazo predeterminado. Los costos de inversión y explotación son asumidos por el concesionario, los cuales son financiados con dineros provenientes de ingresos percibidos durante la explotación de las obras, que pagan los usuarios que reciben servicios de la concesión.

Los contratos de concesiones son del tipo BOT, y por tanto, consisten en comprometer la participación de privados en el diseño, la construcción y explotación de la obra pública. Una vez finalizada el plazo de concesión, las obras son entregadas al estado para ser nuevamente licitada.

La ley de Concesiones faculta al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, MOPC, para otorgar en concesión toda obra pública que sea de competencia de este Ministerio. El sistema de Concesiones establece que la adjudicación de las concesiones se efectúa vía licitación pública, nacional o internacional, sin embargo el MOPC podrá efectuar un llamado a Preselección de Licitantes cuando la obra manifieste especiales características de complejidad, magnitud y costo.

La adjudicación de la licitación de la obra se decide evaluando las ofertas técnicas y económicas, de acuerdo a requerimientos técnicos y sistema de evaluación que el MOPC establece en las Bases de Licitación.

Las rutas nacionales son 12 en total, y comunican las ciudades más importantes dentro del territorio nacional, entre las cuales se pueden citar: Las Rutas Nacionales Nos.2 y 7 que sirven como vía de comunicación para el flujo de cargas y personas con el Brasil, así también la Ruta Nacional No.1 que une la Capital y la ciudad de Encarnación y sirve como vía de comunicación para el flujo de cargas y personas con la Argentina, y de la misma forma la Ruta Nacional No.9 (Transchaco) y ramales, que atraviesan el Chaco para comunicarse con Bolivia, Brasil y Argentina.

Las obras viales son financiadas con fondos locales (como ser recursos ordinarios del Tesoro Nacional provenientes del cobro de impuestos, recaudación por el cobro de peaje, canon al gasoil destinado a la conservación de rutas, cobro de tasas especiales, bonos del Tesoro y compensaciones por los royalties de las hidroeléctricas) previstos para el efecto

en el Presupuesto General de Gastos de la Nación y con fondos provenientes de préstamos de organismos financieros internacionales, como ser:

- Banco Interamericano de Desarrollo (BID)
- Banco Internacional de Reconstrucción y fomento (BIRF)
- Corporación Andina de Fomento (CAF)
- Ministerio de Fomento de España
- Banco Japonés para Cooperación Internacional (JBIC)
- Gobierno Chino
- Banco Nacional de Desenvolvimento del Brasil (BNDES)

El Paraguay, como cualquier país en vías de desarrollo, tiene dificultades presupuestarias para cubrir el mantenimiento y mejoramiento de su red vial, por lo que el MOPC es consiente que parte de esta actividad debe pasar al sector privado.

Por tal razón el MOPC ha implementando el Sistema de Concesión en una de sus rutas de mayor tráfico, la Ruta Nacional No.7, en el tramo Caaguazú - Ciudad del Este, a través del cobro del peaje, por el Concesionario, durante 25 años.

El proceso de concesión comprende la implementación de segundas pistas, recapados, obras de mantenimiento a ser realizadas para mantener la carretera, durante todo el período de la concesión, servicios internos a la administración de la concesionaria que no se prestan en forma directa a los usuarios (operación de la carretera, control de pesos de vehículos, etc.) y servicios de asistencia al usuario (comunicación con el usuario, remoción de vehículos con averías o accidentados, primeros auxilios, etc.).

Actualmente esta en tratamiento en el Parlamento, la Ley de Concesiones. Una vez aprobada la Ley, se tiene también previsto efectuar estudios para la implementación del Sistema de Concesión para otros tramos de la Ruta 2 y 7 y la Ruta 6, a través del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC), organismo encargado de elaborar, proponer y ejecutar las políticas y disposiciones del Poder Ejecutivo referente a las infraestructuras y servicios básicos para la integración y desarrollo económico del país.

Entre las principales metas establecidas por el MOPC previstas alcanzar las Concesión de Rutas pavimentadas nacionales se puede destacar:

- a. Mejoramiento y mantenimiento de 810 Km, por 25 años con una inversión de US\$ 480.000.000.

- b. Mantenimiento de 835 Km., por 10 años con una inversión de US\$ 60.000.000.

Ambos totalmente financiados por el cobro de peaje a los usuarios de las vías.

Los tramos viales en estudio para concesionar en una primera etapa son:

- GRUPO N° 1.

1.1 Ruta N°1 “Mcal. Francisco Solano López”.

Tramo km 14/371. San Lorenzo – Puente Internacional “San Roque González de Santacruz”, Encarnación. Mejoramiento del tramo km 14/41, San Lorenzo – Itá. Ampliación y refuerzo de la calzada. Pavimentación de banquetas. Implantación de perfil urbano en San Lorenzo y en Itá. Reforma del empalme con el Acceso Sur.

1.2 Acceso Sur. Tramo Cuatro Mojones – Empalme Ruta N°1. De reciente construcción, se prevé solo obras de conservación y mantenimiento de rutina.

1.3 Inversión prevista en 25 años: 150 millones de dólares.

GRUPO N° 2.

2.1 Ruta N°2 “Mcal. José Félix Estigarribia”.

Tramo km 14/110. San Lorenzo – San José incluido el ramal a San Bernardino. Obras de mejoramiento, facilidades para giro a la izquierda en el tramo San Lorenzo – Itagua. Duplicación de la vía en el tramo km 41/110. Variantes de contorno en Ypacarai, Caacupe, Itacurubi, y San José.

2.2 Inversión prevista en 25 años: 170 millones de US\$.

- GRUPO N°3

3.1 Ruta N°2 “Mcal. José Félix Estigarribia”. Tramo km 110/132. San José – Cnel. Oviedo. Obras de mejoramiento, duplicación de la vía en el tramo km 110/132. Paso a desnivel en el cruce Cnel. Oviedo.

3.2 Ruta N°7 “Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia”. Tramo km 132/183. Cnel. Oviedo – Caaguazú. Obras de Mejoramiento, variante en el tramo Km 146/150. Ensanche y pavimentación de banquetas en el tramo km 178/183. Implantación de terceros carriles en rampas de ascenso.

3.3 Inversión prevista en 25 años: 75 millones de US\$.

- GRUPO N°4

4.1 Ruta N°6 “Dr. Juan León Mallorquín”. Tramo km 0/250. Encarnación – Empalme km 296,5 de la Ruta N°7 en el distrito de Minga Guazú. Obras de Mejoramiento, implantación de carriles adicionales en rampas de ascenso. Pavimentación del Acceso a Naranjal.

4.2 Inversión prevista en 25 años: 85 millones de dólares..

4.2.2.4 Ecuador

Los antecedentes de la política de concesiones viales en el Ecuador están relacionadas con tres elementos básicos. A partir del análisis de cada uno de ellos se determinan los

objetos de la política de concesiones, sus lineamientos e instrumentos estratégicos. Estos son los siguientes.

- El proceso de reformas estructurales emprendido en el Ecuador, en el contexto de la Modernización del Estado.
- El marco jurídico que regula la participación del sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; y,
- La programación de estudios y obras para el desarrollo de la infraestructura vial.

a. Las reformas estructurales en el Ecuador

El proceso de reformas estructurales en el Ecuador ha generado un cambio de roles en los sectores privado y público orientado a promover la eficiencia en la asignación de los recursos. En el nuevo esquema, el Estado se convierte en el ente rector de las diferentes actividades económicas, dejando al sector privado como principal protagonista de las actividades productivas.

En este contexto, el Estado Ecuatoriano ha emprendido bajo diferentes modalidades, un paulatino proceso de transferencia de actividades productivas al sector privado, pasando de estado ejecutor a estado regulador.

b. El marco jurídico de las concesiones

El Ministerio de Obras Públicas (MOP) es el responsable de la administración, control, supervisión y ejecución de obras en el sector vial ecuatoriano. Actúa además, como ente formulador y rector de las políticas en materia vial y como entidad concedente en los procesos de concesiones a través de la Subsecretaría de Concesiones.

El proceso de concesiones se sustenta en un marco jurídico integrado por:

- Ley de Modernización del Estado.
- El Reglamento de la Ley de modernización del Estado.
- Ley de caminos.
- Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social.
- Los demás cuerpos jurídicos - normativos que tienen incidencia directa o indirecta sobre este proceso.

c. Esquemas tarifarios e inversiones

Producto de las limitaciones presupuestales se generó el deterioro de la RVP debido a la falta de apropiados programas de mantenimiento. Motivo por el cual en los últimos años, se buscó alternativas de funcionamiento para mejorar la gestión vial. En ese contexto el sistema de concesiones, se constituye en una alternativa adecuada al nuevo ordenamiento jurídico, en el que se establece la posibilidad del cobro de tarifas por la prestación de servicios públicos a través de la empresa privada.

Históricamente, la relación del MOP con el sector privado se ha limitado a la contratación de trabajos para construir, rehabilitar y mantener vías, teniendo como referencia las normas generales de contratación pública.

La Concesión, definida en el marco de la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento General de Aplicación, constituye el nuevo mecanismo de relación con el sector privado, en el cual las empresas ya no aparecen como contratistas del Estado sino como socios del mismo.

d. Objetivos y lineamientos de la política

El Estado Ecuatoriano ha definido como su principal objetivo proveer servicios viales eficientes mediante la realización de transparentes procesos de concesión al sector privado buscando implementar los siguientes objetivos:

- Optimizar la utilización de la RVP, con énfasis en los sectores donde predominan las actividades económicas y de servicios.
- Garantizar al usuario la provisión de un servicio vial seguro y confortable.
- Establecer mecanismos de pago por los servicios viales bajo los principios de generalidad, proporcionalidad e igualdad.
- Promover la inversión privada en el financiamiento y desarrollo de la infraestructura vial.
- Reducir las presiones sobre el gasto público en infraestructura vial.
- Ampliar la infraestructura de carreteras y reducir la demanda insatisfecha por los servicios viales.
- Mejorar los niveles de articulación de las actividades económicas en las zonas de influencia de los proyectos de concesión.

La relación entre las entidades del sector público responsables del proceso de otorgamiento de concesiones y los posibles concesionarios se basa en los principios de libre competencia, equidad, neutralidad y no discriminación.

El sistema establece reglas claras, procedimientos estables y un comportamiento de los funcionarios encargados del otorgamiento y regulación de los contrarios de concesión que permita proteger los intereses de los usuarios y de la inversión realizada, de tal modo de generar confianza a los sectores que participan en los concesionarios.

Cada uno de los Contratos de concesión se orienta a permitir un equilibrio adecuado entre los intereses de concesionarios, financistas, usuarios de las vías, Estado y otros entes involucrados en el desarrollo de los proyectos reflejando en la concepción de una tarifa, plazos, esquemas de distribución de riesgos e incentivos de tal forma que permiten la recuperación de la inversión privada con una rentabilidad competitiva.

El sistema privilegia los intereses de los beneficios directos (usuarios de las vías) e indirectos (actividades articuladas a las de los usuarios de las vías). Para ello, se establecen normas sobre calidad del servicio del sistema vial.

Los concesionarios tienen el derecho a cobrar una tarifa y a percibir ingresos de tal forma de obtener una rentabilidad atractiva por las inversiones y operación.

La recuperación de la inversión se realiza a través de peajes pagados por los usuarios. En caso que los flujos sean bajos, entonces el Estado financia el faltante.

La localización y número de los peajes se decide tras una evaluación de la disposición de pago de los usuarios y un análisis del origen y destino del flujo vehicular.

El costo del peaje se establece sobre la base de un esquema de ingresos requeridos para compensar adecuadamente las inversiones realizadas por el concesionario y cubrir todos los costos que las vías concesionadas requieran en el largo plazo.

Se define una tarifa homogénea para tramos equivalentes de 100 kilómetros, en los que se establece un nivel de servicio estándar.

Los proyectos de concesión de carreteras contemplan plazos prolongados de inversión y explotación y en consecuencia involucran riesgos diversos que se distribuyen adecuadamente entre el Estado, el concesionario y el financista. Entre los diferentes riesgos asociados a un proyecto de concesión se pueden mencionar los riesgos regulatorios, crediticios, de construcción, financieros y otros.

En los casos en los que se justifique el otorgamiento de garantías por ingresos mínimos, el concesionario se compromete a entregar un porcentaje de los ingresos por recaudación excedente.

Bajo este enfoque, se considera que dado el carácter de negocio privado de los proyectos de concesiones viales, la aceptación de garantías es optativa para el inversionista.

Se establece un mecanismo de solución de controversias que permite conciliar los intereses contrapuestos, reconociendo o desestimando el derecho invocado. Para tal efecto, el órgano regulador contará con normas, procedimientos, instancias administrativas y mecanismos previos de acceso a las vías judiciales en los casos que sea necesario.

Las etapas constitutivas del proceso de adjudicación y contratación de las concesiones son:

- **Precalificación.**- Consiste en un llamamiento a interesados y determinación de las características generales legales, financieras y de solvencia técnica que habilite a las empresas interesadas para la siguiente fase.
- **Licitación.**- En esta etapa los calificados presentan sus ofertas técnicas y económicas para la ejecución de obras y la prestación de los servicios propios de las concesiones.

- Presentación de ofertas de Adjudicación.- Es el acto administrativo por el cual se declara a un oferente ganador del proceso licitatorio y por ende capacitado para la suscripción del contrato.
- Firma de contrato.- Es el acto por el cual las partes suscriben el contrato y corresponde a la fecha desde la cual se empiezan a generar derechos y obligaciones para las partes.

e. Principales proyectos

El Ministerio de Obras Públicas ha puesto en vigencia la Política Nacional de Concesiones Viales desde el año 1998, mediante la cual el Estado Ecuatoriano a través del Ministerio de Obras Públicas, ha definido como su principal objetivo proveer servicios viales eficientes mediante la realización de transparentes procesos de concesión al sector privado.

Existen a la fecha 1,212.36 Kms de vías adjudicadas concesionadas las que se observan en el siguiente cuadro:

Vías Concesionadas	Kms	Compañía
Rumichaca-Ibarra-Otavalo-Guayabamba	249.40	PANAVIAL S.A
Aloag-Latacunga-Ambato-Riobamba	153.00	PANAVIAL S.A.
By Pass Sto. Domingo-Sto. Domingo-Quevedo-Babahoyo-Jujan	214.26	DHM S.A
Naranjal – Peaje de El Guabo	69.90	DHM S.A
Durán-Tambo-El Triunfo-Bucay	92.50	CONCEGUA
Durán-Boliche	25.40	C ONCEGUA
Km. 26-Prto. Inca-Naranjal	55.00	CONCEGUA
Km. 26-Milagro	14.00	CONCEGUA
Milagro-Naranjito-Bucay	61.20	CONCEGUA
La Aurora-Samborondón	21.40	CONORTE
Durán – Jujan	45.50	CONORTE
Guayaquil-El Empalme	143.00	CONORTE
Km. 25.7 (Durán-Jujan)-Milagro	8.00	CONORTE
Autopista Gral. Rumiñahui ⁹⁰	11.50	COLISA-TRIBASA
Km. 35-(Guayaquil-Daule)-La Cadena	48.30	CONORTE

Fuente: Ministerio de Obras Publicas – Ecuador

En 1996 el MOP dio en concesión, 693 kilómetros de la RVP divididos en dos grupos:

⁹⁰ La concesionaria Tribasa colisa se encuentra intervenida, el dinero que genera el cobro del peaje, por el que circulan un promedio de 30 mil vehículos al día, se deposita en un fideicomiso que garantiza el pago de la deuda que se mantiene con el Banco del Pichincha. Del total recaudado, 15% se transfiere trimestralmente al Consejo Provincial para el mantenimiento de las obras viales.

- Grupo No. 1 con dos corredores viales, Rumichaca-Ibarra-Guayllabamba con una longitud de 256 kms y Alóag-Latacunga-Ambato-Riobamba con una longitud de 153 kms.
- Grupo No. 2, dos corredores viales, Intercambiador de Santo Domingo de los Colorados- Babahoyo-Jujan de 214 kms y Naranjal-Peaje el Guabo con una longitud de 70 kms.

En Agosto de 1998, IFC invirtió en la concesión de caminos costeros en Ecuador. La extensión del proyecto –que incluye 2 carreteras- es de 284 km. La concesión que tiene una duración de 17 años. El monto de inversión alcanzó los US\$ 50 millones, de los cuales IFC aportó US\$ 1,2 millones como capital, US\$ 11,5 millones como préstamo directo y colaboró en la sindicalización de otros US\$ 15 millones.

Destacable es el caso de concesión de la Provincia de Guayas (⁹¹) en el cual el Consejo Provincial del Guayas, encargado de la administración de las carreteras de la provincia, Las rutas son 10 en total de abarcando 514 Km. que partiendo de Guayaquil conforman radios orientados hacia los diferentes puntos cardinales. La mayoría de caminos son pavimentados y de doble tratamiento pero relativamente angostos para el tráfico que soportan, con curvas horizontales y verticales pronunciadas, en estado regular y malo.

El proyecto contemplaba inicialmente tres etapas en su desarrollo: diseño y trabajos iniciales, rehabilitación y explotación. En la primera etapa el concesionario debía realizar los estudios y diseños definitivos, además de comenzar el sellado asfáltico, el bacheo, la limpieza y señalización. La segunda etapa sería para la rehabilitación de las vías, completando la señalización, construcción de peajes y la instalación de servicios. La tercera etapa incluiría el mantenimiento rutinario, periódico y emergente, la señalización y servicio a los usuarios.

El proyecto se encuentra en su mayor parte en el valle del río Guayas y sus afluentes, zona relativamente plana ubicada debajo de la cota 300 msnm, con elevaciones menores. El escurrimiento superficial corresponde a la cuenca del río Guayas que tiene alrededor de 20.000 km², los dos ríos principales que la cruzan son el Daule que recoge las aguas del Este y el Babahoyo que junta las aguas del Oeste, ambos confluyen 50 Km. antes de la llegada al Golfo de Guayaquil formando el Guayas.

Cada año la cuenca baja del Guayas permanece bajo el agua semanas y hasta meses. El río arrastra gran cantidad de sedimentos que terminan depositándose en el estuario. El clima se caracteriza como cálido y húmedo, con lluvias entre 1.000 a 3.000 mm anuales, concentradas en el primer semestre y temperatura media anual superior a 23°. El área es muy sensible al fenómeno de El Niño, de ocurrencia aleatoria, que provoca precipitaciones que ocasionan dramáticas inundaciones con pérdidas de vidas y bienes.

⁹¹ Fuente: Reportaje Construcción Pan - Americana, Marzo 2000

Para licitar la concesión se optó por dividir los 514 kilómetros de rutas en dos grupos: El N° 1 Guayas Norte y N° 2 Guayas Oriental que comprenden los siguientes caminos:

- Guayas Norte:
La Aurora-Samborondón 21,4 Km. de 7.6 m de ancho de calzada; Durán Juján 45.5 Km. de 11 y 20 m de ancho de calzada; Nobol-LaCadena 48.3 Km. de 7.3 y 12.2 m; Guayaquil-El Empalme 143 Km. de 7,2 m; La T- Milagro 8 Km. de 7m.
- Guayas Oriental:
Durán-Bucay 92,5 Km. de 10 m de ancho de calzada; Durán-Boliche 25,4 Km. con 28,8 m de ancho de calzada; Km26-Naranjal 55 Km. con 9,25m de ancho; Km26-El Milagro 14 Km. de 7,2 m de ancho; Milagro-Bucay 61,2 Km. de 8,0 m de ancho.

En octubre de 1998 se firmaron, con las sociedades concesionarias CONORTE S.A. y CONSEGUA S.A., los contratos de concesión para la rehabilitación, mantenimiento, mejoramiento, ampliación, explotación y administración de 266 y 248 Km. de carreteras.

El plan inicial fue modificado y se optó por comenzar por la restitución de las condiciones funcionales que tenían las carreteras antes del fenómeno de El Niño, trabajos que iniciaron en abril y culminaron en diciembre de 1999. En esta etapa se incorporan obras adicionales como la reconstrucción adelantada de ciertos tramos. Durante esta etapa se desarrollan además los estudios de ingeniería definitivos que comprende 18 capítulos entre los que se incluyen desde la ingeniería de tráfico hasta la señalización y seguridad vial, análisis de pavimentos, obras de drenaje, estudios medioambientales y los relativos a toda la ingeniería financiera del proyecto como estudios de mercado y capacidad de pago. Posteriormente se implementaría la rehabilitación definitiva de la red vial conforme a los niveles de servicio previstos contractualmente. Para la recaudación de peajes se instalarán 12 estaciones que permitirán recuperar la inversión durante el período de concesión.

f. El Plan de Desarrollo de la Infraestructura Vial

El Estado Ecuatoriano a través del MOP se encuentra impulsando la formulación de un Plan de Concesiones Viales que promueva e incentive la participación del sector privado en la rehabilitación y mantenimiento de la RVP. El objetivo es recuperar los niveles de eficiencia que garanticen un mejor servicio y permitan el normal desarrollo de las actividades económicas del país.

Actualmente se encuentra en evaluación de concesionar una cartera de proyectos que contemplaran vías que eventualmente justifiquen la instalación de peajes, es decir que, en conjunto, superen un TPDA de 4,000 vehículos. De acuerdo con la experiencia, volúmenes de tránsito como el descrito anteriormente permiten que se ejecuten proyectos

cuya inversión en rehabilitación, operación, administración y mantenimiento esté alrededor de los 70 millones de dólares.

Se ha iniciado los estudios de factibilidad para la concesión del Proyecto Autopista de integración Nacional. Por otro lado, se ha realizado la convocatoria para iniciar el proceso de licitación de la concesión de la construcción y administración de las casetas de peaje en diferentes corredores de la red Estatal y la continuación de estudios para la concesión de varios tramos de la misma red, identificados como viables por la unidad de concesiones del MOP ⁽⁹²⁾.

Los resultados obtenidos con la priorización financiera, hecha con base en el menor aporte de Gobierno y mayor rentabilidad, frente a los resultados de rentabilidad económica, obtenidos en la evaluación que en este último aspecto se hizo de los proyectos preseleccionados, fueron los que a continuación se presentan ⁽⁹³⁾:

STO. DOMINGO - ESMERALDAS

Trazado : Santo Domingo - Esmeraldas

Inversión : US\$ 92.3 Millones

Longitud : 173 Km.

Anillos Viales : Anillo 1

Localidades Beneficiadas : Santo Domingo, Quinindé, La Unión, La Concordia, Esmeraldas

Principales Obras :

Diseño, Rehabilitación, Mantenimiento, Infraestructura de Operación, Control Calidad, Supervisión, Administración, Servicios Auxiliares

Actividades Económicas en que impacta : Agroindustria, Turismo, Petróleo, Manufactura

RED VIAL MANABÍ N° 1

Trazado : Esmeraldas – Santo Domingo - Chone

Inversión : US\$ 123.6 Millones

Longitud : 313 Km.

Anillos Viales : Anillo 2

Localidades Beneficiadas : Esmeraldas, Viche, Quininde, La Unión, La Concordia, Santo Domingo, El Carmen, Flavio Alfaro, Chone

Principales Obras : Diseño, Rehabilitación, Mantenimiento, Infraestructura de Operación, Control Calidad, Supervisión, Administración, Servicios Auxiliares
Actividades Económicas en que impacta : Agroindustria, Comercio, Pesca, Turismo

VÍA DE INTEGRACIÓN NACIONAL

Ubicación : Conexión entre la Frontera con Colombia, Quito, Guayaquil, Frontera con Perú

Inversión : US\$ 500 Millones

Longitud :800 Km.

⁹² Fuente:MOP-Ecuador

⁹³ Fuente:MOP-Ecuador

Anillos Viales : Anillo 1, 2, 3
Localidades Beneficiadas : Todo el País
Principales Obras : Autovías, By Passes, Distribuidores de Tráfico

RED VIAL MANABÍ N° 2

FASE 1 : Chone - Portoviejo - Manta - La Cadena

Trazado : Chone - Portoviejo – Manta - La Cadena

Inversión : US\$ 108.3 Millones

Longitud : 196 Km.

Anillos Viales : Anillo 2 y 3

Localidades Beneficiadas : Chone, Tosagua, Rocafuerte, Portoviejo, Manta, Jipijapa, La Cadena

Principales Obras : Diseño, Rehabilitación, Mantenimiento, Infraestructura de Operación, Control Calidad, Supervisión, Administración, Servicios Auxiliares

Actividades Económicas en que impacta : Agroindustria, Comercio, Turismo

FASE 2 : Portoviejo - Quevedo

Trazado : Portoviejo - Quevedo

Inversión : US\$ 58.9 Millones

Longitud : 148 Km.

Anillos Viales : Anillo 2 y 3

Localidades Beneficiadas : Portoviejo, Abdón Calderón, Pichincha, Empalme, Quevedo

Principales Obras : Diseño, Rehabilitación, Mantenimiento, Infraestructura de Operación, Control Calidad, Supervisión, Administración, Servicios Auxiliares

Actividades Económicas en que impacta : Agroindustria, Comercio, Turismo

CUENCA - SANTA ROSA

Trazado : Cuenca - Santa Isabel – Machala - Santa Rosa

Inversión : US\$ 85.4 Millones

Longitud : 175 Km.

Anillos Viales : Anillo 3

Localidades Beneficiadas : Cuenca, Girón, Santa Isabel, Pasaje, Machala, Santa Rosa

Principales Obras : Diseño, Rehabilitación, Mantenimiento, Infraestructura de Operación, Control Calidad, Supervisión, Administración, Servicios Auxiliares

Actividades Económicas en que impacta : Agroexportación, Comercio, Turismo

ANILLO ORIENTAL QUITO

Trazado : Ciudad de Quito

Inversión : US\$ 35 Millones

Longitud : 70 Km.

Anillos Viales : Anillo 1

Localidades Beneficiadas : Quito, Provincia de Pichincha

Principales Obras : Construcción de un Anillo de Circunvalación

Actividades Económicas en que impacta : Comercio, Industria, Turismo

RIOBAMBA - CUENCA

Trazado : Riobamba - Cuenca

Inversión : US\$ 117.6 Millones

Longitud : 234 Km.

Anillos Viales : Anillo 3

Localidades Beneficiadas : Riobamba, Guamote, Alausí, Chunchi, Suscal, El Tambo, Cañar, Biblián, Azogues, Cuenca

Principales Obras : Diseño, Rehabilitación, Mantenimiento, Infraestructura de Operación, Control Calidad, Supervisión, Administración, Servicios Auxiliares

Actividades Económicas en que impacta : Agroindustria, Comercio, Industria de Cerámicos

4.2.2.5 Bolivia

El sistema vial en Bolivia está administrado por organismos de diferente nivel jerárquico de la Administración del Estado, a cada una de esos niveles le corresponde un subsistema que está asociado a la categoría de caminos que conforman ese subsistema.

El más importante de estos subsistemas es el denominado Red Fundamental constituida por los mejores caminos que existen en Bolivia.

La Red Fundamental con una longitud aproximada de 10.000 Km. vincula las principales capitales de departamento del país.

Jerárquicamente la administración de las carreteras que comprende mantenimiento, conservación, desarrollo, control y administración está a cargo de entes Públicos que tienen diferentes responsabilidades en el contexto general de la red vial boliviana. El Servicio Nacional de Caminos, es la entidad que desde la década de los años sesenta participa activamente en la administración de las carreteras.

A partir de los procesos de desregulación y privatización aparecen organismos para instrumentar el proceso, tal el caso de las concesiones y los organismos de regulación que se identifican como Superintendencias.

Actualmente coexisten el Servicio Nacional de Caminos, la Dirección General de Concesiones y la Superintendencia, que desarrollan actividades complementarias definidas por la respectiva legislación.

A. Servicio Nacional de Caminos (SNC)

El Servicio Nacional de Caminos creado en 1964, desarrolla funciones de diversa naturaleza que se relacionan con la elaboración de estudios a diferente nivel, promoción y control de la ejecución de proyectos y la administración de los caminos.

Las acciones que realiza caminos tienen relación directa con las inversiones que ejecute en cada gestión, pero por las condiciones de la economía nacional esas inversiones disminuyeron notoriamente en los últimos años.

B. Dirección General de Concesiones de Obras Públicas de Transporte (DGCOPT)

La Dirección General de Concesiones de Obras Públicas de Transporte fue creada por disposición contenida en la ley General de Concesiones de Obras Públicas (Artículo 61 y por el Artículo 21 del Reglamento Orgánico de la Ley General de Concesiones de Obras Públicas de Transporte). De acuerdo al alcance de la ley 1874 la DGCOPT tiene participación activa en la administración de las concesiones que tienen como objeto, la construcción, mejoramiento, rehabilitación, reparación, mantenimiento, financiamiento y operación de caminos en general. Las principales actividades de la DGCOPT son promoción, licitación adjudicación y explotación de vías de transporte para que sean operadas por entes privados.

La DGCOPT administrativamente depende directamente del Viceministerio de Transporte, Comunicación y Aeronáutica Civil.

La DGCOPT esta conformada por la Dirección y tres unidades operativo – funcionales que son:

- Unidad de Planificación y Licitación
- Unidad de Coordinación e Integración Territorial
- Unidad de Fiscalización

El nivel jerárquico de la DGCOPT en la organización del Ministerio de Desarrollo Económico es el tercero que corresponde a todas las direcciones.

Las principales responsabilidades de la DGCOPT son:

- Preparación de planos y programas de Concesiones proyectos y estudios de origen publico.
- Licitación de Concesiones de acuerdo a un orden de prioridades.
- Administración del proceso de licitación colaborando al VMTCAC.
- Participación en el proceso de evaluación de propuestas.
- Participación en el proceso de contratación de Concesionarios de obras publicas de transporte que dependan del poder ejecutivo (Central) de las regiones y de los gobiernos locales.
- Revisión y aprobación de estudios de Concesiones que proponga la iniciativa privada.
- Control de la prestación del servicio por el Concesionario.
- Representante del Estado en la fiscalización de obras nuevas para Concesiones o de rehabilitación y mejoramiento de vías existentes que ejecuten los Concesionarios.
- Coordinación con otros entes dependientes del VMTCAC.
- Coordinación y compatibilización de responsabilidades y funciones con

- la Superintendencia de Transportes.

C. Superintendencia de Transportes

La Superintendencia de Transportes de acuerdo a las disposiciones legales actuará en defensa de los usuarios cuando corresponda, conocerá y resolverá las solicitudes de revisión y ajuste de tarifas así como de las controversias entre sociedad concesionaria y entidad pública concedente.

Otra de las atribuciones específicas de la Superintendencia de Transportes es la suspensión de la concesión si existen causales fundamentales para adoptar la decisión de suspensión.

El país inicio en el año 2000 la licitación para la primera concesión vial privada con el proyecto Santa Cruz - Los Troncos, consistente en la construcción y operación de una autopista de 125 kilómetros. La licitación se cerró en diciembre del 2001. Durante el 2001 la cual fue adjudicada la concesión para rehabilitación, operación y mejoramientos de la autopista Abapo – Camiri, con una longitud de 152 kilómetros, adjudicada por la empresa Ferrovial – Agroman. A la fecha se han licitado un total de 426 kilómetros.

Actualmente el gobierno Boliviano estudia generar un programa de concesión de desarrollo de infraestructura vial de Obras Públicas para lo cual esta evaluando tramos viales susceptibles de ser concesionados dentro de la Red Fundamental de carreteras.

A continuación se muestra el plan de infraestructura vial 2003-2007 que considera una red de 8653 kilómetros con una inversión total MMUS\$ 2.162, que considera presupuesto público y en asociación público-privado, en donde se ha definido como política que los tramos de montaña sean asumidos por el Estado y los tramos en llanura que estén vinculados a corredores con alta demanda de flujo a concesiones PPP.

PROYECTO	LONG. Km.	INVERSION PUBLICA MMUS\$	INVERSION PUBLICO-PRIVADA MMUS\$
Corredor Interoceánico	3.233	130	390
Carretera Victor Paz	2.595	170	422
Otros Tramos (Corredor Central Sur)	2.825	621	429
Total	8.653	1.173	989

Fuente : Ministerio de Desarrollo Económico - Bolivia

De acuerdo con este plan vial el Gobierno ha emprendido diversas actividades que permitan incentivar la participación del sector privado en los diversos proyectos, para ello se esta adecuando la Ley de concesiones y su reglamento, se esta estableciendo una política nacional de peajes, se esta introduciendo el sistema de fideicomiso para garantizar flujos mínimos de tráfico.

4.2.2.6 Uruguay

Este fue uno de los primeros países en Sudamérica que introdujo el concepto de concesiones de obras públicas. En el año 1984 se dictó la Ley N° 15.637, Ley de Concesiones, que establece en su artículo primero que “El Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones para la construcción, conservación y explotación de obras públicas a personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, a sociedades de economía mixta, habilitando al concesionario a percibir tarifas de los usuarios de la obra...”, permitiendo de este modo la participación del sector privado en el desarrollo de obras de infraestructura.

Sin embargo, la temprana dictación de esta ley no se tradujo en un inmediato desarrollo de la industria de las concesiones, al menos en lo que se refiere en obras relacionadas con el sector transportes. La primera concesión entregada, en el sector vial, correspondió a la carretera que une Montevideo con Punta del Este – Ruta Interbalnearia, la que fue adjudicada en el año 1994 a la empresa Consorcio del Este, por un plazo de 13 años. El proyecto contempla la habilitación de una carretera de doble calzada entre ambas localidades (132 Kms.).

De manera paralela, el gobierno del Uruguay entregó en concesión el aeropuerto de Laguna del Sauce (Punta del Este) a un consorcio privado por espacio de 25 años. A cambio de la inversión estimada en MMUS\$ 40, el concesionario tendrá derecho a recibir los ingresos comerciales no aeronáuticos, aeronáuticos de apoyo en tierra y la tasa aeroportuaria.

Otros proyectos entregados en concesión al sector privado han sido:

- Ruta 1, entre Montevideo con Libertad. Este proyecto cuya inversión asciende a MMUS\$ 75, tiene una duración de 17 años, consideraba la como principales obras la construcción de una doble vía entre Montevideo y Santiago Vázquez, así como también by pass a Rincón de la Bolsa y Libertad.
- Ruta 8 entre las ciudades de Pando y Minas, con una extensión de 82 Kms. Las obras contempladas en esta concesión incluyen la reconstrucción y mantenimiento de la vía, de una sección de la ruta, la reparación de las banquetas, la construcción de un cruce elevado y otro a nivel, la mejora de las instalaciones de iluminación y señalización y el refuerzo de un puente. La inversión total asciende a MMUS\$ 10. La entrega de esta concesión constituyó un cambio en la política de concesiones, toda vez que este proyecto fue licitado mediante VPI.

Otro cambio drástico en la política de concesiones consistió en la generación de la llamada “MEGACONCESION”, que comprende 1.272 Km. de carreteras con sus

respectivos puentes (a lo que se agregan 38 puentes más situados en redes secundarias)⁽⁹⁴⁾.

A tales efectos, la Corporación Nacional para el Desarrollo (CND) constituyó una entidad instrumental de derecho privado, la denominada “Corporación Vial del Uruguay S.A., y de la cual es el único accionista, que posteriormente suscribió, con fecha 5/10/01, un denominado “Convenio-Contrato” con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (entidad concedente) a efectos de explotar en régimen de concesión durante un plazo de 15 años, una serie de corredores viales que totalizan los kilómetros antes referidos.

El proyecto demanda la realización de obras de construcción y mantenimiento por un valor del entorno de los US\$ 450 millones a ejecutarse durante el plazo contractual. Debido a que sobre la base exclusiva de los ingresos por peajes futuros el proyecto no es autosostenible, a efectos de rentabilizar la operación, se ha previsto un esquema de asignaciones públicas a efectos de complementar los ingresos de la concesión, mediante recursos provenientes del erario. Se trata éste de un aspecto central de la Megaconcesión y que la diferencia de los otros proyectos impulsados por el gobierno de Uruguay; pues mientras las anteriores concesiones contemplaron 100% de financiamiento privado, la Megaconcesión considera aportes directos del Estado, así como garantías de ingresos mínimos. En contrapartida a esta garantía de ingresos, se le exige al concesionario realizar mayores inversiones cuando los ingresos percibidos excedan al nivel proyectado.

En lo que respecta a la porción financiada a través de los pagos de peajes por los usuarios, la experiencia evidenció que la cuestión no fue lo suficientemente analizada, pues, al poco tiempo de funcionamiento de los nuevos puestos de peajes, se inició un fuerte movimiento en contra que llevó el asunto a ser tratado en el Parlamento.

Las actividades comprendidas en el objeto de la concesión serán ejecutadas por la concesionaria a través de la implementación de esquemas de “unbundling”, contratándose a distintas empresas para la ejecución de actividades y provisión de servicios específicos (por ejemplo, las labores de mantenimiento y rehabilitación, recaudación de peajes, asistencia mecánica en caso de accidentes; mantenimiento de obras de iluminación, etc.).

Para financiar la ejecución de las actividades de referencia se ha previsto, en lo sustancial, la emisión de obligaciones negociables (bonos) afectando en garantía los

⁹⁴ La MEGACONCESION incluye las siguientes rutas:

- Ruta 1, entre el A° Cufre y la ciudad de Colonia,
- Ruta 2, entre la ciudad de Florencio Sánchez y el puente internacional San Martín,
- Ruta 3, entre Arroyo Grande (sur) y la ciudad de Salto,
- Ruta 5, entre la localidad de Centenario y la ciudad de Rivera,
- Ruta 8, entre la ciudad de Minas y la ciudad de Treinta y Tres,
- Ruta Interbalnearia, entre el Aeropuerto Carrasco y el Arroyo Pando,
- Corredor de la ruta Interbalnearia, entre el Arroyo Pando y la ciudad de Punta del Este, desde diciembre 2007,
- Ruta 9, entre la ciudad de Pan de Azúcar y la ciudad de Rocha,
- Ruta 11, entre la localidad de Ecilda Paullier y la ciudad de Canelones.

ingresos de la sociedad concesionaria (cash-flow proveniente de peajes y pagos por concepto de subsidios estatales).

Por último, a través del artículo 28 de la Ley No. 17.555 de fecha 18/9/02 (“Ley de Reactivación Económica”), se ha autorizado a la CND a ceder totalmente o a enajenar, a empresas radicadas en el país, o a organismos internacionales de crédito de los que Uruguay forma parte, hasta el 100% (cien por ciento) del capital accionario de la sociedad anónima concesionaria. Para el caso en que la alternativa de incorporación de la participación privada tenga lugar a través de una operación de venta de acciones, se ha previsto que la misma tendrá lugar mediante el régimen de oferta pública a través del Mercado de Valores.

En suma, el análisis anterior permite observar como evolucionó la política de concesiones de Uruguay. Se partió por aquellos proyectos más fáciles de concesionar, en donde la sola recaudación de peajes permitía financiar la inversión, lo que además se traducía en concesiones a plazo fijo. Posteriormente, se incorporó un proyecto cuyo mecanismo de licitación fue un VPI, lo cual le permitió al Estado seguir “fuera” del financiamiento de los proyectos de concesión, hasta finalmente llegar a un megaproyecto el cual dada sus características de tráfico no resultaba atractivo para el sector privado, lo que obligó al Estado a asumir riesgos al comprometer financiamiento directo y contingente a objeto de poder llevar adelante esta concesión.

4.2.2.7 Chile

A. Descripción general

A inicios de los años 90 Chile necesitaba urgentemente superar el déficit en infraestructura para garantizar su desarrollo económico. Tres elementos se conjugaban para que la decisión de invertir en infraestructura fuera, especialmente difícil; En primer lugar la década de los ochenta se caracterizó por tener niveles de inversión vial muy por debajo del nivel mínimo requerido, lo que generó un deterioro exponencial en la mayoría de los caminos pavimentados del territorio nacional; Un segundo problema quizás tan complejo como el anterior, correspondía al rezago que se experimentaba en la capacidad de sus rutas, caracterizado por las altas tasas de crecimiento de viajes en las principales carreteras, especialmente en los vehículos de carga, la alta congestión en las zonas cercanas a las ciudades más importantes y la creciente tasa de accidentes viales; Finalmente, el Estado no contaba con los recursos necesarios para realizar las cuantiosas inversiones que ello requería y, más aún, no podía dedicarse exclusivamente a las grandes obras de infraestructura vial, portuaria y aeroportuaria, ya que también debía velar por la realización de otros proyectos de inmensa necesidad e impacto social.

Para enfrentar este reto, el Gobierno del Presidente Patricio Aylwin (1990-1994) mediante la Ley de Concesiones ⁽⁹⁵⁾ convocó al sector privado a participar en las

⁹⁵ Es necesario señalar que ya en 1984 en el Decreto Supremo MOP N° 294 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, el cual en su artículo 87 autoriza al Ministerio para ejecutar obras públicas mediante el sistema de concesiones, sin embargo nunca se utilizó esta facultad hasta la década de los 90.

inversiones productivas que el país necesitaba, guardando para el Estado el rol de inversión en infraestructura social tanto este ⁽⁹⁶⁾ como las dos modificaciones posteriores a este cuerpo legal, contaron con el consenso de todos los actores ⁽⁹⁷⁾.

La invitación del gobierno de Chile fue para que empresas nacionales y extranjeras invirtieran bajo un sistema de contrato de concesión tipo *BOT*, es decir, que el concesionario privado construyera, operara y transfiriera al final del contrato la obra al Estado.

En el caso de la ruta 5, cabe recordar, que a inicios de 1990 esta ruta contaba con doble calzada sólo entre Santiago y San Fernando (140 Km.) con los consiguientes problemas de fluidez de tráfico entre el sur, centro y norte de Chile. Pero lo mas significativo era que la construcción de estos pocos kilómetros de doble calzada hacia el sur, que permitían mejorar la conectividad con la capital, disminuir los atochamientos y tener menores accidentes de tránsito en la ruta, habían sido realizados en la década del 70.

La inversión sectorial de la Ruta 5 en el período 1990-1994 tanto por concepto de ampliación de capacidad , repavimentaciones y conservación de la ruta, exhibió niveles de gasto público de US\$ 45 millones anuales en promedio. Los requerimientos de inversión que finalmente se han materializado en los 1.500 kms de doble calzada de la ruta 5 son superiores a los US\$ 2.200 millones. Es decir con el mismo ritmo de recursos que el MOP ejecutó obras en la ruta 5 entre el 90-94 sólo era posible esperar tener una carretera de alto estándar disponible para usuarios en un plazo no menor de 50 años.

En el caso del Programa de Concesiones Viales urbanas, Con la licitación, en diciembre de 1999, del Sistema Oriente – Poniente (Costanera Norte – Kennedy) se dio inicio a este Programa en la ciudad de Santiago, proceso que tuvo por objetivo ofrecer al sector privado cuatro proyectos que conforman la red vial estructurante de esta ciudad, a través de la ley de concesiones y que se puso en marcha en 1995.

Este programa está constituido además por el Sistema Norte – Sur y el Anillo Américo Vespucio (Sur y Norponiente), autopistas en la Ciudad de Santiago.

Con la adjudicación de Américo Vespucio Norponiente en el año 2002, se completó enteramente este programa que arrojó como resultado un compromiso de inversión (que ya empezó a materializarse) por mas de US\$ 1.300 millones para la construcción y explotación de más de 150 kilómetros de la red vial estructurante de la ciudad de Santiago. Adicionalmente este programa arrojó un saldo positivo para el Estado de mas de US\$ 190 millones (resultante de pagos por BD al Fisco de mas de US\$ 270 millones menos el aporte público a Costanera Norte cercano a los US\$ 80 millones).

⁹⁶ El D.S. MOP N° 900 de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164 de 1991 y El D.S. MOP N° 956 de 1999, Reglamento de Concesiones.

⁹⁷ Esto es relevante ya que elimina en gran medida el riesgo de alteraciones del marco regulatorio.

La determinación de licitar estos proyectos formó parte de un programa estratégico del Estado de Chile, que bajo un nuevo concepto de asociación público - privada, apuntó a superar una de las graves carencias en infraestructura de transporte urbano que afectan al país y, por ende, a su desarrollo.

El Estado de Chile, consciente de la problemática que afecta al sistema de transporte urbano de las grandes ciudades, ha estado impulsando una serie de planes y políticas orientadas a su mejoramiento. Es así como se ha definido un Plan de Desarrollo del Sistema de Transporte Urbano para la Región Metropolitana basado en múltiples combinaciones de proyectos de infraestructura, escenarios de crecimiento de la ciudad y políticas de transporte, consistentes con políticas globales de desarrollo urbano que se sustentan en la convergencia de tres disciplinas: medio ambiente y urbanismo, economía y transporte urbano.

Este Programa está fundamentado en las políticas y planes de desarrollo para la ciudad de Santiago, como son el Plan Regulador Metropolitano (P.R.M.S), el Plan de Transporte Urbano y el Plan de Descontaminación. El P.R.M.S fue aprobado originalmente en 1960 y ratificado en 1994 con el nuevo Plan Regulador Metropolitano de Santiago. A más de 40 años de su entrada en vigencia y debido principalmente a la insuficiencia de las inversiones públicas en obras de infraestructura, solamente se ha materializado un 60% de su red vial proyectada. Las vías metropolitanas de este plan son de responsabilidad del Ministerio de Obras Públicas (las declaradas caminos públicos) y del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Con las cuatro vías incluidas en el Programa de Concesiones Viales Urbanas se termina gran parte de la red vial estructurante metropolitana considerada en el P.R.M.S.

Desde el punto de vista del sistema de transporte, la evaluación social de los proyectos que se basa en la cuantificación de ahorros de recursos (costos de inversión, de mantención y de operación de los vehículos y ahorros de tiempo de los usuarios) indica que todos los proyectos son socialmente rentables, produciéndose ahorro en los tiempos de viaje y costos de operación en las vías concesionadas y produciéndose una descongestión en las vías adyacentes a estas vías.

El Valor Actual Neto de los beneficios del total de los proyectos del programa (descontados al 12%, tasa antiguamente exigida por Mideplan, ahora es el 10%) es de US\$ 967 millones, es decir, la sociedad, después de materializado los proyectos tendrá beneficios netos (beneficios menos costos e inversiones) por US\$ 967 millones por menores tiempos de viajes y menores costos de combustibles, que representan del orden del 75% de las inversiones requeridas.

Lo anterior no es menor, ya que indica que proyectos realizados casi enteramente con inversión privada aportaran beneficios en ahorro de tiempo y operación al conjunto de la sociedad equivalentes a casi el doble de la inversión necesaria para materializarlos.

En el caso del Programa Aeroportuario, en los primeros años de la década del 90, el crecimiento del país fue vertiginoso. El volumen del comercio exterior excedía

largamente la capacidad de los terminales marítimos y aéreos para operar con fluidez y eficiencia. A lo anterior se sumó un crecimiento del turismo y los negocios, lo que colocó definitivamente en jaque los principales aeropuertos del país.

El crecimiento real en el sector aeroportuario a principios de la década del 90 superó con creces los pronósticos más optimistas en términos del flujo de pasajeros y de carga.

Un ejemplo claro de ello lo constituyó el aeropuerto Arturo Merino Benítez en Santiago, en que de acuerdo a las estimaciones de demanda hechas con oportunidad de la construcción de su nuevo terminal de pasajeros, se esperaba un tráfico internacional de tres millones de pasajeros al año para el año 2000. Este pronóstico fue rápidamente superado, ya que a fines de 1996 se alcanzaron esas proyecciones de tráfico. Así, las cifras indicaron que en 1995 el flujo de pasajeros que salían y entraban al país era del orden de los 2,4 millones.

Los niveles de crecimiento observados y esperados hicieron indispensable mejorar y aumentar en forma considerable las capacidades operativas de los principales aeropuertos del país. La ampliación de los terminales de pasajeros y sitios de almacenaje, el mantenimiento de pistas e instalaciones y un avance en la constante modernización del reconocido buen nivel de los equipos de ayuda a la navegación, de meteorología y de control de tráfico aéreo, aparecieron como las necesidades más urgentes del sector.

El proceso de crecimiento sostenido de la economía en la década del 90, basado en la apertura al comercio exterior, hacía indispensable reducir los costos de las exportaciones e importaciones. Una manera de avanzar en esa dirección era mejorando y aumentando la capacidad de los principales terminales aeroportuarios.

De acuerdo a información de la Junta Aeronáutica Civil, entre 1989 y 1995 se observó en el transporte internacional una tasa de crecimiento del 133 por ciento, siendo en el mismo período de un 147 por ciento para los vuelos nacionales. A fines de la década del 80 y comienzos de la década del 90 el número de pasajeros movilizados por los aeródromos se triplicó, en tanto que el volumen de carga transferida se quintuplicó.

Por lo tanto, independiente de las cifras que se utilizaron, la conclusión fue siempre la misma: se requería con urgencia una nueva y moderna política aeroportuaria que ofreciera más y mejores servicios a quienes, ya sea por razones personales o de negocios, debían hacer uso de estos servicios. Los pasajeros que se iban a transportar en el futuro, así como las empresas que requerían el transporte de carga, demandarían niveles de excelencia de servicio, de oportunidad y de costo competitivos con los países desarrollados.

En este contexto, El Presidente Eduardo Frei, en 1996, impulsó una política aeroportuaria cuyos objetivos generales fueron a) mejorar la infraestructura y la administración del sistema; b) avanzar hacia una mayor racionalidad económica; y c) incentivar la participación privada tanto en la inversión como en la gestión de la infraestructura, equipamiento y servicios aeroportuarios para uso comercial.

La inversión, mayoritariamente proveniente de concesiones, fue orientada tanto al mejoramiento de terminales de pasajeros y a la gestión de los servicios aeroportuarios, como a la infraestructura de carga.

En este contexto, se determinó un Plan de Acción que contempló un ambicioso programa de inversiones en infraestructura aeroportuaria para el período 1996-1999 que incluía la ampliación del Aeropuerto Arturo Merino Benítez, tanto en los servicios a pasajeros como en los de carga. El mejoramiento y ampliación de los aeropuertos de Antofagasta, Calama, Iquique, Puerto Montt., La Serena, Concepción, Punta Arenas

Adicionalmente, la Dirección General de Aeronáutica Civil debía invertir 60 millones de dólares en el mantenimiento y modernización de los sistemas de navegación aérea.

El Programa de Concesiones de Infraestructura en sus diferentes áreas, a la fecha presenta un total de 36 proyectos adjudicados los que representaran la materialización de una inversión que supera los 5600 MMUS\$.

Un elemento fundamental para el éxito exhibido por el sistema de concesiones chileno es el desarrollo de instrumentos que han permitido una adecuada financiación de los proyectos en el marco del Project finance, dentro de los cuales es necesario destacar:

B. Ingresos Mínimos Garantizados (IMG)

Con el objeto de realizar una asignación adecuada de riesgos y permitir un adecuado financiamiento del proyecto se desarrollo esta garantía, la que se activa cuando los ingresos anuales del Concesionario no alcanzan cierto monto prefijado en las Bases de Licitación.

Dicha garantía en los primeros proyectos se diseño para cubrir el 70% de la inversión incluyendo costos operacionales y de mantención. Como contrapartida y cuando los ingresos generan una rentabilidad superior al 15%, el concesionario compartirá el 50% de los ingresos sobre este nivel. En los nuevos proyectos esta metodología a variado utilizándose bandas de ingresos mínimos a los cuales los concesionarios optan dependiendo de su compromiso de riesgo y las perspectivas de ingresos del proyecto, en la medida que el sector privado prevea una rentabilidad elevada, renunciará a está garantía para evitar compartir ingresos con el Estado (⁹⁸).

C. Mecanismo de Cobertura Cambiaria

La envergadura de las obras involucradas en el Sistema de Concesiones Chileno requirió una gran cantidad de recursos para el financiamiento de las obras. Si bien existen grandes montos en manos de los Fondos de Pensiones y de las Compañías de Seguros, el aumento

⁹⁸ En las tres últimas licitaciones de autopistas urbanas el sector privado opto por no acogerse a este mecanismo.

de la demanda derivaría en crecientes restricciones, lo que implicaría un incremento en el costo de los proyectos por efecto de mayores gastos financieros. Para evitar este sobre costo, se desarrolló un Mecanismo de Cobertura Cambiaria (MCC) que permite enfrentar los conflictos derivados de la variación del tipo de cambio al enfrentar deudas en moneda extranjera (los ingresos son en pesos chilenos).

Es así como el Mecanismo de Cobertura Cambiaria permite acotar el riesgo cambiario a un 10% para ambos actores (Estado - Concesionario). En caso de que las fluctuaciones superen este rango, los sobrecostos en el pago del servicio de la deuda por sobre el 10% serán cancelados al Concesionario. En caso contrario, si el costo de deuda se reduce más allá de un 10% por este efecto, será el concesionario quién cancele al Estado la diferencia por sobre ese margen.

En la actualidad, ya tres Sociedades Concesionarias se han acogido a este mecanismo permitiendo inversiones por un monto cercano a los 1.100 millones de dólares.

D. Bono de Infraestructura

Con el fin de facilitar la incorporación de los Fondos de Pensiones y las Compañías de Seguros, se diseñó un "Bono de Infraestructura" que permite un financiamiento a largo plazo mediante la emisión por parte del concesionario de este instrumento. Ya son cuatro las Sociedades Concesionarias que han utilizado esta herramienta para estructurar su financiamiento de largo plazo.

E. Mecanismo de Distribución de Ingresos

Este seguro se desarrolló para enfrentar una importante reducción de las tasas de crecimiento del país que se tradujo en una reducción en los flujos con respecto a las estimaciones tanto del sector privado como del propio gobierno. El instrumento garantiza tasas de crecimiento hacia el futuro entre 4% y 5% anual sobre los niveles actuales. El seguro consiste en que si los tránsitos resultan menores, el plazo de la concesión se extenderá y viceversa. La prima del seguro (variable según el monto asegurado), se pagará con obras adicionales.

F. Ingresos Totales de la Concesión

Un elemento a destacar en el proceso chileno es el mecanismo de adjudicación por Ingresos Totales de la Concesión (ITC) en valor presente a una tasa de descuento declarada en las bases de licitación, que adjudica la concesión al licitante que solicite el menor monto por este concepto.

Mecanismo

La concesión se extinguirá el mes "m" en que se cumpla la siguiente relación:

$$VPI_m \geq ITC \quad (1)$$

Donde,

ITC :Corresponde al monto solicitado por el licitante o grupo licitante en su Oferta Económica.

c. Cálculo de VPI_m

El valor de VPI_m se calculará mensualmente de acuerdo a la siguiente expresión:

$$VPI_m = \sum_{i=1}^m \frac{IM_i}{\prod_{j=1}^i (1+r_j)^{\left(\frac{1}{12}\right)}} + \sum_{i=1}^m \frac{IMG_i}{\prod_{j=1}^i (1+t_j)^{\left(\frac{1}{12}\right)}} \quad \text{en UF} \quad (2)$$

donde, $r_j = r_F + \theta_1$ y $t_j = r_F + \theta_2$

donde,

VPI_m : Valor Presente de los Ingresos de la Sociedad Concesionaria (en UF), calculado en el mes “m” de concesión y actualizado al mes anterior al de inicio de la concesión.

IM_i : Ingresos mensuales por recaudación de peajes o tarifas en Unidades de Fomento (UF) en el mes “i” de concesión

IMG_i : Pagos anuales por concepto de Ingresos Mínimos Garantizados

r_F : Tasa Fija definida por el concedente

θ_1 : Premio por riesgo a definir por el concedente

θ_2 : Premio por riesgo a definir por el concedente

El plazo máximo de la concesión será igual a un plazo predeterminado, para el caso chileno no puede superar los 50 años por la normativa de concesiones. Si transcurrido el plazo máximo de la concesión no se hubiere cumplido la ecuación (1) la concesión se extinguirá por cumplimiento del plazo máximo

Dificultades del mecanismo

Sólo se debe utilizar en proyectos con larga historia de flujos, ya que los pagos variables no son bien percibidos por el sector financiero.

Los ingresos deben ser fácilmente auditables, ya que en caso contrario es muy difícil de evaluar el ITC, por lo que para concesiones con ingresos comerciales relevantes no es un mecanismo útil.

4.2.2.8 Argentina

A. Introducción

Durante la década del 90 fueron concesionados 18 corredores por 12 años. La selección fue realizada debido a su papel de "ejes" por donde se canaliza el grueso del tráfico. El resto, (no concesionados) pasaban a cumplir la función de "derivadores" hacia las estaciones de peaje.

Los 18 corredores sumaban 8.866 Km. de ruta de un total en ese momento de 28.017 Km. de carreteras pavimentadas de la red nacional. A pesar de ser menos de 1/3 (31,1 %) de la red, las rutas concesionadas concentraban el 65 % del tráfico.

Los corredores, excepto uno, fueron otorgados bajo la modalidad de "oneroso". Esto significa concesión contra pago de canon al Estado. Sólo el corredor Nro. 6 de la Ruta 188 (Realicó – San Nicolás) detentaba la situación inversa: subvención del Estado.

Los factores que pesaban en la adjudicación fueron: monto de canon y volumen de obras complementarias ofrecidas. Por su parte, el Estado no garantizaba tránsito mínimo, aportes ni avales. Para la regulación y el seguimiento de los convenios se implementó un órgano regulador (Órgano de Control de Concesiones Viales) dependiente de la Dirección Nacional de Vialidad.

También fue previsto un eventual incremento del volumen de tránsito por encima de las proyecciones. En ese caso, el concesionario debía compensar los ingresos adicionales con mejoras en el servicio.

Pero el factor que los puso en crisis y obligó a su renegociación, apenas iniciados, fueron las tarifas. La denominada "básica" se fijó en un nivel de US\$ 1,50 (y su equivalente en australes) por cada 100 Km. para un vehículo de 2 ejes y de hasta 2,10 m de altura con una tabla de equivalencias para el resto.

Dadas las condiciones de la coyuntura (Setiembre de 1990) se fijaron cláusulas de ajuste en función de un índice combinado (Precios Mayoristas: 40 % ; Precios al Consumidor: 30 %; Cotización dólar: 30 %). El esquema resultó explosivo. En menos de 4 meses de operación el valor medio de la tarifa básica se había incrementado 2/3 de su valor en dólares pasando a US\$ 2,50 por cada 100 Km.

La situación era muy conflictiva, y las autoridades tuvieron que adoptar medidas muy drásticas. Entre el 23/02/91 y el 31/03/91 se suspendió el cobro de peaje en todas las rutas concesionadas.

Los cobros de peaje fueron rehabilitadas en el marco de decretos que abrieron un periodo de renegociación que concluyó en Setiembre de 1992. En ella influyó el peso de una tarifa sobredimensionada que el gobierno nacional estimaba debía reducirse en un 60 %. (De US\$ 2,50 a US\$ 1,00 cada 100 Km.). Y esto sólo se compensaba con cambios muy fuertes a favor de los concesionarios.

Repasemos los cambios contractuales que se otorgaron contra la reducción de tarifa:

- Ajustes fijos en la tarifa hasta alcanzar US\$ 1,35 cada 100 Km. en Agosto de 1993;
- Ajuste por tasa LIBO reducida en 20 % a partir del 01/08/93 por sobre el nuevo valor;
- Eliminación del canon;
- Compensación indemnizatoria hasta el final de la concesión.
- Prórroga de un año en la concesión (pasa de 12 a 13 años)
- Prórroga similar para alcanzar los índices técnicos de eficiencia de las rutas.

Los efectos fundamentales de la negociación fueron:

- Acentuó la crisis fiscal, y esta vez fue específica en materia vial
- Fue la base de futuros aumentos desproporcionados.

En el primer caso, la idea básica de las concesiones de obtener ingresos (canon) para atender el resto de rutas no concesionadas por su bajo volumen de tráfico fue anulada. El efecto no fue sólo la pérdida de ingresos sino que debemos sumar erogaciones significativas en el presupuesto de la DNV que lesiona gravemente su operatividad.

Algunas fuentes legislativas estiman para el periodo Nov. '90 / Mayo '98 un monto de canon eliminado de \$ 370,0 millones y \$ 400,0 millones por compensación indemnizatoria. El fisco fue afectado por esta renegociación en \$ 770,0 millones.

En el caso del segundo efecto, a pesar de la vigencia de la Ley de Convertibilidad, fueron previstos incrementos que a la postre originaron la actual crisis del peaje. Tampoco a posteriori de esta renegociación la cuestión tarifaria se manejó de manera transparente. Por dos veces se produjeron interrupciones en los aumentos basados en un posible incremento del flujo vehicular que pudiera compensar los aumentos de tarifas. A posteriori se constataba este aumento del flujo, pero no se realizaban disminuciones de tarifa, esta vez en compensación de los periodos de suspensión del ajuste.

En 1995 las empresas fueron convocadas a una nueva renegociación (Decreto 489/95). Los fundamentos se centraron en el aumento del tránsito vehicular y la necesidad de ampliar y mejorar la red vial. Para llevarlo a cabo y evitar erogaciones presupuestarias el gobierno proponía compensar esas obras con ampliaciones del plazo contractual y alternativas de ajuste en el peaje y/o, en última instancia, compensaciones vía gasto público.

La modificación era obligatoria. No efectivizarla estaba castigado con el rescate de la concesión y nueva licitación. Sin embargo, el único corredor que efectivizó el nuevo contrato fue el Nro. 18 en Setiembre de 1996. Es el caso de las R.N. 12 y 14 (desde Campana hasta tres cruces hacia Uruguay y Brasil con sus respectivos empalmes). Una ruta crítica para el comercio en el Mercosur.

Las características principales del nuevo convenio fueron:

- Ratifica la inexistencia de garantías (tránsito y/o rentabilidad) avales y subsidios;
- La empresa concesionaria debía realizar una nueva obra: autopista en el tramo Brazo Largo – Ceibas de la R.N. Nro. 12 con un costo estimado de \$ 62,4 millones.
- La compensación por el aumento de la inversión se realiza por la combinación de extensión del plazo de concesión (adiciona 15 años a los 13 ya establecidos) y un incremento del peaje de alrededor del 12 %;
- El ajuste de tarifa es anual de acuerdo al índice de precios al consumidor en E.E.U.U.;
- Los ingresos excedentes por mayor tráfico deben ser reinvertidos; y
- Traslado de todo mayor costo a los usuarios.

Las falencias de esta renegociación son de orden económico y jurídico. Prevé un nivel exagerado de rentabilidad ya que del convenio, fuentes parlamentarias estiman que las erogaciones representan sólo el 41,3 de los ingresos. En lo jurídico, la renegociación encubre un nuevo contrato por un plazo superior al original otorgado de manera directa, es decir, sin licitación pública.

B. Marco Regulatorio

A partir del dictado del Decreto 87/2001, del 25 de Enero de 2001, se operó la reestructuración del Organo de Control de Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires -O.C.R.A.B.A.-, que fuera creado el 23 de Septiembre de 1993, Decreto N° 1994/93, el que pasó a denominarse ORGANO DE CONTROL DE CONCESIONES VIALES -O.C.CO.VI, transfiriéndosele las competencias, objetivos, partidas presupuestarias y recursos humanos y materiales:

- 1) Del ORGANO DE CONTROL DE LAS CONCESIONES DE LA RED DE ACCESOS A LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.
- 2) De la COMISION TRANSITORIA Y EL ORGANO DE CONTROL DE LA CONCESIÓN DE LA OBRA DE LA CONEXIÓN FÍSICA ENTRE LAS CIUDADES DE ROSARIO, PROVINCIA DE SANTA FE-VICTORIA, PROVINCIA DE ENTRE RIOS.
- 3) Del ORGANO DE CONTROL DE LAS CONCESIONES VIALES, dependiente de la Dirección Nacional de Vialidad. Este ORGANO DE CONTROL DE CONCESIONES VIALES, organismo descentralizado dependiente de la Secretaría de Obras Públicas, Ministerio de Infraestructura y Vivienda, es el encargado de controlar el efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por los Concesionarios Viales de: Acceso Norte: AUTOPISTAS DEL SOL S.A., Acceso Oeste: GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE S.A., Autopista Buenos Aires-La Plata, CONCESIONARIA VIAL ARGENTINO-ESPAÑOLA S.A. Autopista Riccheri-Ezeiza-Cañuelas: Autopistas al Sur S.A. AEC SOCIEDAD ANONIMA.

C. Corredores Viales Nacionales y Puente Rosario Victoria

El Decreto 87/2001 establece los siguientes Objetivos a cumplir para el Organo de Control de Concesiones Viales (OCCOVI): "Ejercer la supervisión, inspección, auditoría y seguimiento del cumplimiento de los Contratos de Concesiones de Redes Viales y de todas aquellas obras viales que en lo sucesivo sean concesionadas, en donde el Estado Nacional sea parte, a fin de asegurar la calidad y adecuada prestación de los servicios y la protección de los usuarios y los bienes públicos del Estado. Actuar coordinadamente con los organismos especializados de las administraciones nacional y provincial en la protección del ambiente, previendo los impactos ambientales que pudieran ocasionarse con motivo de la construcción, mantenimiento y explotación de los corredores viales bajo su control"

La Ley 23.696 de Reforma del Estado, en sus Artículos 57/58, indica: "*Las concesiones que se otorguen de acuerdo con la ley 17.520 con las modificaciones introducidas por la presente ley, deberán asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión. Para ello se deberá tener en cuenta la ecuación económico-financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario. La tarifa de peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o de los servicios de administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva*"

D. Principales Proyectos

- **Corredores 1 y 2**
 - Ruta N° 3** Desde Km. 18.9 a Km. 677.52 Cruce R.P.4 (*San Justo*) Inicio R.N. 252 (*Bahía Blanca*)
 - Ruta N° 252** Desde Km. 0 a Km. 6,8 Empalme R.N. 3 (*Grunbein*) Pto. Ing. White (*Buenos Aires*)
 - Ruta N° 205** Desde Km. 31.542 a Km. 322.01 Empalme Autopista Ricchieri Empalme R.P. 65 (*Bolívar*)

- **Corredores 3 y 4**
 - Ruta N° 7** Desde Km. 489.99 a Km. 997.4 Cruce R.P. 4 (Laboulaye - Córdoba) Acceso a San Martín (Mendoza)
 - Ruta N° 8** Desde Km. 57.1 a Km. 722,95 Salida a Panamericana ramal Pilar (Bs. As.) Cruce R.N. 7 (Villa Mercedes - San Luis)
 - Ruta N° 193** Desde Km. 3.67 a Km. 34.33 Cruce R.N. 9 (Zárate - Bs. As.) Cruce R.N. 8 (Solís - Bs. As.)

- **Corredores 17 y 5**
 - Ruta N° 5** Desde Km. 66.76 a Km. 606.42 Cruce R.P. 47 (Luján - Buenos Aires)

Ruta N° 7 Desde Km. 69.09 a Km. 489.99 Puente Río Luján (Buenos Aires) Cruce R.N. 35 (Laboulaye - Córdoba)

- **Corredor 6**
Ruta N° 188 Desde San Nicolás (Bs. As.) Km. 0.00 a Realicó (La Pampa) Km. 479,25
- **Corredores 7, 8 y 9**
Ruta N° 9 Desde Km. 72.9 a Km. 278.29 (R.N.A.- 012)
Ruta N° A-012 Desde Km. 0 (R.N. 9 Sur) a Km. 41.82 (R.N. 9 norte)
Ruta N°11 De Km. 326.34 (San Lorenzo) a Km. 1007.8 (Resistencia)
Ruta A-009 Desde Km. 0 (Pto. Reconquista) a Km. 12.03 (R.N. 11)
Ruta N° 33 De Km. 534.62 (Rufino) a Km. 767.69 (R.N.A.-012)
- **Corredor 10**
Ruta Nacional N° 9 Tramo: Empalme Ruta Nacional N° A-012 (Km. 327,06) - Entrada a Pilar, Córdoba (Km. 659,45)
- **Corredor 11**
Ruta Nacional N° 34 Tramo: Empalme Ruta Nacional N° A-012 (Km. 13,65) - Acceso a La Banda Santiago del Estero (Km. 728,12)
- **Corredor 12**
Ruta Nacional N° 9 Tramo: Empalme Ruta Nacional N° 64,Santiago del Estero (Km. 1139,68) Rosario de la Frontera, Salta (Km.1423,08)
Ruta Nacional N° 34 Tramo: Rosario de la Frontera, Salta (Km. 998,51) Acceso a San Pedro de Jujuy (Km. 1196,51)
- **Corredor 13**
Ruta N° 12 Desde Km. 871.35 a Km. 1640.86 Cruce R.N. 123 (*9 de Julio - Corrientes*) Acceso a Puente Internacional Tancredo Neves (*Puerto Iguazú, Misiones*)
Ruta N° 16 Desde Km. 0 a Km. 176.27 Empalme acceso viaducto a Resistencia. Cruce R.N. 95 (*Presidencia Roque Saenz Peña - Chaco*)
- **Corredor 14**
Ruta N° 19 Desde Km. 0 a Km. 280.2 Comienzo: Santo Tomé (*Pcia. Sta. Fe*) Finalización: Río Primero (*Pcia. Córdoba*)
- **Corredor 16**
Ruta N° 226 Desde Km. 0 a Km. 404.32 R.N. 2 Acceso a Mar del Plata (*Bs. As.*) R.P. 65 Bolívar (*Bs. As.*)
- **Corredor 18**
Ruta N° 193 Entre Km. 0 a Km. 3 (*Zárate . Bs. As.*)
Ruta N° 12 Entre km. 85 y Km. 160 (*Zárate, Bs. As. Ceibas - E. Ríos*)

Ruta 14 Desde Km. 0 a Km. 496.35 Empalme R.N. 12 (*Ceibas, E. Ríos*) Cruce R.N. 117 (*P. de los Libres, Corrientes*)

Ruta N° 117 Desde Km. 0 a Km. 12.48 Cruce R.N. 14 (*P. de los Libres, Corrientes*) Inicio Pte. Intern. Paso de los Libres

Ruta N° 135 Desde Km. 0 a Km. 14.48 Cruce R.N. 14 (*Colón, E. Ríos*) Inicio Pte. Intern. Gral. Artigas

Ruta N° A 015 Desde Km. 0 a Km. 15 Cruce R.N. 14 (*Salto Grande, E. Ríos*) Acceso a la Represa Salto Grande

- **Corredor 20**

Ruta N° 36 Desde Km. 595.73 a Km. 783.5 Cruce R.N. 8 Río IV (*Córdoba*) R.P.C45 Acceso a Cno. Alta Gracia

Ruta N° 38 Desde Km. 12.32 a Km. 122.05 Salida Villa Carlos Paz (*Córdoba*) Acceso a Cruz del Eje (*Córdoba*)

R.N. A-005 (Circun. Río IV) Desde Km. 0 a Km. 11.42 Cruce R.N. 8 - Cruce R.N. 36

E. Conclusiones

El programa de concesiones argentino sufre un colapso debido a la inadecuada estructuración del modelo de contrato de concesión y a la pérdida del objetivo central de estos instrumentos. En primer termino, la asociación público-privada supone como base el financiamiento de la infraestructura pública a través de la explotación de la misma y en este contexto, la fijación tarifaria definida originalmente en los contratos y su licitación por pago de canon al Estado, implican la recaudación de excedentes para el Estado de una tarifa establecida para dar sustentabilidad económica al negocio de concesión.

Si bien es cierto, este procedimiento permite extraer excedentes, esto requiere necesariamente que la tarifa sea representativa del pago por los niveles de servicio ofrecido y tenga en cuenta la disposición a pago de los usuarios, ya que de lo contrario, no son sólo los excedentes que se pretende capturar los que se resienten sino la estabilidad económica del contrato.

En segundo termino, la experiencia Argentina muestra la necesidad de analizar las garantías otorgadas a los contratos de concesión para lograr su factibilidad financiera, en este caso se optó por una indexación de la tarifa al dólar, con lo cual se hacía factible conseguir financiamiento internacional, sin embargo, la caída del tipo de cambio generó el desajuste de las tarifas respecto de la capacidad de pago de los usuarios y le significó altos costos al Estado el cambio de la formula de reajustabilidad.

Para los fines de indexación de tarifas, se puede considerar figuras alternativas como la de un seguro de tipo de cambio, el cual genera bandas de cobertura que definen la distribución de riesgos entre concesionario y Estado. Si bien esta figura no elimina el riesgo de tipo de cambio permite acotarlo y evaluarlo en el marco del contrato.

4.2.2.9 Brasil

A. Introducción

El programa de concesiones de autopistas federales comenzó a ser implantado con la licitación de cinco tramos que habían sido tarifados directamente por el Ministerio de Transportes, considerando una extensión total de 854,5 Km.

Paralelamente se realizaron estudios para identificar bajo consideraciones técnicas y económicas otros proyectos a incluir en el programa. Se analizaron 17.247 Km. de autopistas, de los cuales 10.379 fueron considerados viables para su concesión y 6.868 sólo para la concesión de su mantenimiento.

Entre 1996 y 1998 fueron firmados convenios de delegación con los estados de Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina y Minas Gerais.

En 1997, el estado de Mato Grosso do Sul firma un convenio de delegación que autorizaba la construcción de un puente sobre el Río Paraguay sobre la ruta BR-262/MS, este puente fue financiado con recursos de FONPLATA (Fondo Financiero de los Países de la Bahía de la Plata) y está siendo explotado mediante el cobro de peajes para la amortización del financiamiento.

En la actualidad el programa de concesiones federales ha concretado la concesión de 1.680 Km., se encuentra en fase de licitación de 2.718 Km. y mantiene en estudio 6.308 Km.

B. Marco Regulatorio

Inicialmente (desde 1937) la institucionalidad a cargo de la administración de las autopistas a nivel nacional y por tanto encargada de su concesionamiento era el DNER (Departamento Nacional de Estradas de Rodagem). El año 1998 se produce una modificación de la institucionalidad del sector de infraestructura de transporte definiéndose dos nuevas instituciones una encargada de la administración, construcción y mantenimiento de la autopistas no tarifadas (DNIT Departamento Nacional de Infraestructura) y el segundo encargado de las autopistas tarifadas (ANNT) y su concesionamiento.

Actualmente dada la estructura federal de Brasil, se debe distinguir dos ámbitos para el desarrollo de infraestructura pública por la vía de Asociación Público Privada, el primero de ellos corresponde al ámbito nacional, en el cual la administración de la infraestructura es entregada en concesión por la Agencia Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), organismo que tiene bajo su competencia la concesión de autopistas y sistemas de transporte ferroviario y el segundo corresponde al ámbito estatal, el cual contempla autopistas federales delegadas a cada Estado para su concesión y autopistas estatales bajo administración propia.

- Ley 9.277/96 establece a los municipios, estados y distritos federales la facultad de solicitar la delegación de tramos de autopistas federales para incluirlos en sus propios programas de concesiones viales Ambito Nacional.
- Decreto N° 368/96, del Ministerio de Transportes, establece los procedimientos de delegación de autopistas federales.
- Ley 10.233 crea la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, organismo responsable de la concesión de infraestructura de transporte a nivel federal.
- Artículo 175 de la Constitución Federal de Brasil, otorga la facultad al poder público para entregar la explotación de obras públicas por la vía de concesión.

Por su parte cada estado establece una institucionalidad propia para la concesión de la infraestructura de transporte apoyándose en el artículo 175 de la Constitución Federal.

a. Estado de Río Grande do Sul

Leyes específicas autorizan la concesión de cada uno de los tramos:

- Ley 10.700/96 Autoriza la concesión de la red Metropolitana
- Ley 10.705/96 Autoriza la concesión de la red Caixas do Sul
- Ley 10.704/96 Autoriza la concesión de la red Vacaria
- Ley 10.699/96 Autoriza la concesión de la red Gramado
- Ley 10.702/96 Autoriza la concesión de la red Carazhino
- Ley 10.703/96 Autoriza la concesión de la red Santa Cruz do Sul
- Ley 10.698/96 Autoriza la concesión de la red Lajeados

Ley 11.090/98 reorganiza el DER/RS (Departamento de Estradas de Rodagem) y le asigna la atribución de entregar en concesión la infraestructura de transporte.

El mismo esquema de marco regulatorio es aplicado en los Estados de Mato Grosso (DER/MT), Santa Catarina (DER/SC), Espírito Santo (DER/ES), Rio de Janeiro (DER/RJ) y Paraná (DER/PA)

b. Estado de Bahía

Ley 7.134/98 reorganiza el DERBA creado originalmente en 1917 dando la atribución de gerenciamiento del sistema estatal de transporte y la posibilidad de entregar en concesión la infraestructura de transporte.

c. Estado de Sao Paulo

Autorizado por el artículo 175 de la constitución federal, el gobierno del Estado de Sao Paulo implantó a través de la Ley N° 9.361/96 el Programa Estatal de Desestatización

con la finalidad de reordenar la atención del Estado, propiciando la iniciativa privada en la prestación de servicios públicos y la ejecución de obras de infraestructura.

C. Principales Concesiones Federales

- **Autopista Río de Janeiro – Sao Paulo**
Plazo de Concesión : 25 Años
Longitud : 402 Km.
Fecha de Inicio : Agosto 1996

- **Puente Presidente Costa e Silva**
Plazo de Concesión : 20 Años
Longitud : 23,34 Km.
Fecha de Inicio : Junio 1995

- **Autopista Juiz de Fora - Petrópolis - Rio de Janeiro**
Plazo de Concesión : 25 Años
Longitud : 179 Km.
Fecha de Inicio : Marzo 1996

- **Autopista Além Paraíba – Teresópolis**
Plazo de Concesión : 25 Años
Longitud : 143 Km.
Fecha de Inicio : Marzo 1996

- **Autopista Osório – Porto Alegre**
Plazo de Concesión : 20 Años
Longitud : 112 Km.
Fecha de Inicio : Julio 1997

- **Red de Autopistas de Pelotas**
Plazo de Concesión : 27,3 Años
Longitud : 623 Km.
Fecha de Inicio : Mayo 2000

D. Ejemplo de Concesión de Autopista Tarifcada Anhangüera-Bandeirantes

El proyecto consistía en la expansión, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento de la autopista Anhangüera-Bandeirantes la cual une las ciudades de Sao Paulo, Campinas y Limeira. La autopista contaba con tarificación con una historia de 20 años y su concesión consideraba la ampliación del número de puntos de cobro (de 5 a 8) y la mantención (en términos reales) de la tarifa cobrada.

Dentro de los trabajos mas importantes considerados por el proyecto se contemplaban el mejoramiento y la mantención del tramo ya tarificado (Sao Paulo – Campina) o la

autopista Anhangüera y la construcción de la autopista Bandeirantes entre las ciudades de Campina y Limeira (78,5 Km).

El proyecto generaba como beneficios (deseados por la autoridad) una disminución de los altos niveles de congestión existente en los accesos al área urbana del gran Sao Paulo, una reducción significativa de tiempos de viaje y costos y una mejora en los niveles de seguridad de la autopista.

Al analizar las variables fundamentales del negocio, observamos que se trata de una concesión por un plazo fijo (20 años), con una tarifa preestablecida, una estructura de reajustabilidad de la tarifa que permite la mantención de su valor real, sin garantías de ingresos por parte del estado y con una inversión de capital de sobre US\$ 1.000 millones, de los cuales US\$ 515 debía ser invertidos durante los primeros 4 años.

Adicionalmente a las condiciones anteriormente señaladas se debe establecer que al momento de adjudicación (mayo 1998) la situación del mercado dificultaba fuertemente la posibilidad de acceder a financiamiento de largo plazo que se ajustara a los perfiles de flujo de caja del proyecto.

En el escenario presentado, el financiamiento se hizo posible mediante la consideración de una serie de variables que le otorgaban la factibilidad financiera al proyecto, a continuación se detallan aquellos elementos que sirvieron de pilares para la obtención de los recursos necesarios para la concreción del proyecto:

- **Historia de Tarifación de la ruta por 20 años:** este elemento resulta fundamental para establecer la capacidad de pago de los compromisos financieros del proyecto, ya que permite analizar la evolución de los flujos vehiculares por un período prolongado y con un nivel de detalle propio sólo de los registros de las plazas de peaje (registros horarios clasificados por tipo de vehículo). Adicionalmente a la riqueza en los datos de demanda, existe otro activo fundamental asociados a la historia de tarifación, a saber, la costumbre de pago.
- **Mantención del Valor Real de la Tarifa:** este elemento permite dar capacidad de proyección a la historia registrada sin la necesidad de analizar efectos de elasticidad negativa, los cuales introducen fuertes incertidumbres a las proyecciones.
- **Una Adecuada Conformación del Consorcio Adjudicatario:** el consorcio que se adjudicó el proyecto consideraba la participación de constructoras locales e internacionales, un operador de vías tarifadas e inversionistas. Esto mitigaba adecuadamente los riesgos del proyecto asociados al Know-How de construcción y explotación, y permitía certezas respecto a la participación de los sponsors con una proporción de capital propio significativa (20%).
- **Potencial de Sobrerentabilidades:** Si bien el proyecto resultaba sostenible en rangos razonables con las proyecciones históricas de tráfico, la mejora en las capacidades permitía suponer un aumento del potencial de crecimiento económico de la región, lo

que llevaría aparejado un aumento de los volúmenes de tráfico y por ende ingresos asociados a la capacidad inductiva del proyecto.

- **Apoyo Internacional de Organismos Multilaterales:** uno de los elementos de mayor importancia para la factibilidad financiera del proyecto fue el respaldo otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), gracias a lo cual fue posible el acceso a financiamiento internacional de largo plazo.

El ejemplo planteado puede ser analizado como una forma de utilizar las potencialidades de un proyecto (en el caso analizado la certeza respecto de las proyecciones de ingresos) y utilizarlas adecuadamente para lograr la mitigación de aquellos riesgos presentes (desajuste de flujo de caja para la obtención de crédito de largo plazo). Al tener certeza respecto de la proyección de ingresos estos resultan una adecuada garantía para realizar el Project Finance y al obtener el respaldo de un organismo multilateral, se eleva el grado de inversión de los flujos permitiendo su financiamiento en el mercado internacional, ajeno a las situaciones macroeconómicas negativas en Brasil para lograr un cierre financiero local.

4.2.3 Consideraciones generales críticas respecto de las características de los procesos de PPP seguidos en América del Sur frente a los implementados en la Unión Europea

4.2.3.1 Aspectos generales

En la presentación de este estudio (numeral 1. precedente), expresábamos que uno de los grandes objetivos fijados para abordar el análisis general de experiencias en la instrumentación de proyectos de PPP en el ámbito de los países de la Unión Europea ⁽⁹⁹⁾ y de América del Sur, era el de identificar las razones conforme a las cuales, las experiencias de los países del primer grupo han sido mayoritariamente exitosas, en tanto que, con las del segundo grupo, la relación verificada ha sido, en términos generales, la inversa.

Se sabe que en el campo del diseño, estructuración e implementación de esquemas de PPP, los procesos perfectos no existen, cualquiera sea el país en el que ellos se instrumenten. Se trata, pues, de operaciones de alta complejidad en donde es común la comisión de errores, por mínimos que éstos sean.

No obstante, no todos los errores tienen las mismas consecuencias; y el problema –diferencia– que ha existido en buena parte de los países de América del Sur respecto a los

⁹⁹ Especialmente los casos exitosos de los países latinos, en donde las herramientas y técnicas utilizadas –como se dijo– pueden ser aplicadas en el ámbito de los países de América del Sur sin mayores complejidades, habida cuenta de las similitudes existentes en los marcos regulatorios vigentes en uno y otro grupo de países.

de la Unión Europea ha sido, precisamente, el de las características y consecuencias de los errores cometidos; e incluso, aún más, en el caso de algunos países de la región, en la “persistencia” en la comisión de los mismos errores una y otra vez, pese a los deficientes resultados de experiencias anteriores de las que, al parecer, no se ha sabido tomar plena conciencia de las duras lecciones que la realidad se ha encargado de dejar.

La existencia de fallas en cualquiera de las fases que implica la instrumentación de una operación de PPP, cuando las mismas incrementan los riesgos generales del proyecto a ser asumidos por el futuro contratista privado, tienen por consecuencia ineludible un incremento correlativo del costo de financiamiento del proyecto; incluso, a un punto tal en que una cierta operación en principio viable para ser ejecutada a través de una determinada modalidad de PPP puede tornarse, en los hechos, inviable.

La plena constatación de dicha circunstancia debiera ser un llamado de atención permanente para las Administraciones Públicas de los países de América del Sur que pretendan iniciar o hayan iniciado procesos para la instrumentación de operaciones de PPP. Más aún, cuando existen dos importantes factores que, en definitiva, potencian el impacto de los riesgos que, con carácter general, afectan los proyectos impulsados en la mayoría de los países de la región, y que esencialmente son:

- a. Entorno económico, político y social: En general, con alguna excepción, en los países de la región existe un entorno económico, político y social relativamente inestable, lo que condiciona, en muchos casos, la viabilidad y credibilidad de las acciones de largo plazo que se puedan adoptar en materia de instrumentación de proyectos de PPP en dichos países.

En tales casos, la inestabilidad aludida tiene origen en factores tales como la existencia de altas tasas de desempleo; déficit fiscal elevado; elevada inflación; bajas o nulas tasas de crecimiento económico; elevados índices de niveles de pobreza; devaluaciones progresivas de las monedas locales; dificultades para contar con mayorías parlamentarias necesarias para la aprobación de determinados tipos de leyes esenciales para procesos de reforma del Estado; huelgas y manifestaciones populares frecuentes; antecedentes de atrasos, moras y renegociaciones de la deuda externa; denuncias frecuentes de supuestos de corrupción en el seno de instituciones públicas; entre otros.

- b. Gobernabilidad, institucionalidad y regulación: Buena parte de los países de América del Sur enfrentan situaciones de gobernabilidad escasa y/o compleja, afectada fuertemente por los problemas de desarrollo económico; y ligado a lo anterior, de débil institucionalidad. Existe en varios casos, tendencias a la “utilización política” de las instituciones; vale decir, con fines electorales, personales, partidarios o gremiales, en lugar de procederse de modo tal de establecer los cauces a través de los cuales pueda satisfacerse, con mayor eficacia y eficiencia, las legítimas necesidades de la comunidad respecto de

actividades ejecutadas o servicios prestados. Y como consecuencia de todo lo anterior, a la existencia de comportamientos oportunistas.

Una adecuada institucionalidad es una de las piedras angulares de una exitosa implementación de programas de PPP; sobre todo de aquellos que implican operaciones de largo plazo involucrando altos montos de inversión privada.

Otro de los puntales de dicho tipo de procesos lo constituye una adecuada regulación. Ocurre que en general, los marcos regulatorios establecidos a través de normas legales y reglamentarias para este tipo de operaciones son imperfectos; siendo los mismos desarrollados por la vía contractual (bases de licitación y contrato de PPP que fuere del caso), así como por la actuación de instituciones reguladoras en sus respectivos ámbitos de competencia. Ahora bien, en los casos de países que cuentan con una débil institucionalidad, no es para nada fácil arribar a alternativas de cambio por la vía de relaciones contractuales (por ejemplo, la que se traba entre la Administración y el contratista en el marco de una operación de PPP), pues existirá un mayor riesgo político para el contratista de la Administración –y, posiblemente, también un mayor riesgo de incumplimiento de contrato por la Administración-, y las medidas que se adopten por el contratista para mitigarlos –cuando ello fuere posible-, pueden acrecentar significativamente los costos derivados de las mismas hasta tornar la solución impracticable.

En estos casos, en el marco de la instrumentación de una operación de PPP, deben llevarse a cabo, indefectiblemente, acciones de reformas al sistema institucional, a través de los cuales se den claros mensajes de credibilidad a los agentes del sector privado, respecto al buen fin de los procesos, y para lo cual se hacen una serie de recomendaciones en el numeral 5.1.1.3 de este documento.

4.2.3.2 Errores y fallas comunes en la instrumentación de operaciones de PPP

Tal como se viene de señalar, la consecuencia inmediata de la existencia de fallas o errores en la instrumentación de operaciones de PPP, cuando se traducen en mayores riesgos, pasa por requerimientos de rentabilidad superiores de parte de los agentes privados involucrados en las mismas y, en contrapartida, en un incremento del costo de financiamiento. Éste, que ya de por sí es un problema (pues como se ha señalado en varios pasajes de este estudio, esos mayores costos son indefectiblemente trasladados a usuarios y/o contribuyentes), muchas veces pasa desapercibido en el corto plazo para los gobernantes y el común de la población, como consecuencia de las dificultades existentes para identificar y cuantificar específicamente dichos sobre costos; salvo que los mismos sean muy evidentes.

Lo usual es que proyectos con fallas y errores de tales características, igualmente se logren licitar, adjudicar y, finalmente, ejecutar cumpliéndose con los términos

contractuales; aún cuando ello se hubiera podido hacer en condiciones más beneficiosas para la comunidad.

Ahora bien, también ocurre que muchas veces, los errores y fallas cometidas afectan la licitación, adjudicación o ejecución de los proyectos; y aquí sí, los resultados son claramente ostensibles para la comunidad. Bajo este supuesto se engloban casos de: i) prórroga, suspensión, o declaración de procesos “desiertos” ante la falta de interés de los agentes privados; ii) impugnaciones planteadas a los procesos por parte de oferentes, que impidan o afecten su normal desenvolvimiento; iii) fuertes cuestionamientos a los procesos durante su transcurso por parte de amplios sectores de la comunidad (usuarios, contribuyentes, núcleos poblacionales afectados por los mismos, etc.), que obstaculicen su normal desenvolvimiento y/o el inicio de operaciones por el contratista seleccionado; iv) presentación y aceptación de “ofertas temerarias” en los procesos, que conducen a inevitables situaciones de incumplimiento o renegociación de los contratos en perjuicio del Estado; v) falta de participación en los procesos de las más reputadas entidades del sector privado a nivel internacional, conforme a las características de los proyectos en cada caso; iv) incumplimientos constantes de los contratistas sin aplicarse a su respecto las debidas sanciones; y v) aumentos significativos de precios a usuarios en forma asimétrica a la calidad de los servicios provistos; entre otros casos.

Es generalmente cuando se dan este tipo de situaciones que, además de afectarse negativamente la imagen del gobierno que lleva adelante estos programas y los partidos políticos que lo respaldan, comienzan a alzarse voces en contra de la aplicación de este tipo de modalidades contractuales; al punto de que, cuando ya ha existido una sumatoria de fracasos en el área, comienza a instalarse definitivamente un “descreimiento general” respecto de la utilidad del modelo contractual aplicado, al punto de decir que tal o cual figura no sirve (común con la concesión, en aquellos casos de países en los cuales se han ejecutado proyectos que han evidenciado rotundos fracasos), para reclamar, nuevamente, la vuelta al sistema tradicional de ejecución de dichas actividades en mano pública.

Por el contrario, en los casos en que se han instrumentado exitosamente este tipo de procesos, la evidencia empírica pone de manifiesto resultados verdaderamente notables con respecto al modelo anterior. El problema no está, pues, en los modelos utilizados, sino en la forma y condiciones bajo las cuales se implementan los programas de PPP.

A continuación se enumeran los errores más comunes cometidos en diferentes procesos de estructuración de operaciones de PPP (fundamentalmente, concesiones –que ha sido y es la modalidad de PPP de mayor utilización en la región-, y en menor medida, en algunas modalidades de contratos “llave en mano”) en el ámbito de los distintos países de América del Sur, en proyectos de sectores infraestructurales en general. El alcance y consecuencias de los errores que se mencionarán han variado, evidentemente, de unos a otros países, conforme al grado de evolución existente en cada uno de ellos en la aplicación de técnicas de PPP.

A. Alcance de los procesos de PPP y acciones previas o simultáneas

La mayoría de países de América del Sur que ha instrumentando este tipo de procesos, lo ha hecho concibiéndolos de forma aislada, con carácter “reactivo” a situaciones puntuales o necesidades concretas de la Administración; como una mera “retirada técnica” del Estado de la ejecución de una determinada actividad o prestación de un servicio y, por ende, sin formar parte o ser acompañadas de un conjunto de acciones previas y simultáneas complementarias, usualmente encuadradas dentro de los denominados procesos de “reforma del Estado”. Entre los países que se encuentran en este grupo lo están aquellos que han avanzado en algo en la correspondiente “reforma del Estado” aunque de modo inacabado, en tanto que otros, prácticamente no han evidenciado mayores cambios.

B. Características del sistema institucional y la instrumentación de reformas

Tal como se indica en el numeral 5.1.1.3 siguiente de este estudio, las reformas institucionales en el marco de procesos de PPP debieran implementarse en tres ámbitos, que son: a) el organizacional; b) el prestacional; c) el regulatorio; y d) el controlador. A continuación, se enuncian supuestos de errores cometidos en cada una de dichas áreas:

- a. Organizacional: Existen países en la región que no cuentan con un claro marco regulatorio-institucional para la ejecución de este tipo de procesos, al no tener claramente definidos los roles y potestades de distintas entidades de la Administración en este campo, ni los canales de coordinación institucional necesarios; según los casos. Por otra parte, se dan situaciones en las que existen competencias compartidas o superpuestas para el otorgamiento de concesiones que, al no actuar coordinadamente, no es posible establecer una clara planificación estratégico - política respecto de las acciones a adoptar. En otros casos, coexisten diferentes entidades con potestades para el otorgamiento de concesiones (en los cuales tampoco hay organismos especializados y competentes para evaluar y pronunciarse acerca de las distintas etapas de las operaciones de PPP instrumentadas, ni coordinar las acciones que en la materia se implementan, generándose situaciones de pérdidas de experiencias acumuladas y la no creación de sinergias), siendo incluso ellas mismas quienes determinan, casi de forma exclusiva, el momento en el cual salir al mercado con un proyecto determinado y las características y contenidos del mismo; que suelen llegar a instancias superiores que deben pronunciarse al respecto, en forma de “paquete cerrado”, con las bases de licitación y el modelo de contrato terminados y aprobados por el órgano jerarca de la entidad correspondiente.
- b. Prestacional: Existen situaciones en que tampoco se han procesado adecuadas reformas en este ámbito, a efectos de evitar los “costos políticos” derivados de planteos de reducción de las estructuras laborales del sector público a las cuales se les había cometido la ejecución de las actividades o servicios en el escenario previo a la instrumentación de la operación de PPP. En este sentido, es común, muchas veces, el ver proyectos de concesión de adecuada rentabilidad en los cuales se impone al concesionario el pago de un canon a la Administración, para afectarlo a mantenimiento de estructuras laborales sobredimensionadas en la entidad pública ex prestadora del servicio o actividad concedida (en lugar de

otras medidas, en principio, más favorables a los intereses de los usuarios y/o contribuyentes, como pueden ser, la exigencia de mayores inversiones en otras áreas conexas a la actividad del concesionario que reporten beneficios económicos y sociales a la comunidad, o bien, reducciones en las tarifas aplicadas, o un menor plazo contractual, entre otras variables.

- c. **Regulatorio:** El abanico de situaciones que existe al respecto es muy amplio. Así por ejemplo, i) hay casos en los cuales se ha instrumentado la operación de PPP y todavía no se han procesado adecuadamente las reformas institucionales en la materia, concentrando la entidad pública titular del servicio o actividad objeto de la operación de PPP, los roles de prestación, control y regulación de las mismas (en definitiva, actuando en carácter de “juez y parte”); o bien, situaciones en las que dichas reformas se están procesando en forma simultánea; ii) casos en los cuales se han constituido instituciones reguladoras autónomas, pero que no están apropiadamente incardinadas en la estructura organizacional institucional del Estado; iii) casos en los que no existen claras atribuciones en materia de potestad regulatoria, ni adecuadamente regulado el ejercicio de la misma, ni determinadas las metodologías a aplicar; y iv) situaciones en las que las personas integrantes de las instituciones reguladoras no son las más apropiadas a dichos efectos (cargos designados únicamente por razones políticas, o cubiertos con funcionarios provenientes de la burocracia tradicional sin experiencia relevante en materia regulatoria, etc.); entre una larga lista de casos relevados.
- d. **Controlador:** Existen fallas notorias en este aspecto en la totalidad de los países de América del Sur, de mayor o menor grado según los casos. Entre ellas, se pueden destacar: i) inexistencia de una adecuada regulación del ejercicio de las funciones de control, así como de metodologías y/o instrumentos a dichos efectos; ii) falta de claridad en la determinación de los ámbitos de control y roles en cada caso a ejercerse sobre los contratistas; iii) falta de coordinación en los controles de tipo técnico, legal y financiero realizados respecto de los contratistas; iv) asignación al cumplimiento de funciones de control a funcionarios sin la preparación adecuada a dichos efectos; entre otras situaciones; v) fiscalización de la actividad de los funcionarios que ejercen funciones de control a cargo de funcionarios de mayor jerarquía pero que no cuentan con los perfiles técnicos adecuados, generalmente designados en un entorno –más o menos acusado- de cargos de confianza; y vi) deficiencias en el ejercicio de las funciones de control –que no se ejercen, o se ejercen mal- aún cuando los mismos estén adecuadamente instituidos y regulados.

C. Reformas al sistema regulatorio

El espectro de situaciones existentes respecto de este punto es, también, variado. Los países que han establecido un adecuado marco regulatorio de las actividades o servicios comprendidos en un determinado sector con carácter previo a la instrumentación de las correspondientes operaciones de PPP en los mismos han sido muy pocos.

Así pues, existen países que han instrumentado dichas operaciones con marcos regulatorios (legales y/o reglamentarios) no lo suficientemente adecuado, y sin aprovechar la oportunidad de corregir dichas carencias por la vía de adecuados contratos PPP. Por otra parte, cabe hacer notar aquellas situaciones en las que en forma paralela a la instrumentación de una operación de PPP, se tramita la aprobación de un nuevo marco regulatorio; o bien, casos en que dicho marco se aprueba en una instancia posterior; sin considerar, incluso los contenidos básicos del contrato previamente suscrito con el contratista privado.

Existen situaciones de dispersiones regulatorias muy marcadas, tanto en lo que hace a la regulación de las operaciones de PPP en sí, como de las propias actividades a ejecutarse por parte de los contratistas de la Administración. En este sentido, se ha observado en más de un país la existencia de normativas de concesiones tanto a nivel nacional como provincial o federal, en los cuales no existía una clara separación entre los ámbitos de acción. A modo de ejemplo, se puede citar el caso de Argentina, en donde existe una ley de concesiones del gobierno central y leyes de concesiones en las distintas provincias. Una situación similar se da en el caso colombiano, en donde más de un organismo puede ser la autoridad concedente para un mismo tipo de proyecto. Este hecho conlleva, en primer término, a la existencia de superposición de cuerpos legales, introduciendo de este modo ruidos respecto de los potenciales inversionistas, más aún cuando se trata de iniciativas privadas. En segundo lugar, no permite planificar una política clara respecto de la cartera de proyectos a concesionar, lo que dificulta la posterior labor de promoción y licitación de los proyectos al sector privado, y la competencia entre los inversionistas por proyectos de un mismo sector.

D. Técnicos que integran las entidades que conducen los procesos

Se trata éste de otro de los rubros en los cuales se han detectado carencias importantes en varios países de la región. Existen, al respecto, antecedentes del siguiente orden: i) casos en los que los funcionarios jerarcas designados al frente de entidades u órganos con potestades para adoptar resoluciones de iniciar operaciones de PPP o conducir los mismos, no cuentan con las aptitudes mínimamente exigibles en tales supuestos (en general, las razones básicas para la designación –o su eventual remoción- son básicamente de carácter político); ni siquiera para programar las acciones estratégicas básicas de las cuales formen parte los programas de operaciones PPP que se pretenden llevar a cabo; ii) situaciones en las que los funcionarios de la Administración de rango gerencial y funcionarios subalternos afectados al diseño, estructuración e implementación de la operación de PPP no cuentan con la capacitación necesaria a dichos efectos (ocurre muchas veces que dichos funcionarios están capacitados en las técnicas de los contratos de obra pública bajo el sistema tradicional; más no en todo lo que implica iniciar procesos más complejos de PPP); y iii) situaciones en las que, aún con tales carencias, los proyectos son instrumentados directamente por dichos funcionarios, sin contar con apoyaturas externas con experiencia relevante en dichas áreas.

E. Metodologías para la estructuración de procesos PPP

Según la información relevada por los Consultores, ningún país de la región sigue un marco metodológico – procedimental específicamente sistematizado para instrumentar este tipo de procesos. Hay sí, en cambio, casos en donde, de un modo casi intuitivo, se siguen ciertas líneas metodológicas. Ello genera obstáculos de variada índole para instrumentar los “negocios” subyacentes a las distintas operaciones de PPP, pues muchas veces no está determinado el denominado “interés del Estado” en los proyectos; ni los costos, perjuicios y beneficios que se derivarán de las mismas; ni cuáles son las razones para optar por una modalidad de PPP en particular y desestimar otras que hubieran podido también, ser aplicadas a dichos casos; entre otras consecuencias relevantes.

F. Sistemas de responsabilización

En términos generales, los distintos países de la región cuentan con sistemas de responsabilización previstos en sus respectivos marcos normativos; ahora, ocurre que, o son inadecuados, o no funcionan eficaz y eficientemente. Como consecuencia de ello, con mayor frecuencia de la deseada, se ven casos de proyectos mal diseñados o estructurados, y que pese a ello se igualmente se licitan; bases y contratos inadecuados; todo lo cual genera –a la larga o a la corta- costos de variada índole al Estado y, en definitiva, a la comunidad (así por ejemplo existen casos en que se gastan cifras elevadas en preparación y promoción de proyectos directamente por la Administración que luego se terminan suspendiendo, prorrogando o declarando desiertos por falta de interesados; o en consultorías externas que luego se desoyen; o en atender juicios e impugnaciones de participantes en el procedimiento licitatorio o del contratista en la fase de ejecución del contrato; o de tener que renegociar contratos en condiciones no beneficiosas para la Administración; etc.). Cuando se dan tales situaciones, no se suelen ver supuestos de puesta en marcha de adecuados sistemas de responsabilización de los funcionarios que hubieren dado lugar a las mismas, individualizando las responsabilidades o aplicando las sanciones pertinentes.

Es evidente pues, en estos casos, la falta de instancias adecuadas a través de las cuales se ejerzan las facultades ejecutivas de control, de exigencia de responsabilidad por las decisiones tomadas y gestiones efectuadas y sus respectivas consecuencias, así como del ejercicio de capacidad sancionadora respecto de quiénes se encontraren en dicha situación; aún más, que se ejerzan en los momentos oportunos como para poder adoptar las acciones del caso.

G. Planificación de las acciones a adoptar en materia de PPP

En relación a este punto, en general, existen importantes carencias en buena parte de los países de la región. A vía de ejemplo se pueden citar: i) casos en los que no existe una adecuada “política de Estado” en la materia (¹⁰⁰), diseñada a partir de consensos con otros actores del sistema político; ii) casos en que no se diagnostican adecuadamente las

¹⁰⁰ Ocurre en muchos casos que la falta de una política en la materia es consecuencia de la falta de la planificación estratégica establecida para el sector o subsectores determinados, y de la cual, la implementación de programas de operaciones de PPP forma parte.

necesidades en materia de infraestructura (en definitiva, no está suficientemente “mapeado” lo que hay, ni lo que se puede hacer, ni cómo llevarlo a cabo); iii) situaciones en las que no existen planificaciones adecuadas, aún cuando se parta de diagnósticos relativamente bien efectuados; iii) casos en que existen proyectos que afectan a varias entidades públicas y no participan todas ellas en las instancias de planificación; iv) casos en los que se planifican acciones pero que, al no buscarse los adecuados consensos con los demás actores del sistema político, al efectuarse el cambio de gobierno, si asume la oposición, en general termina desarticulando la planificación anterior y montando un nuevo esquema, y así sucesivamente, sin que exista, por ende, la necesaria continuidad en las políticas trazadas; v) casos en que existiendo planificaciones, al momento de implementarse acciones concretas, no se verifica el cumplimiento de las metas trazadas, o bien, situaciones en que existen planificaciones superpuestas; o planificaciones aisladas por subsector y, con ello, se desperdician chances de licitar proyectos de mayores dimensiones de carácter multimodales; o bien, dentro de un mismo subsector.

H. Compromiso político con el proyecto

La mayor parte de las veces, existe compromiso político con el proyecto de parte del gobierno que lanza el mismo. No obstante, en ocasiones ocurre que desde dentro de las filas del propio gobierno que promociona una operación de PPP, o facciones distintas de su partido político o del partido con el cual, en los hechos co-gobierno, existen quiénes se oponen a la misma haciendo alegatos de variada índole (técnicos, políticos, económicos, sociales, etc.), y generando, con ello, situaciones de desconfianza y elevado riesgo en los participantes privados.

En otros casos ocurre, por ejemplo, que se inician acciones de esta naturaleza sin recabar la aceptación previa de otras fuerzas políticas que luego, públicamente, terminan oponiéndose a la ejecución de los proyectos, como acción reactiva al ser tomadas por sorpresa ante la difusión pública de medidas de esta índole.

I. Determinación de la oportunidad más apropiada para el lanzamiento público de un proyecto de PPP

Es por demás frecuente la comisión de errores en tal sentido. Así por ejemplo existen casos en que se lanzan proyectos en momentos en que en uno o más países vecinos se están lanzando también proyectos similares y de mejor perfil que el lanzado por el gobierno del caso (por lo que la atención de los agentes privados más reputados se centrarán en el otro u otros proyectos); o casos en que por avanzar rápidamente, el gobierno de un país lanza varios proyectos acumulativamente; o de proyectos que se lanzan en períodos próximos a las elecciones; por citar algunos ejemplos.

Desde el punto de vista de los Consultores, los procesos así planteados carecen de la perspectiva política y económica general a nivel del país, como para determinar la oportunidad, conveniencia e idoneidad de lanzar un proceso de PPP, máxime cuando ésta puede modificar la posición regional del país o su espectro nacional de prestación de servicios.

J. Definición de las estructuras orgánico-institucionales encargadas de llevar adelante los procesos y coordinación interinstitucional

En relación al punto, los errores que se suelen ver son del siguiente orden: i) falta de definición de adecuadas unidades ejecutoras de los proyectos, especialmente cuando existen diferentes entidades con potestades en la materia ⁽¹⁰¹⁾; ii) falta de funcionamiento apropiado de canales interinstitucionales, generándose retrasos innecesarios (muy común en la expedición de autorizaciones ambientales ⁽¹⁰²⁾, exoneraciones fiscales ⁽¹⁰³⁾, etc.) o cuestionamientos posteriores de otras entidades públicas –nacionales o regionales- que producen como resultado, la obstaculización del desenvolvimiento normal de los procesos.

K. Determinación del interés del Estado en el proceso de PPP

En la expresión “interés del Estado” deben entenderse incluidas las *causas* por las que se toma la decisión y los *objetivos* de dicha decisión; que deben ser compatibles con el interés público presente en estos casos.

Es frecuente que los procesos previos no se ocupen en forma específica de este elemento y, en consecuencia, ocurre que: i) la elección por un determinado modelo de PPP no está adecuadamente fundada; y ii) los pliegos de bases de los correspondientes llamados a licitación no determinen este interés de forma concreta y específica, generando incertidumbres a los oferentes al momento de preparar sus respectivas ofertas.

L. Conocimiento básico de las expectativas e intereses de las diferentes partes involucradas en los procesos

¹⁰¹ Por ejemplo, en estos casos, es común que el proyecto sea conducido por una determinada entidad que ha constituido dicha unidad, prácticamente sin conocimiento de parte de las otras entidades involucradas; con los consabidos problemas de todo tipo que a partir de dichas situaciones se generan; o bien, casos en que le corresponde conducir el proceso a una unidad especializada de la Administración central, y en donde la misma lleva adelante un proceso de PPP en particular sin dar la debida intervención desde las fases iniciales a funcionarios competentes de otras entidades públicas involucradas en la ejecución de dicha operación de PPP, con similares consecuencias.

¹⁰² En este sentido, existen casos en donde, por ejemplo, se retrasa largamente el inicio de actividades de construcción a cargo del contratista debido a que no se le otorgan las autorizaciones ambientales necesarias por causa no imputable al mismo. En esencia, se trata de casos en que este tipo de problemas podría haber sido solucionado de otra forma si se hubiere involucrado en fases previas a las Autoridades Ambientales para recabar su opinión y, eventualmente, efectuar variaciones a los requerimientos del proyecto de obra.

¹⁰³ Por ejemplo, son bastante corrientes los casos en que, habiéndose previsto en las bases de licitación o contrato una determinada exoneración fiscal para el contratista a establecerse formalmente a través del correspondiente decreto del Poder Ejecutivo, se producen demoras excesivas en el otorgamiento formal de dicha exoneración, estando el contratista impedido de realizar las actividades a su cargo por dicha causa.

Respecto a este punto, cabe señalar que son bastante menos de los deseables, los casos en que se diseñan proyectos de PPP en los cuales se ha efectuado, por parte de la Administración, de un adecuado sondeo de los requerimientos mínimamente exigidos por los diferentes actores del sector privado participantes en este tipo de procesos.

En el caso de los promotores y otros agentes privados involucrados en las actividades de construcción, gestión y provisión de equipamientos, abundan ejemplos que ponen de manifiesto la inexistencia de instancias adecuadas a través de las cuales éstos puedan manifestar sus puntos de vista respecto de los proyectos que se les ofrecen por la Administración. Por otra parte, cuando se llevan a cabo instancias más o menos formales para recabar sus respectivos puntos de vista, a través de llamados a “expresiones de interés” o similares, suele apreciarse que, en varios casos, ello tiene un valor meramente simbólico.

Los agentes financieros, que son quienes proveen la porción sustancial de recursos financieros necesarios para acometer la gran mayoría de este tipo de grandes proyectos, pocas veces son adecuadamente consultados con carácter previo a la elaboración de documentos definitivos de bases de licitación y contratos de concesión. Así pues, se dan casos en los cuales, al no contemplarse determinadas medidas que pudieran haber sido planteadas por aquéllos a efectos de reducir la exposición a determinados riesgos, aumentan los costos de financiamiento de los proyectos; y/o se dilata el inicio de ejecución del proyecto como consecuencia de iniciarse una fase de negociación de la financiación de un proyecto con una o más instituciones financieras que, para involucrarse en el proyecto, plantean requisitos no contemplados en las bases y el contrato, o la modificación de otros allí previstos; lo cual genera inconvenientes de primer orden, desde el punto de vista de generar un entorno propicio para la existencia de impugnaciones de parte de los demás oferentes que no hubieren resultado adjudicatarios, alegando cambios en las condiciones sobre las cuales elaboraron sus respectivas ofertas y, por ende, la violación de principios de contratación administrativa como el de igualdad.

En el caso de usuarios y núcleos poblacionales, se da la situación de que muy pocas veces son consultados en el marco de la ejecución de programas de PPP que impliquen modificaciones sustanciales al status quo vigente. En este sentido, son conocidos los casos de situaciones de manifestaciones en contra de los proyectos, sean de comunidades afectadas, sean los usuarios dispuestos al pago.

M. Diseño de la estrategia comunicacional

En pocas ocasiones se ven estrategias de comunicación para la difusión de las futuras acciones de la Administración en el marco de estructuración de un proyecto de PPP que estuvieren adecuadamente planteadas.

En tales casos, son frecuentemente planteadas confrontaciones generales entre aquellos sectores interesados en mantener el status quo vigente (trabajadores, usuarios, grupos políticos, etc.) –y potenciales perjudicados por la decisión política de iniciar un proceso

de PPP- y el Gobierno. Aquellos tienden a procurar captar el favor de la comunidad, con reclamos, movilizaciones y/o reivindicaciones de distinto tipo, planteando tradicionales “slogans” y argumentaciones que buena parte de las veces son verdades “a medias” o directamente falacias; y que, en muchas ocasiones, no han encontrado una adecuada respuesta de parte del Gobierno; al punto de que existen casos en que éste se ha visto obligado a desistir de proyectos a iniciarse o en curso.

K. Realización de estudios de factibilidad

Cuando la Administración instrumenta proyectos de dicha envergadura, debe ser consciente de lo que está planteando son negocios de características sumamente complejas y, por tanto, mal puede hacerlo exclusivamente sobre la base de su “presentimiento” o de someros estudios internos.

No obstante, esta es una situación relativamente frecuente en el caso de varios proyectos de PPP ejecutados en América del Sur (especialmente concesiones); y ello ha conllevado un alto número de situaciones de fracaso de las licitaciones (es común el caso de licitaciones que se postergan por falta de interesados, al punto de que terminan declarándose los procesos desiertos), o de problemas ulteriores en el desarrollo del contrato, sea porque se lancen al mercado proyectos mal diseñados a causa de no contemplar los requerimientos mínimos de los agentes privados para la canalización de inversiones al proyecto, o porque se otorguen excesivos beneficios de carácter económico a éstos como consecuencia de no haber podido determinar el “precio” exacto de lo que se quiere ofrecer o, porque no tengan un claro impacto social, o bien, porque los proyectos diseñados no sean factibles desde el punto de vista ambiental una vez adjudicados, entre otras circunstancias corrientes; y lo que es peor aún, porque ante los llamados a licitación correspondientes en tales casos, se presenten propuestas de adjudicación que, finalmente, no contemplan los parámetros esenciales del interés que el Estado pudiera tener en licitar el proyecto, puesto que dichos parámetros, por desconocidos o deficientemente evaluados, suelen ser desvirtuados en el período de presentación, evaluación y adjudicación de las ofertas.

Ahora bien; no basta con que se hagan estudios de viabilidad, sino que es requisito fundamental el de que dichos estudios sean serios, sólidos y consistentes. Caso contrario, ocurre lo que muchas veces se ve que es la falta de presentación de interesados a los proyectos ante la desconfianza que les reportan los estudios y evaluaciones realizados por la Administración; internamente, o con la colaboración de asesores externos sin trayectoria en el medio en la realización de dicho tipo de análisis.

L. Análisis y gestión de riesgos de los proyectos

Una clara identificación, análisis y asignación de riesgos entre las partes es crucial para el éxito de los proyectos.

En buena parte de los proyectos PPP que se ejecutan en América del Sur, no se realizan adecuados análisis de riesgos de los proyectos, ni se configuran matrices apropiadas a dichos efectos; lo cual se ha traducido en superiores costos financieros para los proyectos, cuando no, el desinterés directo de diferentes agentes privados de seriedad y reputación nacional e internacional consolidada.

M. Estructuración de proyectos de PPP

Los errores y fallas cometidos en relación al punto en cuestión suelen ser del siguiente orden: i) utilización de una modalidad de PPP predeterminada, cuando en función de las circunstancias del caso se hubiere podido aplicar otra distinta; ii) falta de definición adecuada de mecanismos de contribución pública para los proyectos; iii) definición poco acertada de los requerimientos básicos a exigir a los agentes privados participantes en los procedimientos licitatorios; iv) errónea definición de los plazos previstos para la vigencia del contrato; y iv) diseño de proyectos muy ambiciosos, con niveles de inversiones y su cadencia a lo largo del contrato que no guardan una razonable relación con la dimensión del “negocio” que gestionará el contratista; entre otros.

N. Promoción previa y marketing del proyecto

El determinar la forma y condiciones para realizar la promoción previa y marketing del proyecto es un “arte”, y en ello, no hay lugar para la improvisación. Se trata de una labor fundamental especialmente en relación a grandes proyectos de inversión; y respecto de la cual, son conocidos los casos en los cuales han existido numerosas fallas en la ejecución de dichas actividades. Errores comunes son: i) falta de identificación adecuada del potencial público participante en el proyecto; ii) falta de implementación de adecuadas técnicas de promoción y marketing; y iii) realización de instancias de road show y presentaciones en general sin la debida preparación; entre otras.

O. Elección e implementación del procedimiento licitatorio

Se trata éste de un aspecto de comisión de errores en forma frecuente por la mayoría de entidades públicas de los diferentes países de América del Sur. Así por ejemplo, se pueden destacar los siguientes casos: i) situaciones en las que se utilizan procedimientos licitatorios no apropiados para licitar proyectos de PPP (es común aplicar, todavía en varios casos, proyectos estructurados para operaciones de compra de parte del Estado, aunque inadecuados para proyectos de PPP); o bien, que no son apropiados para licitar este tipo de proyectos en determinados escenarios (por ejemplo, la utilización del mecanismo de la subasta –y sin base- para licitar un proyecto respecto del cual, ya se ha evidenciado la falta de interés de agentes privados en el proyecto; en cuyo caso puede ocurrir que se termine “regalando” el negocio propuesto por el sector público); ii) falta de claridad en la definición de los elementos de valoración de las ofertas; iii) presentación de “ofertas temerarias” o anormalmente desproporcionadas en los procesos, que cuando no se han regulado adecuadamente estas situaciones en las bases de la licitación, la Administración no tiene más remedio que aceptarlas; aún a sabiendas que, tarde o temprano, terminará renegociando el contrato con el operador; iv) supuestos delictuales

en general, relacionados con el manejo y suministro de información durante el procedimiento licitatorio (corrupción); v) situaciones de presentación de ofertas distintas en un mismo procedimiento por empresas vinculadas; y vi) casos de impugnaciones sin los debidos tratamientos; entre otras tantas situaciones que la realidad permite apreciar.

P. Diseño de contratos PPP

Con mayor o menor alcance, es frecuente ver errores al momento de redactarse los contratos de PPP aplicables a diferentes operaciones. En este sentido, las fallas más comunes se ven en la existencia de situaciones de excesiva discrecionalidad administrativa (por ejemplo, al momento de otorgar o denegar solicitudes de autorizaciones de diferente tipo, efectuar controles o determinar la aplicación de mecanismos sancionatorios), en la inadecuada regulación de situaciones tales como la cesión de la concesión, subcontratación, constitución de garantías sobre activos afectados a la operación, constitución de garantías sobre los flujos futuros de fondos a generarse con la operación por parte del contratista, asignación de riesgos y resolución de supuestos de eventos extraordinarios, mecanismos de interpretación de los respectivos contratos, y procedimientos de resolución de controversias; entre otros tantos.

4.2.4 Ejemplos destacables de contratos PPP en el mundo y la región sudamericana

4.2.4.1 Caso No. 1 (multicaso): El “Foothill/Eastern Corridor” y las “91 Express Lanes”: dos experiencias interesantes en California - Estados Unidos

A. La experiencia del mecanismo de “unbundling” en el caso del “Foothill/Eastern Corridor en California

En el marco de la asociación público – privada para la provisión de infraestructura de transporte, se puede señalar como un ejemplo interesante de financiamiento privado de infraestructura pública el utilizado en la carretera de pago *Foothill/Eastern Corridor* (California-USA), experiencia pionera en el financiamiento total con capitales privados sobre la base exclusiva de ingresos provenientes del cobro de peajes (1995) que utilizó como una de sus fuentes de ingresos el pago de compensaciones al proyecto por impactos en el desarrollo.

El proyecto proporcionaba acceso directo entre las áreas residenciales de Riverside County , los suburbios del suroeste del Orange County y el Condado Norte de la ciudad de San Diego. Consideraba una infraestructura de tres pistas por sentido con posibilidad de expansión en pistas centrales de propósitos especiales.

La totalidad del proyecto consideraba una inversión de US\$ 1.500 Millones con una inversión directa en construcción de US\$ 750 Millones.

A dichos efectos, se creó una Agencia Pública de propósito especial (The Foothill / Eastern Transportation Corridor Agency), a la cual el Estado de California cometió el diseño, construcción, mantenimiento y operación de las vías antedichas.

Las actividades de referencia, fueron subcontratadas en forma independiente, con entidades de alta especialización en cada caso. Esta técnica, denominada “unbundling”, implicó la generación de un marco de separación de responsabilidades de construcción y operación, dejando las primeras en manos del consorcio adjudicatario del proyecto (diseñador y constructor) y las segundas en un contrato directo de un operador-recaudador con el respaldo de una agencia pública promotora (Transportation Corridor Agency) generándose de esta forma las garantías públicas requeridas para respaldar el pago de los bonos colocados para el financiamiento del proyecto.

Así, se otorgaba el financiamiento al proyecto reconociendo las capacidades de diseño y construcción del consorcio adjudicatario y las capacidades de hacer frente a las incertidumbre de tráfico (dada la ausencia de historia de pago) de la agencia pública.

La agencia pública creada responde a dos carencias institucionales que se presentaban al momento de financiamiento del proyecto:

- Generar la estructura capaz de otorgar las garantías públicas requeridas por los financistas manteniendo la posibilidad de tomar dicha deuda sobre la base de ingresos provenientes del pago de peajes.
- Recaudar los pagos por impactos en el desarrollo (Development Impact Fees), fuente de ingreso que transfiere al proyecto las plusvalías generadas por el mismo.

La concentración de los fondos requeridos para construcción y operación en un solo financiamiento otorgado a una agencia pública redujeron los costos del mismo y permitieron establecer las compensaciones por impacto en el desarrollo como una fuente de financiamiento.

Cabe señalar el modelo de la agencia pública puede ser reemplazado por la existencia de garantías de ingreso mínimo para cumplir el objetivo de dar las garantías necesarias al proyecto pero no es reemplazable en la función de capitalización de los impactos en el desarrollo ya que estos no serían transferibles directamente entre privados, requiriéndose la existencia de una institucionalidad mixta como la de las agencias para cumplir con las funcionalidades de toma de deuda privada y recaudación de compensaciones (impuestos territoriales).

Desde el punto de vista del modelo de financiamiento utilizado, en este caso se implementó sólo para la separación de las fases de diseño/construcción y operación, sin embargo este mismo modelo puede ser implementado en modelos de negocio mas complejos o con mayor número de actores, lo que permite una reducción de los costos de financiamiento.

La financiación del proyecto, fue gestionada por la referida Agencia a través de una emisión de “revenue bonds” sin recurso contra la Agencia por conducto de una estructura fiduciaria (“grantor trust”), pero garantizados por el cash-flow derivado de la explotación del proyecto (deducidos los costos de mantenimiento y operación).

En definitiva, a modo de análisis general del proyecto comentado, se pueden realizar las consideraciones que se destacan seguidamente.

En un proyecto de infraestructura de transporte en el cual existen diversos negocios asociados, por ejemplo infraestructura y su operación, servicios de transporte público y su explotación, entidades de control y fiscalización, etc; uno de los problemas o dificultades que aparece para la concreción del proyecto es la necesidad de financiamiento de cada uno de los subnegocios, particularmente considerando las interdependencias. Podría ocurrir que el financiamiento de los sistemas de transporte público considerarán como un riesgo asociado a los flujos de pago la concreción de la infraestructura y por tanto cobrarán las primas de riesgo correspondientes, esto implica pagar para un mismo proyecto (complejo) dos veces las primas por el mismo riesgo, ya que estas también son cobradas en el financiamiento de infraestructura.

La situación anteriormente descrita puede ser mitigada mediante el empaquetamiento de los proyectos bajo el alero de instituciones de carácter mixto que permitan dar las adecuadas participaciones al sector público y privado y además permitan presentar el proyecto en su conjunto, asumiendo las responsabilidades de las interacciones y dando garantías de concreción del proyecto de forma global.

En este escenario el financiamiento global del proyecto es suscrito por la agencia (entidad mixta) la cual distribuye el financiamiento parcial a cada subnegocio, asumiendo por la vía de la participación accionaria en la agencia las responsabilidades y con una centralización de flujos financieros que paga los créditos contraídos y distribuye las utilidades.

Interesante es hacer notar que para situaciones en las cuales entidades del tipo de las planteadas sean infactibles por las diferencias de cada unidad de negocio, estas pueden surgir como entes independientes (englobando sólo aquellos negocios que sea posible) y con los proyectos en operación buscar la fusión que permita el funcionamiento de los proyectos como una unidad de negocio múltiple.

En el caso del corredor analizado (Foothill/Eastern), al tiempo que se desarrollaba la agencia que lo concreto surgía otra agencia con iguales propósitos para otro corredor integrante de la misma red interurbana, el corredor San Joaquin. Una vez concretados ambos proyectos y ya en operación ambas agencias se fusionan en una sola entidad que opera la red total de conectividad interurbana (Junio 2002).

B. El caso de la concesión de las 91 Express Lanes en California

En 1989 la legislación californiana aprobó varias leyes, la Assembly Bill 68, autorizó cuatro proyectos pilotos de infraestructura de peaje con financiamiento privado. El concurso lanzado dio al sector privado la opción de seleccionar los proyectos. De trece grupos internacionales presentados, diez precalificaron. La SR91 fue uno de los cuatro proyectos seleccionados en 1990.

Situada al Este de los Angeles (California), la SR91 es una autopista gratuita que une los tres condados con la mayor tasa de crecimiento de los Estados Unidos: Orange, Riverside y San Bernardino.

El tráfico en los ocho carriles de la autopista existente alcanza los 230.000 vehículos/día y padece más de 4 horas de congestión todos los días en los dos sentidos.

El concesionario CTPC (California Private Transportation Company) ha construido en la mediana de la autopista existente sin peaje, cuatro carriles con peaje (dos en cada sentido), estas son las 91 Express Lanes.

Con una longitud de 17 kilómetros sin acceso intermedio, esta nueva infraestructura ofrece una alternativa rápida, segura y confiable.

La concesión tiene una duración de treinta y cinco años, se traspasó el riesgo al privado que podía renunciar sin penalidades si el proyecto no resultaba factible. No tiene subsidios del Estado.

El concesionario tiene la libertad para fijar el peaje, pero sus utilidades potenciales están limitadas por una tasa de rentabilidad máxima sobre la inversión (capitales más prestamos) durante todo el período de la concesión. Esta tasa puede aumentar si la tasa de ocupación de los vehículos se incrementa, o si el número de accidentes mortales es menor que en infraestructuras comparables.

El estado se compromete a no construir ejes competidores en el corredor, bajo pena de indemnizar al concesionario por las pérdidas.

El financiamiento se puso en marcha en 1993, con Citibank, el BNP y la Société Générale, a los que posteriormente se les unió el Deutsche Bank y Cigna, una compañía de seguros. El costo de la inversión es de 126 millones de dólares.

El contrato fue firmado a suma alzada. Los trabajos duraron veintinueve meses, el peaje se efectúa exclusivamente mediante telepeaje plena vía, los vehículos no tienen que disminuir la velocidad.

Las 91 express Lanes sólo son accesibles para los abonados con un telebadge en su parabrisa. El monto del peaje varía entre 0,75 centavos a 3,5 dólares en el día y en la semana, de acuerdo con el congestionamiento de los carriles sin peaje, la tarifa se publica por adelantado. Además aparece en internet y en paneles situados 500 metros antes de

ingresar a la concesión, por lo que el usuario queda en libertad de elegir si pagar o no ex ante de ingresar.

Con el fin de favorecer los viajes compartidos, los vehículos con por lo menos tres personas, llamados “3+”, gozan de un descuento del 50% en todo el recorrido. El telebadge puede ser utilizado en otras autopistas de California.

Con el fin de capturar a los evasores, una foto toma la placa de matrícula de los vehículos sin telebadge. La legislación permite enviar a su propietario una multa por correo. En caso de no pagarla, el servicio de patentes no renueva la licencia.

La inauguración se realizó el 27/12/95, dentro de los tiempos y el presupuesto estimado.

Este proyecto presenta numerosas innovaciones: es la primera autopista de peaje con financiamiento privado de los estados Unidos desde hace más de setenta y cinco años, es la primera autopista en el mundo con peaje totalmente automatizado y con modulación de tarifas. Por la presencia de competencia gratuita cercana, es importante realizar campañas de mercadeo para captar clientes. Para asegurar la fluidez en las 91 Express Lanes, por las que circulan más de 30.000 vehículos, se tuvieron que aumentar 4 veces las tarifas en 3 años. El tráfico desviado hacia los carriles de peaje ha mejorado considerablemente las condiciones de circulación de las vías gratis.

4.2.4.2 Caso No. 2: Los contratos de conservación vial en América Latina – Especial consideración de las experiencias en Argentina, Brasil y Uruguay

A. Consideraciones Generales

Desde la década de los 80's, e incluso antes en algunos países, América Latina comienza a sufrir el proceso de destrucción de las redes viales completas por el déficit de conservación y de políticas de mantenimiento de largo plazo, sumado además en algunos casos a las externalidades negativas generadas por inclemencias climáticas.

Los gobiernos tuvieron entonces que reinvertir en obras viales deterioradas gastando dos o tres veces más que el monto de una conservación oportuna, producto de lo cual, paralelamente a los primeros estudios de procesos de concesión B.O.T., se comienza a analizar nuevas modalidades de contratos de mediano plazo que permitan aumentar la participación del sector privado en actividades de rehabilitación y mantenimiento vial en redes secundarias pavimentadas y no pavimentadas en las cuales no resulta necesariamente eficiente incorporar plazas de peaje que permita cobrar a los usuarios.

En ese contexto se diseñan contratos que a través de la regulación por cumplimiento de niveles de servicio predeterminados, incorporar mantenimiento rutinario, periódico y en algunos casos rehabilitaciones.

Hasta 2001 se tenían más de 40 mil kilómetros de vías en nueve países de la región (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú y Uruguay). En la mayoría se trata de contratos piloto excepto en Argentina y Uruguay donde más del 60% de las redes viales nacionales se conserva por resultados.

Cuadro N°1 - Contratos de conservación vigentes en 2001

	Cantidad de Contratos	Km (total)	Km (promedio)	Plazo Años	Monto Anual mUS\$/km	Tipo Conservación
Argentina (c)	59	11.295	191	5	11,0 (a)	I-R
Argentina (c)	11	3.623	329	4	2,1 (b)	R
Brasil (c)	7	2.000	286	5	7,0 (a)	I-R
Brasil (c)	1	193	193	3	1,6	I-R
Brasil (c)	9	489	54	3	0,8 (d,e)	R (d)
Chile (c)	2	747	374	5	3,2	I-R
Colombia (m)	280	11.487	41	1	1,5	R
Colombia (mU)	5	308	62	1*	1,1	R
Guatemala (m)	130	4.200	32	1*	1,5 (d)	R (d)
Honduras (m)	36	1.670	46	1	1,0 (d)	R (d)
Nicaragua (m)	27	1.250	46	1	1,0 (d)	R (d)
Uruguay (c)	7 (f)	1.473	210	4-5	7,0	R-p
Uruguay (m)	9	1.768	196	2*-4	3,8	R
Uruguay (s)	2	733	367	2	---	R
Uruguay (U)	3	241	80	3*	1,2/m2	I-R
	588	41.477	(C): 203 (m): 42			

Fuente: Reforma Conservación Vial Boletín N°13, Noviembre 2001 – Programa IRF/CEPAL/GTZ

I: rehabilitación inicial R: conservación rutinaria p: conservación periódica

(c): contratistas tradicionales

(m): microempresas de trabajadores; en Colombia (mU) y en Guatemala participan mujeres

(s): convenios entre la Dirección Nacional de Vialidad y unidades internas de conservación

(U): contrato en zona urbana *: renovables por un período igual

(a): incluye el costo de la rehabilitación inicial; conocido también como “CreMa”

(b): conocido también como “km-mes”

(d): incluye sólo limpieza del sistema de drenaje y del derecho de vía

(e): ocho de los nueve contratos, abarcando 240 Km. son complementos de contratos de obra

(f): un contrato de 266 Km. está en adjudicación y se inicia en 2002

B. Diseño de contratos CREMA en Argentina y Uruguay

Los contratos de conservación y mantenimiento por nivel de servicio (contratos CREMA) que llevan a cabo en Uruguay y Argentina están sirviendo de ejemplo como experiencia a aplicar en los países de la región. En estos contratos el Estado entrega a una empresa privada la responsabilidad de mantener una determinada red de caminos definida en el pliego de licitación bajo el concepto de gestión vial, es decir, el contratista decide que intervenciones deben realizarse respetando las condiciones pactadas con el Estado para lo cual el fiscalizador verifica el cumplimiento de estándares predefinidos.

Para el cumplimiento de lo anterior el estado d la vía se define a través de estándares explícitos, dejándose flexibilidad a la empresa en cuanto a la forma en que los alcanzará. Con frecuencia estos contratos incluyen obras de rehabilitación, normalmente a ser ejecutadas al comienzo de su desarrollo con el fin de mejorar la red vial en mal estado para alcanzar el estándar de servicio base predefinido.

Los pagos por conservación son realizados a suma alzada, en forma periódica y reajustables. Estos pagos se efectúan no por el volumen de las obras efectuadas, sino por el cumplimiento del estado predeterminado para los caminos en cuotas mensuales por kilómetro, diferenciada por tipo de superficie o rodadura. El incumplimiento de los estándares pactados motiva la aplicación de sanciones, que usualmente incluyen multas y pueden llegar incluso a la terminación del contrato. Por otro lado, las obras de rehabilitación, se pagan a precios unitarios durante la ejecución de las mismas.

En Uruguay los contratos CREMA comenzaron a aplicarse en el año 1998. Durante el 2001 encontrándose un séptimo en etapa de adjudicación. La duración de los contratos es de 4 años (con la excepción de uno de 5), sus montos van de MMUS\$ 5 a MMUS\$ 25 y comprenden redes de entre 30 y 360 km., incluyen tanto caminos pavimentados como no pavimentados.

La infraestructura vial nacional de Argentina alcanza los 40.000 kilómetros de los cuales actualmente 28.600 se encuentra en buen estado, distribuidos en 9.800 concesionados con peaje, 11.800 se encuentran bajo los contratos CREMA y Por la falta de financiamiento la Dirección de Vialidad solo puede atender 7.000 kilómetros. El resto se encuentra en estado entre complicado y muy malo.

En Argentina los contratos CREMA están en aplicación desde el año 1996. En una primera etapa (CREMA I) se licitaron 61 de ellos, con un total de 11.800 km. y redes entre 80 y 350 km., total equivalente a un 55% de la red nacional no concesionada. La red estaba generalmente en buen estado, con un 25% en mala condición y un tráfico medio diario de aproximadamente 750 vehículos. Los trabajos de rehabilitación abarcan aproximadamente el 74% del total a invertir y le mantenimiento rutinario alcanza el 26%. La participación del sector privado fue bastante alta, alcanzando entre 5-20 propuestas por contrato. El valor promedio de cada contrato alcanzó los 10 MMUS\$.

Durante el 2001 se estaba preparando una nueva etapa (CREMA II), que en su versión ampliada considera 26 nuevos contratos con un total de 6.470 km., con redes entre 93 y 203 km. Esta nueva etapa incluye perfeccionamientos a la versión anterior, basados en la experiencia adquirida. En ambos casos los contratos son por 5 años.

Los siguientes cuadros resumen las principales características técnicas de los contratos CREMA actualmente en aplicación en Uruguay y Argentina.

	País	
	Uruguay	Argentina
Año de inicio primer contrato	1998	1996
Número de contratos vigentes 2001	6	61
Monto inicial de contratos (MMUS\$)	10 - 20	6 - 13
Longitud red (km.)	30 - 360	75 - 350
Precio medio conservación (US\$/(km.*año))	3.800	4.900
Precio medio total (US\$/(km.*año))	7.000	11.000

Fuente: Estudio diseño de contrato de concesión de conservación y explotación de red de caminos, elaborado por Soluciones Integrales S.A. para la Dirección de Vialidad Chile. Julio de 2001.

Los contratos CREMA están concebidos para ser aplicados a los caminos secundarios no concesionados. En Argentina los contratos CREMA se aplican sólo para caminos pavimentados a diferencia de Uruguay en donde se considera red vial pavimentada y no pavimentada, ambos países consideran una red vial homogénea y concentrada geográficamente.

La supervisión de los contratos en Argentina es administrada y seguida, en las oficinas centrales de Vialidad. Sin embargo, existe un fuerte control en la Provincia, de donde es el inspector fiscal.

La supervisión y seguimiento de los contratos CREMA de Uruguay se ejecuta en las oficinas centrales de Vialidad Nacional en la Oficina de Control de Contratos encargada de recopilar información que permita evaluar estadísticamente el avance general de las obras y el estado de la red entregada en los contratos, además tiene la responsabilidad de asemejar los criterios de evaluación entre los diferentes contratos, entre otros.

En ambos países el contratista debe hacer suyo el proyecto definido en la licitación, más aún traspasan los riesgos de daños de terceros y de emergencias viales (con excepción de daños causados por guerra y catástrofes naturales de mayor envergadura)

Los contratos CREMA contemplan que los contratistas son responsables por el aseguramiento de la calidad de los trabajos que ejecuten, basados en el concepto de

autocontrol, para lo que deben desarrollar prácticas de autocontrol, incluyendo los subcontratos. En ese contexto, en Argentina algunos contratistas están certificados, en Certificación ISO 9000 motivo por el cual existen los incentivos para cumplir eficientemente con los procesos internos de las actividades propiamente tal de la empresa con lo cual se tiende a obtener un producto de buena calidad.

En ambas experiencias se declara que se quiere ampliar la cobertura de esta modalidad de contratos debido al exitoso proceso que se ha ejecutado, además es destacable la formación de una nueva industria de mantenimiento para infraestructura vial. Esto ha conllevado a que se genere una especialidad lo que permite afinar los precios durante el proceso de estudio de las nuevas generaciones

La participación de los usuarios ha sido baja en general no existiendo grandes reclamos por el uso de las vías.

Lamentablemente la innovación tecnológica ha sido escasa lo que puede ser producto de la corta duración de los contratos lo que no permite amortizar inversiones en este ítem. Por otro lado pueden no existir los incentivos necesarios para que las empresas inviertan en nuevas tecnologías y nuevos procesos.

C. Desarrollo de la Conservación Vial por Estándares en Brasil

Los contratos de conservación vial por estándares o niveles de servicio se entregan por plazos de tres a cinco años, durante los cuales el contratista debe mantener una red definida de caminos en las condiciones estipuladas, debiendo ejecutar las operaciones de conservación pertinentes.

El servicio de conservación se paga a suma alzada mensual por kilómetro de camino mantenido, traspasando al contratista la gestión del mantenimiento y las relaciones con los usuarios. Además, los contratos incluyen rehabilitaciones iniciales que permiten llevar a un estándar deseable la ruta.

El contratista es responsable de la atención de emergencias, la asistencia y respuesta permanente a situaciones imprevistas que interrumpan o dificulten la libre circulación, así como la información oportuna al usuario sobre la existencia de tramos sujetos a faenas u otro tipo de problemas.

Los contratos son regulados por el organismo vial contratante, el cual fiscaliza el cumplimiento de los estándares establecidos en el contrato además de verificar el libro de reclamo de los usuarios.

El primer contrato de conservación vial por estándares en Brasil se adjudicó en abril de 1998 en Santa Catarina. Tiene un plazo de cinco años y contempla una red de 375 kilómetros, de los cuales 283 son pavimentados y 92 son de grava. El valor total alcanza a 7.5 millones de dólares, de los cuales 1.5 millones corresponden al costo de las rehabilitaciones iniciales.

D. Fondos Viales en Brasil ⁽¹⁰⁴⁾

En Brasil, cuatro estados han creado fondos viales hasta la fecha:

- Mato Grosso do Sul en junio de 1999,
- Mato Grosso en marzo de 2000,
- Paraná en diciembre de 2000 y
- Goiás en enero de 2001.

Los fondos de los estados de Mato Grosso do Sul y Mato Grosso tienen Características muy similares. Ambos son entidades públicas autónomas, tienen Consejos mixtos y se financian a través de una parte de los impuestos de los combustibles e impuestos a algunos productos agrícolas, todos los cuales se transfieren al Fondo en forma directa (véase el Gráfico 5). Además, son responsables de la construcción, mejoramiento, rehabilitación y mantenimiento de la red estadual. Se incluyó la construcción y el mejoramiento de la red vial, debido a que los dos estados todavía necesitan desarrollar sus redes viales.

El Fondo de Conservación Vial autónomo del Estado de Paraná (FUNCOR) se concentra sólo en la conservación rutinaria y periódica y se financia a través de una parte de los impuestos a los combustibles. El Consejo está conformado por 16 miembros: tres secretarios de estado (Transporte, Economía y Agricultura), el Director del Departamento de Caminos, un representante de la Asamblea Legislativa, un representante de la Asociación de Municipios y nueve Representantes de diferentes federaciones y sindicatos del sector transporte y la economía, más un representante de los usuarios de las vías.

El FUNCOR se financia mediante un impuesto de un centavo de real por litro de gasolina y dos centavos de real por litro de *diesel*, que ingresan en forma directa a una cuenta del Fondo y no a través del Ministerio de Hacienda. El costo administrativo está limitado a 1% del ingreso anual del Fondo.

El Fondo Vial autónomo del Estado de Goiás se financia principalmente con el impuesto sobre la propiedad vehicular y tiene por finalidad el financiamiento de la rehabilitación, el mejoramiento y el mantenimiento de la red vial estadual. Su Consejo se compone de cuatro secretarios de estado (Infraestructura, Planificación, Hacienda y Agricultura), el Presidente de la Agencia de Transporte y Obras, el Presidente de la Comisión de Obras y Servicios de la Asamblea Legislativa, el Presidente de la Asociación de Agricultores, el Presidente de la Asociación de Municipios, el Presidente del Sindicato de Empresas de Transporte de Cargas y el Presidente del Sindicato de Agentes de Transporte.

4.2.4.3 Caso No. 3: La concesión de la “Second stage expressway” – Tailandia: Los resultados de un inadecuado funcionamiento del sistema institucional

¹⁰⁴

Reforma Conservación Vial Boletín N°13, Noviembre 2001 – Programa IRF/CEPAL/GTZ.

A. Proyecto

El proyecto de vías expresas de Bangkok buscaba construir mediante el mecanismo de concesión un sistema de autopistas de 37 kms en la ciudad Bangkok, el cual se financiaría mediante el cobro de peaje por uso. Este iba a ser desarrollado mediante el sistema de BOT, con un plazo de concesión de 30 años y tenía una inversión inicial estimada en US\$ 1.000 millones.

El contrato de concesión establecía entre otros aspectos: la estructura de peajes, la coparticipación de ingresos y la metodología de revisión de los peajes. La aprobación del contrato de concesión y su validación por parte del Ministerio de Justicia de Tailandia fue un elemento que facilitó la obtención del financiamiento requerido.

B. ¿Dónde surgieron los problemas?

- a. **Peajes:** De acuerdo al contrato de concesión, el concesionario – Bangkok Expressway Co. Ltd (BECL) – podía recolectar peajes en la medida que fuera entregando parte de las obras y se planteaba, además, un incremento en los peajes desde US\$ 0,6 a US\$ 1,2. Ambas medidas permitían al concesionario hacer frente a la deuda contraída. Sin embargo, surgieron dificultades respecto del incremento en el valor de los peajes, así como una contienda entre el concesionario y la Expressway and Rapid Transit Authority of Thailand (ETA) respecto de si los kilómetros necesarios para autorizar los cobros se habían construidos o no.
- b. **Operación del Proyecto:** Si bien el contrato de concesión estipulaba que el concesionario debía *construir, operar y mantener* las vías, la ETA declaró que, debido a ciertas restricciones legales no especificadas, BECL no podía operar la concesión, sino que tanto la mantención como la operación eran únicamente responsabilidad de ella. Esta posición claramente contravenía lo establecido en el contrato de BOT.
- c. **Financiamiento:** Dado el cambio en las condiciones básicas del contrato, los financistas cortaron el flujo de recursos al concesionario, lo cual llevó finalmente a BECL a suspender las obras. A raíz de la suspensión de las obras, ETA entabló un juicio en contra de BECL, dictaminado los tribunales de justicia tailandeses que, en base a provisiones establecidas en el Código Civil y Comercial, las obras podían ser terminadas por ETA. Este dictamen llevó a la sociedad concesionaria, finalmente, a buscar arbitraje internacional en contra de ETA.
- d. **Marco institucional:** No existe en Tailandia un claro marco institucional que establezca claramente la asignación de competencias y potestades a las diferentes entidades de la Administración Pública en la materia; definiendo el ámbito de roles, atribuciones y responsabilidades de las distintas entidades públicas involucradas en el sector, de modo tal de evitar situaciones de

superposición de competencias, y clarificar el relacionamiento interinstitucional, así como de dichas entidades públicas con los operadores privados. Los problemas de superposición de competencias y potestades que se vienen de señalar han sido notorios entre 1989 y 1990, en donde se han licitado proyectos de concesiones viales que han competido entre sí; y dando a su vez lugar a duplicación de esfuerzos, falta de coordinación para una más eficaz y eficiente acción pública en el diseño, estructuración e implementación de dichas operaciones de PPP; y dificultades de variada índole ya en la fase de construcción de tales proyectos por los concesionarios.

- e. **Planificación estratégica:** La falta de coherencia existente en el orden institucional, se ha trasladado, por añadidura, a la planificación estratégica para el sector. En este sentido, ha existido un “plan maestro” de desarrollo de redes de autopistas interurbanas aprobado por el Department of Highway, dependiente del Ministerio de Transporte y Comunicaciones; y después, “planes maestros” elaborados por la ETA, empresa pública dependiente del Ministerio del Interior, y por la State Railway of Thailand (SRT), empresa pública dependiente del Ministerio de Transporte y Comunicaciones; para sus respectivos ámbitos de jurisdicción (y por ende, de alcance más reducido que el anteriormente indicado) ⁽¹⁰⁵⁾.

C. Resultado

Los bancos y las autoridades tailandesas de manera conjunta organizaron un consorcio local para tomar posesión de la concesión. Las acciones que estaban en manos de todos los accionistas extranjeros fueron adquiridas, incluyendo los bancos, a los cuales además se les prepagaron los préstamos, incluyendo los costos que implicaron el prepago.

D. Conclusiones

Si bien todos los aspectos legales se habían cumplido al momento de la firma del contrato de concesión, no era clara la posición del gobierno respecto de la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura, además de la no voluntad de incrementar los peajes.

Luego, se puede señalar que la ausencia de un compromiso pleno por parte de la totalidad de las autoridades puede finalmente provocar que un proyecto de concesión no resulte exitoso. Esta falta de compromiso no sólo puede abortar un proyecto, sino que puede afectar la totalidad de la política de concesiones de un país. En el caso de Tailandia, otros

¹⁰⁵ Para más información pueden consultarse los trabajos de GOMEZ IBAÑEZ, José, en “Bangkok’s Second Stage Expressway”, Kennedy School of Government, 1997; WORLD BANK - Private Sector Department, en “Toll Roads in Thailand”, Country Draft Paper, 1997; y en WORLD BANK – Ministry of Construction of Japan, en el análisis correspondiente efectuado en el libro “Asian Toll Road Development Program”- 1999.

proyectos concesionados se han visto afectados por las decisiones tomadas por la Autoridad (¹⁰⁶).

4.2.4.4 Caso No. 4 (“multicaso”): Concesiones de infraestructuras viales en Malasia – Diferentes supuestos y experiencias de renegociación de contratos

A. Introducción

Descripción general

Malasia es uno de los países asiáticos donde, a partir de la década del 90, el desarrollo de infraestructura a través de la participación público-privada ha sido más intenso, sin embargo la introducción de autopistas de peaje es de mediados de la década del 60, periodo en que la gestión de estas autopistas estuvo a cargo de diferentes agencias estatales (¹⁰⁷). A partir de la promulgación de la Ley de Administración Privada de Infraestructura Vial, en 1984, se le otorgó al Ministerio de Obras Públicas el poder de acordar con terceros privados la construcción, reconstrucción, mejoramiento, reparación o mantenimiento de cualquier vialidad federal, traspasándole a éstos los derechos de cobrar peajes.

Con la firma, en Marzo de 1988, entre el Gobierno de Malasia y la United Engineers Malaysia (UEM) para la concesión de la Autopista Norte – Sur (¹⁰⁸), se dio inicio al proceso de participación público privado para el desarrollo de infraestructura en Malasia. Con el inicio del proceso PPP, las agencias estatales tuvieron que acomodar sus roles, de gestora de proyectos a supervisora de éstos (¹⁰⁹).

Como producto de este proceso, Malasia ha tenido un salto significativo en el desarrollo de su infraestructura, contando a fines de la década del 90 con cerca de 1,000 km. de autopistas concesionadas en operación, y sobre 1,000 km. en construcción (¹¹⁰).

¹⁰⁶ La concesión Bangkok Sky Train fue cancelada por problemas políticos, mientras que la concesión Elevated rail/Road Project fue suspendida por problemas financieros.

¹⁰⁷ Entre 1966 y 1980, el Jabatan Kerja Raya (JKR), Departamento de Obras Públicas del Gobierno tuvo la responsabilidad de ejecutar y operar la Autopista Slim River – Tanjong Malim, la cual hoy no es tarifada. Entre 1980 y 1988, se creó la Malaysia Highway Authority (MHA), Agencia del Gobierno, bajo el control directo del Ministerio de Obras Públicas, para construir y operar la Autopista Norte – Sur y el Puente Penang como autopista con peajes públicos.

¹⁰⁸ Esta Autopista partió primero construyéndose bajo la responsabilidad de la MHA, pero problemas presupuestarios del Gobierno, lo llevaron a traspasarla al sector privado.

¹⁰⁹ La MHA cambió su rol y desde ese momento su responsabilidad fue la revisión de los aspectos técnicos de la concesión de carreteras, la supervisión de la construcción y operación del proyecto, la adquisición de los terrenos, los trabajos previos de preparación, así como la planificación de nuevos proyectos y especificación de estándares.

A fines de 1998, como resultado de este proceso de participación público – privada había 24 concesiones de obras de infraestructura vial en Malasia, de esas, 13 estaban en operación, 4 en construcción, y las 7 restantes habían sido recién adjudicadas sin empezar la fase construcción.

A fines de los 90 se produjo una baja de este proceso, como consecuencia de una saturación de las autopistas con peaje y de la crisis económica que sacudió a esa región, la cual afectó a muchos de los proyectos planeados, pero lo importante de esta situación es que el gobierno, entendiendo el concepto de participación público – privada, se mostró dispuesto a ajustar los términos de los contratos ante esa nueva realidad.

Características del Modelo

El modelo de participación público-privado de Malasia puede ser caracterizado como un contrato de concesión BOT, todos los contratos son entre un consorcio privado y el Gobierno Federal a través del Ministerio de Obras Públicas (¹¹¹).

La idea original para el financiamiento era que los bancos nacionales tomaran un rol de liderazgo en la provisión del financiamiento de las autopistas, sin embargo, posteriormente se permitió a instituciones financieras internacionales que participaran en el financiamiento como co-financistas. Los inversionistas internacionales pueden aportar capital a los proyectos como aporte de equity directo o como accionistas, sin embargo se limitó esta participación extranjera, como aporte agregado, a no más allá del 25% de la inversión.

Las tarifas iniciales de las autopistas se dejaron establecidas en los respectivos contratos, sin embargo, la tarifa real a cobrar, así como los reajustes tarifarios están sujetos a la aprobación del Gobierno. En algunos casos, tal como la autopista Norte-Sur, se negoció en el contrato de concesión que si la tarifa real era menos que la especificada en el contrato, el Gobierno compensaría al concesionario por el déficit producido.

En relación a las responsabilidades de cada parte en el contrato BOT, se establecieron, entre otras, las siguientes responsabilidades:

- **Expropiaciones:** El Gobierno es responsable de proveer la faja requerida para realizar el proyecto, sin embargo, la adquisición de los terrenos y los costos involucrados, generalmente se considera que sean asumidos por el concesionario.

¹¹⁰ Este gran desarrollo ha sido también posible gracias al sostenido crecimiento económico que ha tenido Malasia en los últimos años, donde el PIB creció 9% en promedio entre 1988 y 1996, bajando después de ese año, pero siempre manteniendo tasas superiores al 6%.

¹¹¹ A excepción de un contrato de concesión para la construcción de cruces y mejoramientos viales en la ciudad de Kuala Lumpur que fue suscrito por la Municipalidad de Kuala Lumpur con la Autorización del Ministerio de Obras Públicas.

- **Asistencia financiera del gobierno:** Dependiendo de las características y requerimientos financieros de un proyecto en particular, el gobierno puede proveer créditos a una tasa de interés más baja que la del mercado.
- **Perjuicios por acciones del gobierno:** El Gobierno compensa cualquier perjuicio que tenga el concesionario como consecuencia de una acción regulatoria o de otra índole, por ejemplo puede compensar caídas en los ingresos si no se le permite al concesionario subir la tarifa de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión.
- **Término del contrato:** Si un contrato de concesión se termina debido a falla del concesionario o por razones que no se pueden imputar a ninguna de las dos partes, no se paga ninguna compensación al concesionario por alguna eventual pérdida. Sin embargo, si el término del contrato es debido a incumplimiento del Gobierno, el Gobierno compensará al concesionario por las pérdidas sufridas, como por ejemplo permitirle extender la concesión por un período apropiado para compensar las pérdidas sufridas, o recibir una compensación en dinero acordada operar.

El proceso PPP de Malasia, fue sometido a prueba a fines de la década del 90, cuando sobrevino la crisis económica asiática, afectando a la mayoría de las concesiones, las cuales entraron en peligro de incumplimiento de sus compromisos financieros. Ante esta situación, el Gobierno actuó en forma proactiva, asumiendo y tomando una serie de medidas para proteger a esta novel industria. En este contexto, en diciembre de 1997, el Gobierno invitó a todas las Concesionarias que estaban en renegociación de contrato a remitir propuestas de alternativas de solución para reestructurar sus proyectos ante la crisis financiera, como producto de estos, se incorporaron una serie de modificaciones, para flexibilizar las condiciones contractuales.

Otra iniciativa anunciada en 1998, fue el establecimiento de un Fondo de Desarrollo de Infraestructura de US\$ 2,5 billones para cubrir eventuales problemas de proyectos de infraestructura, además de un monto adicional de US\$ 700 millones destinados a adquisición de terrenos y a proporcionar créditos blandos para proyectos prioritarios.

El Gobierno estuvo también dispuesto a revisar el mecanismo de reajuste de tarifas, basado en la lección aprendida en el caso de la Autopista Norte – Sur (¹¹²). Para ello se planteó un nuevo mecanismo, el cual consiste en incorporar en el contrato de concesión la proyección de ingresos, si el ingreso real es superior al proyectado, en un periodo especificado, el Gobierno podría requerir o postergar los reajustes de tarifas o bajar la tasa de esos reajustes; pero si el ingreso es menor que el proyectado, el concesionario puede solicitar la revisión de las tarifas y reinstalar los reajustes previstos en el contrato.

La crisis financiera convenció además al Comité de Privatización EPU a permitir aportes de capital extranjero en las concesiones por sobre el 25% permitido y la posibilidad de aumentar el financiamiento en moneda extranjera. Por otra parte el descenso de la

¹¹² El Gobierno tuvo que pagar a la concesionaria considerables compensaciones por no permitirle subir las tarifas de acuerdo al contrato.

actividad económica producto de la crisis probablemente contribuirá a disminuir el volumen de tráfico, por lo que se preveían que iban a ser construida menos carreteras.

Aspectos institucionales

Respecto a los aspectos institucionales del modelo de Malasia, el Ministerio de Obras Públicas fue responsable de preparar el Plan Nacional de la red de Carreteras y es el encargado de promover e impulsar nuevos planes, sin embargo la ley contempla que tanto el Gobierno como las empresas privadas pueden identificar posibles proyectos viales a concesionar.

De acuerdo a lo anterior hay dos formas de iniciar un proceso de concesión; a través de un proceso de licitación basado en proyectos identificados por el Gobierno; o a través de iniciativas del sector privado, las cuales pueden ser parte de un plan desarrollado por el gobierno o no. Las propuestas de iniciativas privadas son remitidas al Comité de Privatización de la Unidad de Planificación del gobierno de Malasia (EPU) ⁽¹¹³⁾ que depende de la Oficina del Primer Ministro y no del Ministerio de Obras Públicas.

Si un proyecto de concesión surge como iniciativa privada o promocionado por el Gobierno, se inicia un proceso de licitación donde el licitante ganador entra en un proceso de negociación con el Comité de Privatización EPU, para terminar en un acuerdo de contrato. Sin embargo, la ley también permite que no exista proceso de licitación en aquellos casos en que un privado ha presentado una iniciativa y no aparecen otros interesados en presentarse.

El Consejo de Ministros de este comité es el finalmente responsable de otorgar la concesión al sector privado, pero es el Ministerio de Obras Públicas quien realmente firma el contrato de concesión.

B. Algunas experiencias interesantes en materia de concesiones de infraestructuras viales y de renegociación de los términos contractuales

- **Autopista Norte – Sur:** La Autopista Norte – Sur (ANS) es una autopista de peaje de 848 km. que une la costa oeste de Malasia con la frontera con Singapur. Fue

¹¹³ La EPU es una Agencia Federal responsable de la planificación, coordinación, evaluación e implementación de programas de privatización en Malasia. En la practica todas las iniciativas de privatización requieren el respaldo de la EPU. El Comité está compuesto por miembros de varios Ministerios relacionados y evalúa todos los proyectos de privatización a través de cada sector del país, no sólo el de infraestructura vial. Este Comité está formado por dos subcomités; (1) un Subcomité Técnico (compuesto por miembros de la MHA, JKR, del Ministro de Obras Públicas, del Ministerio de Territorio y Minas, de los Planificadores Urbanos Estatales y Federales, representantes del Gobierno Estatal y Comunal, EPU, el Departamento de Riego y Drenaje, y el Departamento de tasación); y (2) un Subcomité Financiero (compuesto por representantes del Ministerio de Hacienda, EPU, Ministerio de Obras, MHA, la Municipalidad de Kuala Lumpur, Planificadores Federales, el Ministerio de Territorio y Minas y el Departamento de Tasación). Para el caso de concesión de carreteras, el Subcomité Técnico tiene la responsabilidad de evaluar aspectos como el estándar, y diseños de la carretera, mientras que el Subcomité Financiero evalúa aspectos como la inversión, las tarifas, periodo de concesión, calificación de la estructura de financiamiento y otras materias financieras.

construida entre 1988 y 1994 con una inversión total de US\$ 2,4 billones (¹¹⁴) y fue financiada totalmente en el mercado de capitales local de Malasia. Esta carretera representa uno de los primeros proyectos PPP, bajo contrato BOT en Asia y atraviesa las principales ciudades del país. Sin embargo antes de concesionarla, el gobierno había iniciado su proceso de construcción como contrato tradicional de obra pública.

Posteriormente, se otorgó la concesión al consorcio United Engineers Malaysia, Berhad (UEM), el cual creó una nueva compañía, la Projek Lebuhraya Utara-Selatan Bhd (PLUS), la cual es la Sociedad Concesionaria para el proyecto. PLUS, mediante el contrato, se obligaba a construir los restantes 462 km., que no había contratado el Ministerio de Obras Públicas, 35 km. nuevos de la autopista Klang Valley, de Kuala Lumpur a la costa, y a un mejoramiento de 15 km. de la Autopista Federal 2. En retorno, el Gobierno se obligaba a transferir a PLUS 309 km. de la ANS que ya estaban terminados o en construcción y los tramos existentes de la autopistas de peaje 1 y 2, con una extensión de 61 km. El contrato de concesión dura hasta el 2018.

Debido al tamaño del proyecto y a su incerteza técnica, la concesionaria tomó la decisión de licitar contratos de construcción separados (¹¹⁵), más que entregar la construcción a un solo consorcio constructor. Alrededor de 2/3 del contrato fueron pequeños contratos y muchos de ellos fueron otorgados a compañías locales. Los contratos de construcción fueron todos otorgados en un plazo hasta 4 años, mientras que el programa total de construcción se estimó en 5 años.

La construcción se terminó antes del plazo programado, pero hubo sobre costos, respecto al presupuesto original. Cuando se llevaba aproximadamente la mitad del proyecto y PLUS estaba otorgando los contratos finales, estaba claro que no habrían suficientes fondos disponibles para terminar la obra y que sería necesaria una segunda etapa de financiamiento.

El costo total de US\$ 2,4 billones fue financiado por una combinación de los ingresos recolectados durante el periodo de construcción, aporte de capital, acciones preferentes, créditos del gobierno y deuda financiera comercial. El costo inicial del presupuesto de construcción fue de alrededor de US\$ 1,4 billones. En esa época, la inflación en Malasia era baja y el presupuesto de construcción asumió que esa tendencia continuaría. Los asesores financieros aconsejaron a PLUS que consiguiera lo más posible de los fondos requeridos en el mercado local con el objetivo de limitar la exposición al tipo de cambio. Aunque el mercado local no tenía la liquidez suficiente para soportar un proyecto de esa envergadura, las demoras en el otorgamiento de los contratos de construcción dieron más tiempo para que la economía y el mercado financiero mejoraran, por lo que PLUS, pudo obtener todo el financiamiento requerido en el mercado local, a través de un crédito sindicado de 46 instituciones financieras.

¹¹⁴ A un tipo de cambio de 2,5 Malaysian ringgit por US\$1,0

¹¹⁵ Se licitaron 47 contratos, donde aproximadamente el 60% fue realizado a suma alzada, y el resto a precios unitarios con un precio tope.

La primera etapa del financiamiento consistió en dos créditos a 15 años por un total de US\$ 1,008 billones, siendo la primera vez que se otorgaba un crédito de tan largo plazo en el Mercado local y lejos el mas largo para financiamiento de proyectos.

El proyecto sufrió significativos aumentos de costos por varias razones; primero, algunas inversiones de aumento de capacidad de la autopista que fueron planeadas para varios años mas, fueron anticipadas con el objetivo de absorber el mayor trafico que el que se había estimado; segundo, el Gobierno también solicitó obras adicionales para mejorar algunas especificaciones del contrato; pero los factores más importantes fueron la no prevista alta inflación relacionada a la reciente salida de la economía de una recesión y el impacto de la Guerra del Golfo en los costos de los materiales de construcción.

Con el objetivo de cubrir los sobre costos del presupuesto, se hizo necesaria una segunda etapa de financiamiento, ésta consistió en un crédito de US\$ 822 a 12 años plazo, complementado por una emisión de acciones por US\$ 392 millones. El sobre costo fue enteramente financiado por PLUS, pero una parte considerable que la concesionaria creía de responsabilidad del Gobierno no había sido compensada todavía, por lo que 5 años después de la apertura del último tramo de la NSE, la concesionaria todavía estaba negociando con el Gobierno estos repagos.

PLUS también negoció tres medidas de apoyo del Gobierno para este proyecto; la primera fue un crédito a tasas preferenciales para compensar a PLUS por los tramos no rentables de la autopista y por no poder aplicar tarifas de acuerdo a contrato; la segunda fue un acuerdo de aporte de tráfico suplementario, el cual proveía un crédito a PLUS si los ingresos no alcanzaban un cierto nivel; y la tercera fue una cobertura ante riesgo de tipo de cambio, la cual consideraba que si la moneda de Malasia se depreciaba mas que un cierto porcentaje en relación a la moneda del servicio de la deuda, el gobierno aportaría los recursos necesarios para hacer frente a este servicio. La segunda y tercera medida de apoyo han resultado ser innecesarias hasta aquí debido al crecimiento económico y a la no necesidad de créditos internacionales, sin embargo, durante el período 1996-1998 se tuvo que compensar a la concesionaria debido a la decisión del gobierno de no autorizar aumentos de tarifas de acuerdo a lo indicado en el contrato de concesión.

- **Segundo cruce Malasia – Singapur:** En Noviembre de 1989, un consorcio privado¹¹⁶ presentó una iniciativa privada para un segundo cruce entre Malasia y Singapur, la cual tenía la particularidad que consideraba además del puente de conexión, el desarrollo de un nuevo centro urbano en el Estado de Johor. En Noviembre de 1990, el Comité de Privatización EPU aceptó en principio la propuesta, la cual, por involucrar además un proyecto en el Estado de Johor, debió ser discutida y acordada con el Gobierno de este Estado. En Noviembre de 1992 se firmó un acuerdo tripartito entre el Gobierno Federal, El Gobierno del Estado de Johor y el

¹¹⁶ Este consorcio estaba liderado por la United Enginners Malaysia, Berhard (UEM), quien tenía la concesión de la Autopista Central.

Consortio promotor de la iniciativa, consorcio que luego formó la sociedad concesionaria Linkedua Sdn Bhd (LSB), la que firmó un contrato de concesión a 30 años plazo, para la construcción del segundo cruce y el nuevo centro urbano.

El puente conectará a una nueva autopista de 44 km. que conduce a la Autopista Norte – Sur, el Aeropuerto de Senai y Johor Baharu y fue diseñado para una capacidad de 200,000 vehículos por día, cuatro veces la demanda de la antigua conexión que unía Johor Baharu y Woodlands, en Singapur.

Además del Puente, el proyecto incluyó un complejo aduanero, áreas de servicios y de descanso y otras obras auxiliares.

La inversión de este proyecto de concesión fue estimada en 1,6 millones de ringgit más 600 millones de dólares de Singapur, cuya componente la realizaban inversionistas de ese país. El proyecto consideró tres plazas de peajes, una en el puente, otra en la Northern Link, y una última en la Johor Baharu Parkway. Además el Estado de Johor adquirió 9,500 Há de tierras, para el Desarrollo del nuevo centro urbano, llamado Bandar Nusajaya (¹¹⁷).

Después de 8 años de construcción, en Febrero de 1998 el puente entró en operación uniendo las zonas de Tanjung Kupang en el Estado Malayo de Johor y Jalan Ahmad Ibrahim en El Estado de Tuas, zona oeste de Singapur.

Una vez que entró el puente en operación, el volumen de tráfico fue un tercio del originalmente estimado, lo cual causó a la concesionaria entrar en riesgo de incumplimiento del pago del servicio de la deuda. Esta situación ha sido atribuida por una parte al Gobierno de Singapur, que colocó una plaza de peaje en su lado del cruce (a pesar que se comprometió originalmente a no hacerlo) y por otra, a la demora en el desarrollo del nuevo centro urbano de Bandar Nusajaya. Lo anterior ha derivado en una renegociación del contrato, para evitar el incumplimiento por parte de la concesionaria.

- **Autopista KLCC – Sepang:** En Octubre de 1997, el consorcio Lapangan Terjaya Sdn Bhd (KLT), firmó un contrato de concesión a 33 años para construir y operar esta autopista de 42 km. y US\$ 650 millones de inversión, que une Kuala Lumpur a Putrajaya (¹¹⁸) y al nuevo aeropuerto internacional de Kuala Lumpur.

La autopista considera dos calzadas de tres pistas por sentido, alrededor de 15 kms corresponden a una vía elevada a través del centro de Kuala Lumpur y conectará con la red vial estructurante de esta ciudad.

¹¹⁷ Este proyecto para un nuevo desarrollo urbano, conocido originalmente como Bandar Baharu Pulai, fue incorporado a la concesión para mejorar el atractivo económico del proyecto original que sólo consideraba el puente como segundo cruce.

¹¹⁸ Putrajaya es una ciudad recientemente construida, la cual es la nueva sede del Gobierno Federal de Malasia e intenta ser un nuevo centro de alta tecnología.

El financiamiento para este proyecto provino de una mezcla de aporte de capital, créditos blandos del Gobierno de Malasia y créditos bancarios, los cuales fueron seriamente afectados por los problemas de liquidez de los bancos comerciales locales, producto de la crisis económica de fines de los 90.

Ante esta situación, la concesionaria solicitó flexibilizar el contrato y aportes adicionales del Gobierno, la flexibilización del contrato consideró incorporar las siguientes modificaciones al proyecto:

- modificar el trazado de calzadas separadas a calzadas únicas;
- modificar sectores que se consideraban elevados, dejándolos a nivel;
- proveer sólo el número de pistas requeridas para el tráfico inicial; y
- flexibilizar el programa de construcción.

4.2.4.5 Caso No. 5: La concesión Interconexión Vial Santiago-Valparaíso-Viña del Mar” (Financiamiento de un proyecto ITC) – Chile: La experiencia de los “Bonos de Infraestructura”

Considerando el déficit de infraestructura que tenía Chile durante la década de los años 80, el Ministerio de Obras Públicas ha implementó un programa de concesiones que alberga un conjunto de proyectos de infraestructura vial, portuaria, edificación pública, riego, y aeroportuaria, cuya construcción, mantención y administración son realizadas por empresas privadas.

En ese contexto, mediante la Ley de Concesiones de Obras Públicas DFL MOP N° 164 de 1991, el Estado Chileno incorporó al sector privado en la gestión de obras de infraestructura traspasándole riesgos asociados al proyecto y estableciendo la política de pago de los usuarios por el uso y goce de esta.

De este modo, se comenzó a evaluar la concesión de la Ruta 68 que une la ciudad de Santiago, con la ciudad de Valparaíso y Viña del Mar, uno de los principales puertos de Chile y una de ciudad las principales ciudades turísticas respectivamente.

Entre las principales obras en la Ruta 68 figuran la construcción de los túneles Lo Prado 2 y Zapata 2, la rehabilitación de los túneles existentes del mismo nombre, la construcción de 12 intersecciones a desnivel, 14 atraviesos, 5 estructuras de puentes para calles de servicio, Pasarelas peatonales y paradas de buses, así como la instalación de unos 70 kilómetros de cierros perimetrales.

En término de los principales riesgos del proyecto encontramos los siguientes:

- Riesgo de construcción: el principal riesgo estaba asociado a sobre plazo o sobrecostos debido a la construcción de los túneles

- Riesgos ambientales: estos riesgos estaban asociados principalmente a los tramos la ruta que afectan áreas protegidas como es el caso de los túneles
- Riesgo de demanda: como la licitación se estaba estructurando por un ITC (Ingreso Total de la Concesión), es necesario tener certidumbres respecto al tráfico que circulará por la carretera., además existe un tramo (Troncal Sur) que es totalmente nuevo en el cual no existe información histórica de flujos.

Para contrarrestar lo antes descrito, se realizaron una serie de estudios destinados a disminuir las interesas del proyecto:

NOMBRE DEL ESTUDIO	CONSULTOR	FECHA ESTUDIO	N° VOL
Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Interconexión Vial Ruta 68	AMBAR-ARA	05/07/96	7 Vol
Estudio de Ingeniería Proyecto Definitivo Ruta 68 Santiago- Viña del Mar	M.P. Servicios de Ingeniería	01/11/97	41 Vol
Conteo de Tránsito Ruta 68	INTRAT Ingenieros Consultores Ltda.	30/12/94	
Estudio de Ingeniería Autopista Santiago - Viña del Mar. Corredor La Dormida	CCP Ingeniería Ltda.	01/02/96	41 Vol
Estudio de Ingeniería Interconexión Vial Santiago - Valparaíso - Viña del Mar. Sector: Troncal Sur (Peñablanca - Viña del Mar)	CCP Ingeniería Ltda	01/11/97	15 Vol
Estudio de Ingeniería Interconexión Vial Santiago - Valparaíso - Viña del Mar. Camino: Agua santa - Rodelillo - El Salto - Villa Dulce (Vía Las Palmas)	R & Q Ingeniería Ltda.	01/12/97	7 Vol
Estudio Determinación de Escenario Base Proyecto Concesión Camino La Dormida	IGS. Ingeniería, Gestión y Sistemas	29/10/93	1 vol
Estudio de prefactibilidad de Construcción del Troncal Sur y Análisis de Precios del Proyecto La Dormida	Dujisin Quiroz, Dusan	10/02/94	

Fuente: elaboración propia con información de la Coordinación General de Concesiones de Chile

Tanto la Ruta 68 como el Troncal Sur contaron con Estudio de Impacto Ambiental Referencial realizado por la Unidad de Gestión Ambiental del MOP, los que fueron entregados en el proceso de licitación. Se exigió a la Sociedad Concesionaria ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental los tramos de la ruta que afectan áreas protegidas obteniendo las resoluciones de aprobación. Principalmente los impactos producidos se relacionan con la explotación de los pozos de empréstito los cuales son mitigados y controlados mediante un plan de manejo ambiental, control de erosión para estabilización de taludes y laderas. Se realiza control y manejo de aguas, adaptación de superficie para propiciar una cobertura vegetal y dotar a ésta con especies de la zona. El impacto que genera el ruido es manejado a través de la implementación de barreras acústicas. El impacto visual es mitigado con la implementación de un proyecto paisajístico.

En términos de ingeniería se realizó un proyecto referencial de ingeniería definitiva.

Durante 1998 El MOP llamó a licitación para la obra denominada “Concesión Interconexión Vial Santiago-Valparaíso-Viña del Mar” la cual fue adjudicada en agosto de 1998.

El proyecto consiste en la mejora de la vía existente entre Santiago y Valparaíso, más la construcción de un camino totalmente nuevo, Troncal Sur, que conecta localidades del interior con la ciudad de Viña del Mar.

La construcción de las obras consisten básicamente en la mejora de la ruta de 109 kms existente entre Santiago y Valparaíso / Viña del Mar, la mantención de la Ruta 60 que une la Ruta 68 y Viña del Mar y la construcción de un camino totalmente nuevo de 20 kms. que une Villa Alemana, Peñablanca y Quilpue con la ciudad de Viña del Mar.

La ruta 68 quedará con un alto estándar de operación con dos pistas en ambos sentidos incluyendo la construcción de 2 nuevos túneles paralelos a los actuales Lo Prado y Zapata. El financiamiento requerido por la obra, sin incluir convenios complementarios, es de MMUS\$ 359,4 De esta suma los principales montos son la construcción y mantención por MMUS\$ 233,1 y pagos al MOP por expropiaciones por MMUS\$ 65,6.

El criterio de selección fue “Ingreso total de la concesión” (ITC) para el cual la sociedad adjudicataria ofreció un total de MMUS\$ 289. Este monto es el valor actual de los ingresos mensuales obtenidos por la concesionaria descontados a una tasa de 10,5%, equivalente a 6,5% como tasa real más 4% como premio por riesgo. La concesión, respecto de este monto original, finaliza al completarse el ITC o a los 25 años (300 meses) a partir del 10 de agosto de 1999 (25 años).

La fecha de Apertura de la Oferta Técnica fue el 02 de febrero de 1998, y de la oferta económica el 19 de febrero de 1998. Mediante el Decreto Supremo de Adjudicación D.S. MOP N°756 del 21.08.98 se adjudica la obra a la Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. La puesta en Servicio Provisionaria se realizó el 10 de noviembre de 2002, la entrega a puesta en servicio definitiva durante mayo de 2003.

Durante la concesión la sociedad tiene derecho a cobrar peaje a todo vehículo que se desplace por la autopista y a la explotación de servicios adicionales. Las tarifas son reajustables de acuerdo a las variaciones de inflación pero no incluyen incrementos reales.

Se consideran dos plazas de peaje troncales (Lo Prado y Zapata) y cinco de salidas (Quintay, Casablanca, Tapihue, Algarrobo, Cuesta Zapata) en la Ruta 68 y dos plazas de troncales en el Troncal Sur (Quilpue, Plaza Principal).

Las tarifas alcanzan los siguientes valores

- Lo Prado y Zapata en ambas direcciones US\$ 2,34/1,56 (fin de semana/semana)
- Plaza Principal en ambas direcciones US\$ 0,57
- Resto de salida US\$ 0,57

A la fecha se han firmado 3 convenios complementarios (¹¹⁹) que han significado mejoras respecto del proyecto original.

- Convenio Complementario N° 1. con fecha 03 de septiembre de 1999 se acuerda construir la ampliación de la segunda calzada de Américo Vesputio y el enlace San Pablo compensado con pago directo del MOP al concesionario una vez terminadas las obras por MMUS\$ 6,5.
- Convenio Complementario N° 2. Con fecha 07 de junio de 2001 se acuerda ejecución de nuevas inversiones para modificación del Troncal Sur. La inversión asociada es de cerca de MMUS\$ 7,1 y será compensada por medio de un aumento del ITC por MMUS\$7,8 a contabilizarse después del ITC original y sin límite de tiempo.
- Convenio Complementario N°3. Con fecha 15 de noviembre de 2001 Rutas del Pacífico el MOP firmaron su tercer convenio complementario para mejorar el estándar de seguridad y servicio de la ruta, por un monto de MMUS\$ 23,0. Como compensación la sociedad concesionaria recibirá de manera adelantada a la finalización el 82% de los peajes hasta la puesta en servicio y 4 pagos de MUS\$7,3 los años 2003 a 2006.

Mecanismo de financiamiento

Hasta la fecha el mecanismo de financiamiento utilizado en las concesiones tradicionales es una mezcla entre capital propio con recursos prestados por bancos, sin embargo en las concesiones chilenas este mecanismo ha evolucionado contemplando la emisión de bonos e incluyendo la sustitución de créditos bancarios.

Al momento de evaluar una estructura de financiamiento es de real importancia evaluar los riesgos asociados a la iniciativa determinando la fortaleza y estabilidad de los ingresos y gastos durante toda la vida de la deuda.

Como en toda clasificación de instrumentos de deuda, en el caso de un bono de concesión de infraestructura, lo esencial es determinar la capacidad de la concesionaria para servir a cabalidad los flujos comprometidos.

Por ello se enfatiza la demanda de tráfico como el factor más importante para el éxito de una concesión vial y, por lo tanto, de la capacidad de pago de sus obligaciones.

En un proyect financing la característica esencial es que la capacidad de pago de la deuda depende de los flujos propios del proyecto, por ese motivo cuando se trata de proyectos que se licitan por ITC en los cuales la principal variable de análisis de ingresos esta asociado a la demanda de tráfico, en que además el plazo del proyecto es variable, el análisis necesariamente debe despejar la incertidumbre de tráfico.

¹¹⁹

A la fecha se esta acordando la firma de un cuarto convenio complementario.

En ese contexto, con el objeto de emitir bonos de financiamiento el caso de la concesión Concesión Interconexión Vial Santiago-Valparaíso-Viña del Mar, se realizó un nuevo estudio de demanda elaborado por Steer Davies Gleave durante el año 2001 el cual analiza las principales variables de riesgo de tráfico que tiene el proyecto tales como:

- Proyectos competitivos que se pueden generar a través del tiempo
- Diseño de un modelo de tráfico que sea aceptado por los financistas
- Análisis de las variables económicas del área de influencia del proyecto⁽¹²⁰⁾ - Proyectos que apalancan flujos de tráfico⁽¹²¹⁾
- Revisión de antecedentes existentes ⁽¹²²⁾
- Análisis de posibles evasiones de peaje
- Proyecciones de tráfico e ingresos que sean coherentes con las variables macroeconómicas del país y la región
- Finalmente se deben realizar sensibilizaciones sobre el modelo.

Con los análisis realizados se logro resolver las incertidumbres del proyecto logrando colocar el bono en 3 series A-12 años, B-23 años y C-23 años, cuyas tasa de emisión fueron 5,5%, 5,8% y 5,8% logrando la colocación con una tasa de carátula por debajo de la tasa de emisión. Se colocó en forma integra en el mercado local y actualmente tiene una clasificación de riesgo internacional AAA.

Conclusiones

Dentro de las necesidades de mitigación de los riesgos inherentes al financiamiento de un proyecto, uno que no puede ser soslayado al tratarse de proyectos impulsados por países en desarrollo es la necesidad de organismos internacionales que eleven el grado de inversión asociado a las garantías que los proyectos prendan para conseguir su financiamiento.

En el caso de la ruta 68, si bien se contaba con una abundante historia de tráfico y con estudios de demanda que daban seguridad respecto de la rentabilidad del proyecto y de su capacidad de servir las deudas necesarias para su concreción, la aparición para la fase operativa de financiamiento de largo plazo generó la necesidad de garantías de elevado grado de inversión y por lo tanto la necesidad de respaldo de Monoliner.

Estas instituciones, al verse en la necesidad de evaluar los riesgos que toman y contar sólo con los estudios provenientes del Estado (ente interesado desde la perspectiva de Monoliner) y los estudios realizados por el adjudicatario del proyecto (también ente

¹²⁰ En este caso Santiago y la V región.

¹²¹ En el caso de la zona de influencia existía un creciente desarrollo de proyectos inmobiliarios.

¹²² Las plazas de peaje de Lo Prado y Zapata históricamente han sido explotadas por la Dirección de Vialidad motivo por el cual existe información relevante de pasadas por tipo de vehículos y la conciencia de pago por el usuario.

interesado en conseguir el respaldo del monoliner al menor costo posible) se ve forzado a reestudiar por cuenta propia las proyecciones de ingresos del proyecto.

Como se puede apreciar, las proyecciones de demanda que dan sustento a las garantías en un proyecto por ITC (caso ruta 68) fueron estudiadas en tres ocasiones, generando una carga de costos al proyecto.

Esto lleva a la conclusión de que en los casos en los que se sustente un financiamiento en proyecciones de flujos vehiculares, resulta procedente que el Estado busque la participación temprana de los organismos de respaldo de financiamientos de largo plazo y en conjunto con estos asegurar la sustentabilidad del financiamiento del proyecto. Posteriormente al ofrecer el proyecto al sector privado, este ya cuenta con el respaldo de entes independientes, con objetivos distintos, que le hacen interesarse en la posibilidad de participar sin de forma inmediata.

Adicionalmente, el obtener un financiamiento preoperativo disminuye los riesgos asociados al refinanciamiento de créditos puentes, pudiendo optar por la vía de refinanciamiento sólo en los casos en que las condiciones macroeconómicas o la superación de las expectativas permita financiamientos de menor costo.

En contrapartida a lo anterior, se puede mencionar casos como el del proyecto Sistema Ferroviario Melipilla-Santiago-Batuco en el cual se pretendió adjudicar un proyecto sin historia de tráfico (el servicio ferroviario no existía) y basado sólo en expectativas, que además se encontraban fuertemente alteradas por la implementación de un nuevo Plan de Transporte Público de Santiago, que alterará fuertemente las actuales condiciones del mercado. El proyecto finalmente no fue adjudicado principalmente por los resguardos tomados por cada uno de los actores respecto de las expectativas, lo que encarecía el financiamiento, reducía la disposición a utilizar capital propio por parte de los licitantes y forzaba a ser pesimista en el análisis inicial, no pudiendo el proyecto sino sólo el concesionario beneficiarse de la superación de las expectativas planteadas.

Como se puede ver, en proyectos en los cuales los actores son los mismos, la credibilidad de las expectativas planteadas y la participación temprana de organismos independientes son las variables que permiten la concreción de proyectos.

4.2.4.6 Caso No. 6: La concesión del “Proyecto Eurotúnel” (o Túnel del Canal de la Mancha) – Proyecto Transnacional: Reino Unido – Francia: Los problemas de las concesiones a total “riesgo y ventura” del concesionario

A. Introducción

El proyecto Eurotúnel o Túnel bajo el Canal de la Mancha, entre Francia e Inglaterra, es uno de los mayores megaproyectos que se realizaron en el siglo XX, planteando un gran desafío, tanto técnico como económico – financiero, el cual no estuvo exento de problemas, como la mayoría de los megaproyectos que se han construido en el campo de la infraestructura.

Desde el punto de vista de su financiamiento, se trata de un proyecto completamente financiado por el sector privado, sin ningún tipo de apoyo de los Estados involucrados (Francia e Inglaterra), el cual está basado mediante un contrato BOT, donde los principales activos de la Empresa son el derecho a percibir ingresos futuros y su financiamiento es a través de project financing.

En los puntos siguientes se presenta el análisis de este caso, donde se demuestra que los problemas surgidos en el financiamiento del proyecto, han estado conectados con falencias propias de la complejidad en la gestión de un megaproyecto, así como en el principio básico seguido para la estructuración de la concesión; en el caso, bajo el criterio de a “riesgo y ventura” del concesionario.

B. Descripción del Proyecto

El proyecto Eurotunnel considera la conexión de Francia e Inglaterra a través de un sistema de túneles de 51 kms. de longitud que une los sectores de Cheriton, Kent en Inglaterra y Sangatte en la región de Calais en Francia. En cada extremo, este túnel conecta a la red de carreteras y ferroviaria de ambos países y por este medio, al resto de Europa.

El sistema de túneles está compuesto de:

- Dos túneles ferroviarios de 7,6 m. de diámetro cada uno.
- Un túnel de servicio de 4,8 m. de diámetro, ubicado entre ambos túneles ferroviarios y cuyo objetivo es permitir las tareas de mantenimiento, eventual evacuación de pasajeros y ventilación a los túneles principales, entre otras cosas ⁽¹²³⁾

Además el proyecto consideró la construcción de dos terminales, una en Folkestone, cerca de Dover, en Inglaterra, y la otra en Coquelles, cerca de Calais, en Francia; la construcción de carros especiales, para el transporte de automóviles y camiones entre los terminales; la construcción de oficinas aduaneras para el despacho de carga en ambos terminales; y la construcción de los empalmes a la red de carreteras y ferroviaria.

La construcción de este proyecto, junto con la implementación de una red ferroviaria de alta velocidad, permitiría reducir el tiempo de viaje por ferrocarril entre Londres y París de 7 hrs. (Ferrocarril y Ferry) a 3 hrs. transformando al túnel en un vínculo importante para permitir la integración económica de Europa.

C. Descripción de la concesión

¹²³ Este túnel de servicio estaba unido a través de pasajes transversales con los túneles principales. Además se consideraron dos vías de traspaso entre los túneles ferroviarios para permitir que los trenes continuaran operando durante los períodos de mantenimiento.

a. Historia del proceso

La génesis para la construcción del Eurotúnel a través de financiamiento privado se remonta a inicios de los años 80, aunque la aspiración de realizar este proyecto es de mucho antes, en efecto existe evidencia de planes para desarrollar este proyecto desde el siglo XVIII. A fines del siglo XIX se inició la perforación de un túnel en el lado británico, que luego fue abandonada. En el siglo XX, se hicieron intentos serios en la década de los 70, cuando el presidente francés George Pompidou y el Primer Ministro Británico Edward Heath firmaron un tratado para construir un túnel ferroviario doble, construcción que empezó en 1974, pero cuando el gobierno conservador de Helth fue derrotado, el tratado no fue ratificado por el Parlamento Británico y la construcción nuevamente fue abandonada.

A principios de los años 80, se empieza la fase decisiva para la construcción de este túnel, cuando estudios encargados por los gobiernos británico y francés comprobaron la posibilidad de construir un enlace a través del Canal de la Mancha, financiado sólo con capital privado,¹²⁴ sin embargo aún no existía consenso entre ambos gobierno respecto a la forma de financiarlo, ya que, por una parte el Gobierno francés dudaba del financiamiento privado y se inclinaba más por una mezcla o financiamiento público y por otra, el gobierno conservador británico estaba por impulsar el proyecto sólo si era con financiamiento privado.

Las dudas anteriores se despejaron cuando en mayo de 1984, un grupo de bancos (¹²⁵) franceses e ingleses presentaron a los gobiernos del Reino Unido y Francia un informe que detallaba cómo un túnel ferroviario doble a través del canal se podía financiar en su totalidad con capital privado.

Con este antecedente, la idea del financiamiento completamente privado tomó fuerza y en abril de 1985 los gobiernos británico y francés llamaron en conjunto a una licitación internacional para la construcción y operación de un enlace (¹²⁶) a través del canal sin recursos ni garantías de los gobiernos. Las propuestas debían ser entregadas en Octubre de 1985.

En Octubre de 1985 se recibieron 10 ofertas, de las cuales, cuatro fueron los contendientes principales:

- (1) Channel Tunnel Group / France-Manche (CTG-FM) (¹²⁷): Presentó un proyecto de doble túnel ferroviario, para el servicio de trenes de pasajeros

¹²⁴ Estudio realizado por Anglo-French Study Group en 1982 que recomendaba la construcción de un enlace ferroviario.

¹²⁵ El Grupo de Bancos estaba formado por el Banque Indosuez, el Banque Nationale de Paris, el Credit Lyonnais, el Midland Bank y el National Westminster Bank.

¹²⁶ La licitación fue abierta a soluciones técnicas para este enlace, con la condición que fueran financiera, técnica y ambientalmente factibles.

y carros transportadores de automóviles y camiones. El precio ofertado fue de: £2,6 billones.

- (2) EuroRoute: Presento un proyecto para un enlace compuesto de un puente-túnel carretero. Los puentes estarían a ambos extremos y serían de 8 kms. c/u, los cuales serían conectados por un túnel de 21 kms. Adicionalmente, la oferta contemplaba un túnel ferroviario separado como una inversión para una segunda etapa. El precio ofertado fue de £4,8 billones.
- (3) Eurobridge: Presentó un proyecto de puente colgante de 21 kms.; Se propuso también una conexión ferroviaria en el puente o en un túnel de pequeño diámetro. El precio ofertado fue de £5 billones.
- (4) Channel Expressway: Presentó un proyecto de doble túnel de gran diámetro que contenía dos pistas para vehículos y una vía ferroviaria. El precio ofertado fue de £2.5 billones.

Estas propuestas fueron evaluadas en un período de dos meses, y en Enero de 1986 se seleccionó la propuesta del Consorcio CTG-FM como el proyecto ganador. En febrero de 1986, los gobiernos británico y francés firmaron un tratado mediante el cual autorizaban la construcción del túnel y acordaban otorgar la concesión a los licitantes ganadores CTG-FM.

La Concesión Otorgada a CTG-FM le otorgaba el derecho construir y operar el túnel bajo el Canal de la Mancha por 55 años a partir de la fecha de ratificación del tratado.

Para abordar este proyecto, el Consorcio CTG-FM crea dos Sociedades Anónimas, registradas por separado; Eurotunnel PLC se localiza en el Reino Unido, y Eurotunnel S.A, en Francia. Estas dos sociedades posteriormente se unieron en una sociedad en comandita denominada Eurotunnel Group, asimismo estas Sociedades formaron Eurotunnel Finance Limited y Eurotunnel Finance S.A, las cuales se encargarían de las finanzas del Eurotúnel, además se formó Eurotunnel Developments Limited, la cual asumiría oportunidades de negocios inmobiliarios creados por el Eurotúnel.

Para la construcción del túnel, se creó un consorcio de empresas constructoras conocido como Transmanche Link (TML). TML es un consorcio Anglo-Francés entre Translink, en el Reino Unido y GIE Transmanche Construction, en Francia, Estos dos grupos, a su vez eran consorcios formados en cada país por las empresas constructoras que formaban originalmente CTG-FM.

El Reino Unido y Gran Bretaña firmaron un borrador de tratado en Febrero de 1987 y fue ratificado por ambos parlamentos en Julio de 1987. A finales de ese año empezaron

¹²⁷ El Grupo de Bancos, que presentó informe a ambos gobiernos, mas tarde se asoció con 5 de las principales empresas constructoras en Francia y lo mismo en el Reino Unido, formando The Channel Tunnel Group Limited en el Reino Unido (CTG) y France Manche S.A, en Francia (FM)

algunas obras preliminares, pero fue en Enero de 1988 cuando se dio inicio formal a las obras, las cuales se esperaba que duraran poco menos de 6 años, estimándose el inicio de operación del túnel en Mayo de 1993.

b. Descripción del Negocio

El contrato BOT obligaba al Consorcio Concesionario Eurotunnel a la construcción de las obras indicadas anteriormente a su riesgo, a cambio de eso le daba el derecho a ser el único operador del túnel y a que ambos gobiernos no impulsarían otra conexión (ej. Túnel carretero) hasta después del año 2020, salvo que el mismo Eurotunnel ejerciera una opción de construirlo en el año 2010.

La operación del túnel daba derecho a Eurotunnel de explotar los siguientes negocios en un plazo de 55 años, para recuperar la inversión realizada:

- Transporte de Automóviles y camiones entre ambos lados del canal

Este negocio de transporte denominado “Le Shuttle”, es de propiedad de Eurotunnel y permite transportar en carros especialmente diseñados a automóviles y camiones entre Folkestone y Coquelles en 35 minutos, 1,5 hrs. menos que el tiempo utilizado con los medios de transporte vigentes a esa fecha. Se estimaba que alrededor del 50% de los ingresos de Eurotunnel vendrían de este servicio de transporte.

- Cobro a trenes de pasajeros de propiedad de la British Rail y de la Société Nationale des Chemins de Fer Francaise (SNCF) que circulan entre Londres, Paris y Bruselas

Estas dos compañías ferroviarias gubernamentales serían los dos clientes directos más importantes de Eurotunnel. Esta relación se definiría por medio de un contrato. Eurotunnel esperaba que la mitad de sus ingresos viniera por medio de estos dos contratos.

Eurotunnel esperaba tener ventajas competitivas sobre los medios de transporte existentes a través del canal, que básicamente eran transbordadores tradicionales, aerodeslizadores y avión. Los servicios del Eurotúnel serían menos vulnerables a las condiciones climatológicas adversas en el canal que pueden afectar seriamente los cruces en transbordador y aerodeslizador. El Eurotúnel podía operar todo el año y planeaba ofrecer un servicio mas frecuente que los operadores actuales.

Adicionalmente, un factor que potenciaba mucho el proyecto, era la propuesta de la SNCF de construir una nueva línea ferroviaria de alta velocidad entre París y Bruselas y la construcción de un ramal que uniría esta nueva línea ferroviaria a la terminal francesa del Eurotúnel. Estas nuevas líneas permitirían a los nuevos trenes de pasajeros viajar a velocidades hasta 300 kph. En Francia y Bélgica. Con las mejoras también planeadas en las vías tradicionales ferroviarias del Reino

Unido, el servicio de ferrocarril directo entre Londres y París requeriría unas 3 horas, y el servicio directo entre Londres y Bruselas, 2 horas 30 minutos. El tiempo de viaje entre Londres y París iba a disminuir a menos de la mitad para viajes en ferrocarril, e iba a competir con el tiempo de viaje en avión.

- Cobro a trenes de carga, de propiedad de la British Rail y SNCF que circularían entre el Reino Unido y los principales destinos de Europa.

En base a estos negocios, los estudios de mercado realizados por Eurotunnel destacaron que el mercado de tráfico total a través del canal crecería de 48,1 millones de viajes-pasajeros y 60,4 millones de toneladas métricas de carga que había en 1985 a 64,3 millones de viajes-pasajeros y 84,3 millones de toneladas métricas de carga, en 1993, año previsto para el inicio de operación del Eurotúnel. Estas cifras subirían a alrededor de 88,1 millones de viajes-pasajero y 122,1 millones de toneladas métricas de carga, hacia el año 2003. Los estudios concluyeron que el Eurotúnel sería capaz de captar una buena proporción de ese mercado en crecimiento, estimándose que para el año 1993, podría capturar un 42% del mercado de pasajeros y un 17% del mercado de carga, y para el año 2003, esas participaciones podían ser un 39% y 17% respectivamente.

Los estudios de mercado también concluyeron que la existencia del Eurotúnel reduciría el costo del viaje y por tanto generaría una cierta cantidad de tráfico inducido, por lo que en resumen, el Eurotúnel transportaría un total de 30 millones de pasajeros y 15 millones de toneladas métricas de carga en su primer año completo de operaciones.

Respecto a las tarifas, el contrato establecía que los gobiernos del Reino Unido y Francia no impondrían regulación de precios, excepto en situaciones de comportamiento monopólico. De ese modo, la operación del Eurotúnel era completamente desregulada, con tarifa libre y estableciendo un mínimo estándar de servicio durante los períodos fuera de punta y un máximo de atraso en los períodos cargados.

Para el cálculo de los ingresos, Eurotunnel asumió las mismas tarifas cobradas por los actuales operadores. En base a estas consideraciones los ingresos esperados por estos negocios, para el primer año (1993) ascendían a la suma de £500 millones (¹²⁸), la cual aumentaría a £642 millones, para el 2003.

c. Tratamiento de riesgos

Como se planteó anteriormente, el contrato de Concesión de Eurotunnel, le obligaba a la construcción y operación del túnel sin ningún tipo de aportes o garantías de los gobiernos concedentes, lo que llevó a plantear una distribución de riesgos entre los diferentes actores privados de este proyecto, la cual se explica a continuación. En efecto, tal como destaca RUIZ OJEDA, “el artículo 1 del Tratado franco – británico prohibió la prestación por parte de los Estados firmantes de cualquier clase de garantía, beneficio o privilegio a la empresa concesionaria y a sus subsidiarias o filiales, sea de carácter financiero,

¹²⁸

Moneda de 1987

tributario, comercial o de cualquier otro tipo, así como la participación de fondos públicos. Es más, la Channel Tunnel Act de 1987, estableció sanciones de carácter penal para los empleados y autoridades públicas que vulneren dicha prohibición” (¹²⁹).

i. Riesgos durante la etapa de construcción

Para diversificar los riesgos de construcción, Eurotunnel estableció un mecanismo de distribución de riesgos con las empresas constructoras, firmando en Agosto de 1986 un contrato único con Transmanche Link (TL) de obligaciones generales para diseñar, construir, poner a prueba y entregar un sistema ferroviario totalmente en operación después de 7 años de inicio del contrato.

El contrato de construcción comprendía tres partes principales:

- **Obras Objetivo:** Los túneles y las obras subterráneas constituirían las obras objetivos. Estas obras representarían alrededor del 50% del precio del contrato. A los contratistas se les pagarían las obras en base a un incremento de los costos necesarios para tener un margen de utilidad del 12%. El contrato de construcción tenía una estructura de incentivos, si el costo real resultaba menor que el costo predeterminado, TL recibiría el 50% de los ahorros; si resultaba superior, esta empresa pagaría el 30% del sobrecosto hasta un máximo igual al 6% del costo predeterminado.
- **Obras a suma alzada:** Correspondían a las obras de los terminales, el equipo fijo y los elementos mecánicos y eléctricos del Eurotúnel. Estas obras se pagarían en base a un monto fijo. TL obtendría los ahorros en un escenario favorable y asumiría todos los sobrecostos, en un escenario desfavorable.
- **Elementos comprados:** Corresponde a la compra de las locomotoras y los carros transportadores. TL realizaría subcontratos para la adquisición de estos elementos. Eurotunnel pagaría el precio de licitación subcontratado directamente a los subcontratistas. TL supervisaría la licitación y a los subcontratistas, pagándosele por ello los costos directos y un margen de utilidad igual al 12% del valor de los elementos comprados.

¹²⁹ RUIZ OJEDA, Alberto en “Retos de un escenario: experiencias e innovación. El Túnel del Canal de la Mancha”; ponencia realizada en la Conferencia Internacional sobre “Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público”, organizada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; 8 de noviembre de 1996. Ejemplo similar, incluso hasta por la envergadura del proyecto lo constituye, en el caso de América del Sur, el proyecto de otorgamiento de una concesión para la construcción y posterior explotación del Puente sobre el Río de la Plata, en el que a través del artículo 15 inciso 1 del Tratado suscrito entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina para la construcción de dicho puente, se establece textualmente: “las Partes Contratantes no otorgarán al concesionario subsidios, avales ni cualquier otra forma de garantías para la construcción, operación o mantenimiento del puente, ni se responsabilizarán por los niveles de tránsito o de rentabilidad de la concesión”.

Además TL se haría responsable de perjuicios por atraso en la entrega de las obras, por £350 mil por día de atraso, hasta los primeros seis meses, y de £500 mil por día de atraso, después de los seis meses.

Además se establecieron una serie de cláusulas con las obligaciones laborales y administrativas de TL, tratamiento de imprevistos, dejándose expresamente establecido que TL no era responsable de atrasos y del aumento del costo en las siguientes situaciones: (1) cambios en las especificaciones de diseño realizadas por Eurotunnel; (2) acciones emprendidas por los gobiernos británico y/o francés; o (3) cambios en las condiciones previstas en la geología de la roca.

Las obligaciones de TL se garantizarían con una fianza de desempeño igual al 10% del valor total del contrato, la cual se liberaría al término del proyecto Eurotúnel.

Con la firma de este contrato y la sencillez del diseño, se pensaba que la construcción del Eurotúnel no sería una tarea técnica difícil, por lo que se estimaba que el proyecto se terminaría a tiempo y dentro del presupuesto.

Finalmente, el riesgo de interrupción del servicio después de la terminación se consideró bajo, salvo que se produjera un evento de fuerza mayor de la naturaleza, probabilidad considerada baja en esa zona.

ii. Riesgos durante la etapa de explotación

Como se explicó en el punto de descripción del negocio, la operación del servicio del túnel era fuertemente dependiente de (1) la ventaja competitiva que se iba a dar respecto a los otros servicios de transporte del canal, para el negocio de cruce de vehículos y camiones, y (2) del éxito de los operadores ferroviarios británicos y franceses en cumplir con la habilitación de un servicio ferroviario de transporte de pasajeros de alta velocidad.

En el caso (1), los ingresos por concepto del servicio de cruce de automóviles y camiones representaban cerca del 50% de los ingresos estimados y no existía ningún mecanismo de cobertura para mitigar el riesgo de un escenario desfavorable. En el caso (2), se estableció un mecanismo de cobertura a través de la firma de un contrato de acuerdo entre Eurotunnel y las dos compañías ferroviarias, tanto británica como francesa, por medio del cual estas últimas garantizaban, durante los primeros 12 años de operación del Eurotúnel, el pago del 60% de las cuotas pronosticadas.

iii. Riesgos institucionales

Dadas las características del contrato, donde los Estados concedentes no asumen mayor responsabilidad en el desarrollo y gestión del proyecto, los gobiernos británico y francés no asumen un rol fuertemente regulador en este contrato, limitándose a prever situaciones anormales como comportamientos monopólicos o estándares mínimos de servicios durante la operación. Sin embargo, durante la etapa de

construcción se estableció una Comisión Intergubernamental que tenía como misión la supervisión del proyecto y la autorización de los diseños definitivos de las obras, ya que la concesión se había otorgado teniendo a la vista sólo anteproyectos conceptuales de estas obras.

Esta situación incorporó un riesgo de interpretación de diseños y especificaciones que se explicará mas adelante.

D. Financiamiento

El financiamiento de los recursos necesarios para la construcción de las obras se hizo a través de aporte de capital y deuda, de acuerdo a lo siguiente:

- Eurotunnel estimó que las necesidades de fondos para la construcción del Eurotúnel eran aproximadamente de £4,800 (¹³⁰) millones, desglosados en £2,800 millones, en costos de construcción; £500 millones en costos empresariales y otros costos¹³¹; y £1,000 millones en costos de financiamiento.
- Para satisfacer estos costos y para cubrir eventuales sobrecostos, Eurotunnel planeó reunir £6,000 millones, de los cuales £1,000 millones (16,7%) sería aporte de capital mediante emisión de acciones; y £5,000 millones (82,3%) sería deuda.

Eurotunnel reunió estos fondos por etapa de acuerdo a lo siguiente:

- Antes de la aprobación del proyecto por parte de los gobiernos británico y francés, el Grupo de bancos promotor del proyecto tenía cartas compromisos de 33 bancos para suscribir créditos por £4,300 millones.
- Después de la selección del proyecto Eurotúnel, en enero de 1986, los accionistas fundadores aportaron capital por la suma de £50 millones para CGT-FM (lo que se denominó oferta de acciones I).
- En junio de 1986 Eurotunnel lanzó una segunda oferta de acciones por £250 millones
- El Grupo de bancos logró, en septiembre de 1987, la sindicación del préstamo para el proyecto de £5,000 millones, entre 130 bancos a nivel mundial.
- En octubre de 1987 se coloca la tercera oferta de acciones por £700 millones

¹³⁰ Moneda de Abril de 1987.

¹³¹ Considera costos de administración, de operación,, seguros, terreno y propiedades y otras sumas provisionales.

El acuerdo de financiamiento del sindicato bancario establecía, entre otras cláusulas, las siguientes:

- Todos los activos de Eurotunnel, incluida la concesión y las fianzas de desempeño de las empresas constructoras, serían entregados en prenda a los bancos líderes que concedieron el préstamo, para garantizar el servicio de la deuda del proyecto.
- Eurotunnel no podía realizar negocios diferentes de los del proyecto Eurotúnel sin el permiso de los bancos.
- Eurotunnel no podía solicitar nuevos préstamos, excepto conforme al servicio de la deuda del proyecto.
- Eurotunnel se encontraría en una situación de insolvencia si ocurren cualquiera de los siguientes acontecimientos (1) no se cumple una de las razones de cobertura de insolvencia; (2) la apertura del túnel se demora más de un año; (3) se presenta un incumplimiento no corregido de las obligaciones del Eurotunnel; o (4) una vez que se inicien los pagos, las sumas pendientes, según el servicio de la deuda, son superiores a ciertas sumas especificadas.

E. Dificultades de la Concesión

Entre las dificultades principales que se enfrentaron en esta concesión están, por una parte un fuerte aumento de los costos del proyecto, los cuales se elevaron a más del doble de los costos originalmente estimados, un atraso en la puesta en servicio del túnel en alrededor de un año, lo que incidió fuertemente en la pérdida de ingresos de la concesión y, por otra, una disminución de los ingresos a cerca de la mitad de los estimados en el estudio del proyecto, lo cual repercutió en incumplimientos financieros con los bancos que llevaron a la Empresa Eurotunnel a declararse en cesación de pago de los intereses y a renegociar los términos de la estructura de financiamiento del proyecto.

Respecto a los aumentos de costos del proyecto, aun cuando es una constante en megaproyectos de infraestructura, en este proyecto en particular, se pueden identificar los siguientes factores que pueden haber incidido en el alto grado de descontrol de estos costos:

- Primero, a pesar del hecho que las agencias gubernamentales de ambos países habían estado examinando una conexión en el canal por décadas, cuando se tomó la decisión de licitarlo, se dio muy poco tiempo para realizar estudios acabados de las diferentes propuestas técnicas, las cuales se entregaron a nivel de anteproyecto muy conceptual y luego se entró en un proceso dinámico que significó realizar los proyectos de ingeniería casi junto con la construcción de las obras, como resultado de esto, se encontraron un gran número de problemas de diseño del proyecto, lo que fue el centro de la disputa entre Eurotunnel y TL. TL reclamaba que el aumento de costos era principalmente debido a las deficiencias en el diseño y a la estimación de costos inicial. Eurotunnel mantenía que éstos eran debido a las deficiencias de TL en seguir las especificaciones de diseño. Para esto se nombró un experto independiente que evaluara los antecedentes y este falló en favor de Eurotunnel, pero TL no quedó conforme con ese fallo y las disputas

siguieron. Una complicación adicional vino desde la supervisión pública del proyecto a través de la Comisión Intergubernamental, ya que Eurotunnel y TL tenían que obtener la aprobación de los diseños ante esta Comisión. Como el contrato de concesión contenía un anteproyecto general, cuando se entregaron los proyectos de detalles se encontraron diferentes interpretaciones respecto a las especificaciones y la Comisión podía rechazar cualquier diseño sobre la base de condiciones ambientales y de seguridad, entre otras.

- Segundo, los promotores originales (CTG-FM) del Eurotúnel eran empresas constructoras y bancos, los cuales buscan su retorno principal de la construcción del túnel, mas que de su operación. Aunque Eurotunnel rápidamente tomó distancia del núcleo de empresas fundadoras, sin embargo le entregó un sólo contrato, para el diseño y construcción del túnel a estas empresas fundadoras ahora transformadas en TL, por lo que una Empresa nueva como Eurotunnel, sin mayor experiencia en el ámbito del negocio de concesión estaba en desventaja al negociar con experimentadas empresas constructoras. Una mejor alternativa para minimizar esta situación habría sido que Eurotunnel entregara diferentes contratos de construcción, para diferentes tramos del túnel.
- Un tercer factor de sobrecosto es uno que es común a casi todo proceso competitivo, el cual significó que la presión competitiva impulsó a los licitantes, con el objetivo de ganarse la propuesta, a bajar sus costos estimados hasta quedar con bastante poco margen ante imprevistos.
- Un cuarto factor es el desbalance que se produce entre el concesionario y el constructor por el hecho que se llega un punto en que los costos por sobreplazo (en la forma de pérdida de ingresos) son más incidentes que el aumento de costos directos, lo que da un arma negociadora fuerte a la empresa constructora. Esto significó en el caso del Eurotúnel, que llegó un punto en que Eurotunnel, estaba dispuesto a aceptar los sobrecostos directos ante la amenaza de una demora que no le permitiera iniciar la explotación del túnel mas allá de lo razonable.
- Un último factor de importancia fue un nuevo imprevisto técnico cuando ya estaba construido el túnel, ocasión en que se descubrió que se requería aire acondicionado dentro de él, lo cual fue una gran sorpresa para los diseñadores, ya que túnel ferroviarios en general no requieren aire acondicionado, ya que el aire generalmente puede circular libremente de un extremo a otro. No fue el caso de este túnel, el calor que generarían los trenes de alta velocidad por roce sería de alrededor de 55° Celsius. Como resultado de esto Eurotunnel tuvo que habilitar un sistema de refrigeración en el túnel.

Como consecuencia de esto, el proyecto subió de los £4,800 millones originales a sobre los £8,000 millones, lo cual provocó el incumplimiento de las cláusulas con los bancos y un proceso de desconfianza entre los distintos actores financieros. Con el objetivo de restaurar esta confianza, Eurotunnel fue forzado a revisar su contrato con TL y a buscar capital adicional. Como resultado de esta revisión y ajuste, el costo total del proyecto se

estableció en £7,600 millones y para mantener la proporción de fondos, se le pidió a Eurotunnel que levantara un capital adicional de £2,700 millones. Esta operación de refinanciamiento concluyó en Diciembre de 1990.

Por otra parte, además de los problemas ya presentados, se presentaron otros imprevistos ajenos al proyecto que llevaron a nuevos atrasos en la puesta en servicio del proyecto, en efecto, en septiembre de 1992, la compañía que estaba construyendo los carros especiales de alta velocidad, para British Rail y SNCF, para el cruce del túnel, anunciaba que estaba atrasada en un año en entregar este material, por lo que éste no estaría listo para operación hasta mediados de 1994. La construcción de los carros especiales para el transporte de vehículos y camiones también presentaba problemas, originalmente prometidos para Junio de 1993, presentaban 6 meses de atraso.

Como resultado de lo anterior, el túnel fue abierto formalmente para el servicio de carga el 6 de mayo de 1994 y el servicio regular de pasajeros comenzó en noviembre de 1994.

Por último, los problemas combinados de Eurotúnel, la competencia de los operadores de transbordadores, que redujeron las tarifas, disminuyeron los ingresos futuros estimados por Eurotunnel y crearon un problema de efectivo. A fines de 1993 Eurotunnel proyectó que superaría el punto de equilibrio recién en 1998 y que en los primeros años iba a tener serios problemas de liquidez.

Hacia 1995, a menos de un año de entrar en operación, Eurotunnel estaba en una situación crítica, una combinación de una agresiva campaña publicitaria de las líneas aéreas, una huelga de los operadores ferroviarios franceses justo en la época de vacaciones de verano y una dañina guerra de precios con los operadores de transbordadores británicos empeoró la precaria situación financiera que vivía, lo que llevó a Eurotunnel a fines de 1995 a suspender unilateralmente el pago de intereses sobre más de £8,000 millones de préstamos bancarios, provocando la preocupación de más de 200 bancos acreedores y de los más de 750,000 accionistas.

F. Conclusiones

El proyecto del Eurotúnel es un caso emblemático de un megaproyecto transnacional que por una parte presenta un éxito técnico, al hacer realidad una obra impresionante desde el punto de vista de la ingeniería, y por otra, un notorio fracaso desde la perspectiva financiera, afectando a un gran número de ahorristas y grupos financieros, lo que marca un mal precedente para el interés de la participación público-privada en nuevos proyectos de infraestructura.

En efecto, cuando un proyecto es a entero riesgo privado y los resultados que se obtienen no son atractivos, una primera reacción del mundo privado es evitar participar en proyectos parecidos, lo que lleva a un movimiento pendular, donde se pasa de proyectos completamente a riesgo privado, a proyectos completamente de responsabilidad pública, por la falta de interés de actores privados en asumir este tipo de riesgos.

Sin embargo, en este proyecto en particular, es necesario analizar con mayor detenimiento las causas de su fracaso financiero, ya que presenta una serie de elementos específicos que desencadenaron en el resultado explicado.

En primer lugar hay que hacer presente que este proyecto que estaba en discusión desde hace bastante tiempo, se agiliza cuando se produce la presentación de una iniciativa de un grupo de bancos que evaluaron el proyecto y llegaron a la conclusión que era financieramente factible, lo que quiere decir, que dado los riesgos del proyecto, la rentabilidad esperada era suficientemente atractiva para asumirlos. Este punto es importante ya que un privado tome todos los riesgos en un proyecto no es necesariamente malo, si los retornos esperados por asumirlos, son suficientemente atractivos (¹³²).

En segundo lugar, dada las características particulares del proyecto, que sólo puede recibir ingresos una vez que esté 100% construido, se produce una brecha muy larga entre el gasto de capital y los primeros ingresos, haciendo además muy sensible cualquier atraso en el calendario de esta puesta en servicios. En este caso, la brecha original se pensaba en poco menos de 6 años y finalmente fue cerca de 7 años.

En tercer lugar, un hecho notorio, por donde viene la mayor falla del proyecto, es su excesivo aumento de los costos a más del doble de los costos originales estimados, lo que provoca el mayor desajuste financiero. Cualquier garantía que hubiesen dado los Estados, claramente no iba a cubrir aumentos de costos propios del proceso constructivo. Esta situación parece tener su explicación en que lo que realmente estaban viendo los actores privados era el negocio de construcción de corto plazo y no el de concesión de largo plazo y en que ellos conocían del negocio de construcción, pero no las características de un negocio de concesión.

En resumen, más que un tratamiento inadecuado de riesgos, lo que parece predominar en este caso es una falla en la coordinación logística de los distintos actores, una confusión del sector privado entre negocios de corto plazo y de largo plazo, lo que sumado a los riesgos propios de un megaproyecto de esta naturaleza, lo llevaron a los resultados explicados.

A lo antedicho se agrega, también, la existencia de importantes errores en las predicciones de niveles de tráfico efectuadas -en el caso, por consultoras de primer nivel internacional-; lo que pone de manifiesto las importantes dificultades para la estimación de tráfico en proyectos BOT, o bien, también respecto de algunos TBOT basados en potenciales crecimientos futuros dependientes de una serie de factores también futuros. Precisamente es que, a partir de este proyecto y de otros BOT de menores dimensiones estructurados sobre el principio de a “riesgo y ventura” del concesionario, es que comienza en el ámbito de diferentes países de la Unión Europea (especialmente, iniciado en Francia) a manifestarse cada vez más fuerte, un movimiento en contra de la aplicación estricta de este principio y una evolución hacia el concepto de “asociación público-

¹³² Desde el punto de vista de un inversionista, enfrentado a decisiones de inversión en el mundo, puede encontrar en un país un proyecto que requiere 100% capital ventura, el cual puede ser más atractivo que un proyecto con riesgos acotados, pero instalado en un país con mayor riesgo soberano.

privada” en la estructuración de concesiones, según se ha señalado antes, que, en el campo de los hechos, implica un mayor involucramiento del Estado con medidas de apoyo público a los proyectos, con el fin de reducir o mitigar el impacto de determinados riesgos presentes en los mismos.

Claro está que, si bien es cierto que en el caso, los Estados concedentes pudieron haber asumido algún tipo de riesgo del proyecto a fin de mejorar el perfil de riesgos de éste para el concesionario -en especial en la etapa de operación-, también es cierto que al no haber sido aquél el único elemento que influyó en los resultados negativos que arrojó financieramente el proyecto, no es posible realizar conjeturas categóricas al respecto.

Finalmente, a pesar de sus dificultades financieras iniciales, la comunidad europea valora este proyecto como un enlace importante en la red de transporte transeuropea y ambos Estados han venido tomando medidas para potenciar el uso de éste, es así como en el lado británico, esta vez con aportes públicos y privados, comenzó el mejoramiento y ampliación de la red ferroviaria del Reino Unido, incorporando un nuevo tramo entre Londres y el Canal de la Mancha que permitirá reducir el viaje entre Londres y París en 20 minutos, a fines del 2003 y en 45 minutos, hacia el año 2007.

4.2.4.7 Caso No. 7: El Proyecto del “Tren Transandino Central” – Argentina y Chile: una concesión binacional promovida a partir del régimen de la iniciativa privada

En el marco de las leyes de concesiones de Argentina y Chile, el grupo argentino Tecnicagua S.A. ha impulsado la concesión denominada “Tren Transandino Central”, mediante la cual se pretende atraer capitales privados a objeto de volver a operar el antiguo tren que unía las localidades de Mendoza (Argentina) y Los Andes (Chile).

En el caso, la modalidad seguida para la promoción del proyecto ha sido la conocida como “iniciativa privada” para la promoción de proyectos de concesión que, grosso modo, implica partir del hecho de la detección, por parte de un promotor privado, de una posibilidad de inversión privada en concreto, susceptible de ser ejecutada a través de alguna modalidad de participación público-privada (distinto, por ende, de los casos en que el proyecto es detectado y promovido directamente por la Administración). En caso de comprobarse que dicha iniciativa no figura entre los proyectos a estudio del organismo estatal o municipal competente, se realiza un estudio de prefactibilidad y se presenta al mismo. Si la Administración, fundándose en razones de interés público, demuestra interés en el proyecto propuesto, solicita al agente privado la ejecución completa de los estudios de factibilidad los que, si resultan favorables, permite que la Administración efectúe el correspondiente llamado a licitación pública.

En tales casos, la Administración competente “premia” al promotor de la iniciativa con el otorgamiento en el proceso licitatorio de un puntaje adicional calculado a modo de un porcentaje sobre la valoración final obtenida con su oferta. Por ejemplo, si el promotor obtuvo una puntuación de 80 sobre 100, y las bases establecieron que su premio por la

iniciativa es del 20%, llevaría entonces su propuesta a un nivel de 96 puntos, premio que obviamente no es usufructuado por ninguno de los demás oferentes. El proyecto de ley prevé adicionalmente en beneficio del promotor la posibilidad de una instancia de mejora de la oferta realizada en primera instancia. En caso de que el agente titular de la iniciativa no resulte ser el adjudicatario o no se presente al llamado a licitación, tendrá derecho a recibir una remuneración correspondiente al valor de los estudios de factibilidad realizados, que deberá ser pagada por quién resulte en definitiva ser el adjudicatario del contrato.

Ahora bien; en el caso, la iniciativa fue presentada al amparo del régimen chileno (¹³³), se encuentra actualmente en estudio, y se presenta como una iniciativa atractiva para ambos gobiernos, los cuales verán incrementada la capacidad del actual corredor central entre ambos países, permitiría postergar además inversiones viales (como podría ser al caso de un túnel Las Leñas), se convertirá además como un primer corredor bi-oceánico, toda vez que a partir de las localidades de Mendoza y Los Andes, podrá conectarse con las vías férreas existentes hacia los puertos de Buenos Aires y los existentes en la región central de Chile (Quintero, Valparaíso, San Antonio).

El carácter binacional del proyecto ha implicado el desarrollo de un trabajo mancomunado entre las autoridades de concesiones de ambos países a objeto de presentar a los posibles inversionistas un proyecto común a ambos lados de la frontera. El trabajo desarrollado entre ambas partes ha permitido la definición de términos de referencia común para los estudios de demanda e ingeniería y hoy los equipos se encuentran trabajando en aquellos mecanismos que permitan entregar las garantías suficientes para hacer atractivo el proyecto (derecho de paso en las vías, solución previa a la concesión de temas expropiatorios, bases técnicas homogéneas, duración de la concesión, mecanismo de licitación, etc).

Los análisis preliminares han explorado las formas en las cuales podría licitarse el proyecto, temporalidad de la licitación, mecanismo de control sobre el concesionario, sin que a la fecha se haya llegado a adoptar la solución final. Los análisis para cada uno de estos elementos han considerado los siguientes aspectos.

- Territorialidad. El carácter binacional del proyecto llevó a plantar en sus inicios la opción de generar un organismo supranacional que llamará a la licitación conjunta. Esta posibilidad fue descartada y se optó por realizar 2 licitaciones conjuntas, cada país licitará el tramo que le corresponde. Esta decisión se tomó debido a que no requería ninguna modificación normativa ni la firma de tratados, facilitando así el proceso.

¹³³ El régimen chileno de otorgamiento de concesiones a partir de iniciativas privadas está contemplado, con carácter general, en el artículo 2 del Decreto Supremo No. 900 de fecha 31/10/96 que fija el texto refundido del Decreto con Fuerza de Ley (DFL) del Ministerio de Obras Públicas No. 164 de 1991 – Ley de Concesiones de Obras Públicas, y en los artículos 4 a 12 (Título II) del Reglamento del DFL MOP No. 164 de 1991 de fecha 6/10/97.

- Temporalidad de la licitación. La decisión de realizar concesiones simultáneas llevó a fijar un cronograma conjunto a objeto de minimizar los tiempos muertos a los privados.
- Forma de adjudicación final del proyecto. Si bien la realización de 2 licitaciones simultáneas es más fácil llevar a cabo, tiene el inconveniente que no asegura un único adjudicatario a ambos lados de la frontera. Luego, se ha analizado la posibilidad de entregar un determinado plazo para que la concesión se perfeccione si se diera este hecho. El plazo a entregar tiene por objeto que los concesionarios de ambos países acuerden entre ellos la operación conjunta del tren.
- Mecanismo de control. Así como se planteó la generación de un organismo binacional para realizar la concesión, también se planteó la opción una inspectoría fiscal única, lo que aún no se ha decidido. En este marco, pareciera lo más transparente que cada país tenga su propia inspectoría fiscal, pero que los parámetros de control sean similares a ambos lados de la frontera.

Si bien las similitudes de las leyes de concesión han facilitado el trabajo, una de las dificultades que ha encontrado el proyecto ha sido la definición de los poderes concedentes, por cuanto si bien en Chile el interlocutor ha sido siempre el Ministerio de Obras Públicas, en Argentina la existencia de poderes concedentes a nivel de gobierno central y regional, ha sido un elemento que no ha permitido tener claridad respecto de quién es el interlocutor válido, en particular para los privados, quienes se han visto obligados a presentar el proyecto en ambos niveles para obtener el reconocimiento que se da a las iniciativas privadas.

El proyecto en sí, cuya extensión es de 260 kms (70 Km. en Chile y 188 Km. en Argentina), involucrará una inversión total –infraestructura y material rodante- cercana a los US\$ 240 millones, de los cuales aproximadamente US\$ 140 millones corresponden a la infraestructura necesaria para permitir la posterior operación de un tren de carga.

Las obras contempladas en la concesión incluyen:

- Las obras incluyen la reconstrucción de las vías entre Los Andes y Mendoza (Argentina).
- Habilitación de estaciones y talleres.
- Reconstrucción de puentes y obras de artes.
- Construcción de estación multimodal en Los Andes.
- Instalación de sistemas de comunicación.

4.2.4.8 Caso No. 8 (“multicaso”): Las concesiones portuarias en Ecuador: Entre Guayaquil y Esmeraldas – Notas sobre el fracaso del programa de concesionamiento de los puertos públicos

Con el marco de la ley No. 50 de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, de fecha 31/12/93, y su Decreto Reglamentario (Decreto Ejecutivo No. 2328 de fecha 2/12/94), comienza en Ecuador un lento proceso de fomento de la participación del sector privado en sectores de infraestructuras.

Específicamente en el caso del sector portuario, el proceso se inicia a partir de la segunda mitad del año 97, con el proceso de concesión del Terminal de Cargas a Granel y Multipropósito del Puerto de Guayaquil, para después continuar los procesos de estructuración de concesiones en el Puerto de Manta, Puerto Bolívar, Puerto de Esmeraldas, y los restantes terminales del Puerto de Guayaquil (contenedores y carga general).

En medio del proceso de concesionamiento de los puertos públicos ecuatorianos, el gobierno comenzó durante el año 2001 a evaluar la aprobación de una nueva ley de puertos, adjudicando la consultoría correspondiente a principios del año 2002. No obstante, a la fecha, todavía no se ha presentado el referido proyecto de ley para su aprobación por parte del Parlamento; generándose incertidumbres en el marco de los procesos referidos respecto del impacto de un probable cambio en el marco legislativo respecto de las concesiones.

A la fecha, el estado de situación del referido proceso que comenzó –que, por cierto, comenzó con mucha fuerza- es el siguiente:

- a. sólo se ha logrado conceder el mencionado terminal del Puerto de Guayaquil durante el primer cuatrimestre del año 2001 (para ser más exactos, el contrato se firmó el 27 de abril de ese año); y respecto del cual, prácticamente habiendo transcurrido un poco más de un mes y medio desde la toma de posesión de la concesión el concesionario ha iniciado un proceso de renegociación de su contrato (¹³⁴);
- b. de los restantes puertos, el proceso de concesión que más avanzó fue el del Puerto de Esmeraldas, en el que llegó a adjudicarse el contrato en un proceso cuasi-perfecto desde el punto de vista de su concepción y diseño, estructuración y conducción del proceso licitatorio y ejemplar para otros procesos de concesiones portuarias en el mundo; pero en el que, como consecuencia de las elecciones nacionales llevadas a cabo a fines del año 2002 en Ecuador, el nuevo gobierno ha suspendido el proceso en dicha instancia, removió las principales autoridades de la Autoridad Portuaria de Esmeraldas (APE), y ha postergado la firma del contrato de concesión respectivo, generando un preocupante entorno de inseguridad jurídica;

¹³⁴ Aunque formalmente, la demanda ante el Tribunal Arbitral fue planteada formalmente a los 4 meses contados a partir de la firma del contrato; en cualquier caso, algo absolutamente inusual para el tan poco plazo que, a ese momento, tenía de ejecución el contrato.

- c. los procesos de concesión del Puerto de Manta y Puerto Bolívar fueron también suspendidos por similar causa; aunque se encontraban en una etapa menos avanzada que el del Puerto de Esmeraldas; y
- d. no se sabe a ciencia cierta qué es lo que va a acontecer de aquí en más con los procesos de referencia, ni con el de aprobación de una nueva ley de puertos, pues tampoco existe una estrategia definida al respecto.

A continuación, se analizan sumariamente los procesos seguidos respecto del Puerto de Guayaquil y del Puerto de Esmeraldas antes citados, por ser ambos dos casos bien representativos de las fallas típicas de los procesos en América del Sur a las que se aludió en el numeral 4.2.3 precedente.

A. *La concesión del terminal de cargas a granel y multipropósito del Puerto de Guayaquil*

A partir de la segunda mitad del año 1997 la Autoridad Portuaria de Guayaquil (APG) inicia el proceso tendiente a estructurar la concesión de referencia; efectuó la convocatoria a la licitación internacional correspondiente a principios de 1998; recibió las ofertas de los participantes a inicios del mes de mayo, y adjudicó la concesión para fines de junio de ese mismo año. El contrato de concesión se firmó con fecha 27/4/99, luego de casi 10 meses de negociaciones y tratativas previas. Cuatro meses después, a instancias del concesionario (ANDIPUERTO GUAYAQUIL S.A.) se inició formalmente un largo proceso de renegociación de los contenidos del referido contrato, que comienza con la presentación de una demanda de parte de éste ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

En dicha reclamación, el concesionario alegó que existieron una serie de circunstancias externas posteriores a la fecha de realizada la *convocatoria* ⁽¹³⁵⁾ y, por ende, de aprobadas y lanzadas públicamente las Bases de la licitación, que habrían variado sustancialmente los presupuestos sobre los cuales la APG elaboró dichas Bases y el contrato de concesión, los cuales son: a) constatación, por parte del concesionario, de la existencia de un volumen de carga menor al proyectado en los estudios realizados por la APG con carácter previo a la convocatoria de la licitación (1997); b) la situación económica general del país existente con posterioridad a la fecha de elaboración de las Bases del proceso, que a juicio del concesionario, habría provocado una reducción del comercio exterior ecuatoriano de aproximadamente un 70%; c) retraso en el dragado del canal de acceso al puerto por parte de la APG, lo cual, según el concesionario, habría limitado el calado máximo de las embarcaciones que utilizan las instalaciones de la APG y determinado una disminución del actividad del terminal concedido en beneficio de los terminales privados antes referidos; d) otorgamiento de autorizaciones por parte del Gobierno Ecuatoriano a operadores privados para la construcción y gestión de puertos comerciales privados en zonas próximas al Puerto de Guayaquil, alegando que ello

¹³⁵ Obsérvese el momento que el concesionario toma como referencia temporal de su reclamo de alteración de la ecuación económico-financiera de la concesión que, en esencia, debiera ser la fecha de firma del correspondiente contrato de concesión.

provocó una alteración del equilibrio económico-financiero de la concesión, siendo la misma imputable a las condiciones económicas sobrevinientes a la adjudicación; y e) que las autorizaciones otorgadas para la instalación de dichos puertos habría constituido un incumplimiento de parte de la APG de la cláusula de exclusividad regulada prevista en el contrato.

Las argumentaciones precedentes resultaban infundadas, por cuanto: i) la alegada menor carga respecto de la proyectada (argumento referido en el literal a. anterior) constituye un aspecto calificado como riesgo comercial, de cargo del concesionario conforme a la ley y el contrato; por otra parte, la APG no asumió en ningún caso responsabilidad por las proyecciones e información suministrada; siendo a su vez de cargo del concesionario evaluar y revisar dicha información a efectos de elaborar sus propias proyecciones y modelo económico de la concesión y, a partir de allí, estructurar su oferta; ii) no resultaba procedente alegar la variación de la situación económica con posterioridad a la redacción de las bases como supuesto de hecho imprevisible que amerite la renegociación del contrato (argumento mencionado en el literal b. anterior) pues, no se trataba ni de un hecho imprevisible (ya era conocido con carácter previo a la firma del contrato), ni posterior a la firma del contrato (¹³⁶); ni tampoco que la alegada disminución de su actividad se debiera a dicha circunstancia (¹³⁷); iii) el retraso en el dragado del canal de acceso, tampoco parecía constituir una consideración a esgrimir como parte de una instancia de renegociación, máxime en el momento en que se hacía, en la medida en que la misma no hubiere sido una obligación asumida por la APG como parte del contrato de

¹³⁶ Para establecer si un determinado evento califica o no dentro de algunos de los supuestos de alteración de la ecuación antes mencionados bajo los cuales corresponde la renegociación del contrato, como punto de partida se requiere que el mismo haya ocurrido con posterioridad a la firma del contrato de concesión y no antes; como efectivamente tuvo lugar en el caso. Y ello es independientemente del razonamiento que se haga respecto a que las Bases integran el contrato de concesión pues, hasta que no se firme el mismo, no existe contrato, y la renegociación del contrato ante la ocurrencia de tales hechos procede única y exclusivamente cuando los mismos se han producido con posterioridad a su firma, además de otras circunstancias que deben reunir para su efectiva procedencia, conforme a lo antes expresado. Esto, que es de total lógica, responde al hecho de que el concesionario, con carácter previo a firmar el contrato de concesión es libre para presentar la oferta que entienda conveniente (pues si entienda que las proyecciones de la Administración son más elevadas de las que realmente son, el participante podrá solicitar aclaraciones o ajustes en el pliego, realizar una oferta más baja), así como requerir la introducción de modificaciones al contrato con carácter previo a su firma o, de lo contrario, retirarse del proceso permitiendo que la APG pase al segundo clasificado para designarlo como adjudicatario y firmar con él el contrato de concesión.

¹³⁷ En el caso, tampoco se pudo acreditar que se haya producido una disminución general de la actividad como lo alega el concesionario. El movimiento de graneles anual no había sido, a ese momento, inferior al mínimo del que se hablaba para la terminal multipropósito (el tráfico mínimo se ha cumplido en el país). Sin embargo, el tonelaje de graneles ha entrado por otros puertos a raíz de –según se ha informado– la falta de aplicación de una política comercial acertada por parte del concesionario, que no ha podido captar dichas cargas como consecuencia de no haber alcanzado los necesarios acuerdos con los cargadores correspondientes, aspecto de suma importancia en un mercado altamente concentrado como lo es el ecuatoriano; lo anterior, en todo caso, se configuraría como uno de los riesgos típicos del concesionario en materia de comercialización de la concesión que debe llevarse a cabo, según el contrato, “en libre competencia”, por lo que no cabría, en buena lógica, entender un fallo en la captación de una carga que existe de hecho en el país, como un elemento imprevisible o derivado de un acto de la Administración.

concesión y que los buques graneleros entraban, en ese momento, al canal de acceso lo mismo que unos meses antes, cuando se otorgó el contrato y la APG recibía carga granelera en cantidad muy superior a la mínima fijada en el contrato de concesión; iv) en lo que respecta a las autorizaciones conferidas para la instalación de puertos privados en la zona (argumento mencionado en el literal d. anterior), tampoco constituía un elemento susceptible de ser esgrimido como causal de alteración del equilibrio contractual que otorgue el derecho al concesionario de plantear la renegociación de la concesión, por cuanto no reunían los elementos de imprevisibilidad y extraordinariedad requeridos para habilitar el funcionamiento de los mecanismos de nivelación de la ecuación contractual (¹³⁸); es más, en el caso de uno de los puertos privados mencionados por el concesionario en respaldo de sus dichos –Trinipuerto–, la autorización ni siquiera se otorgó con posterioridad a la firma del contrato de concesión, sino más de un año antes de ello; por lo que siendo éste un hecho conocido por el concesionario, debió haberlo previsto en sus análisis tendientes a articular su oferta, disminuyendo el valor económico de la misma como hicieron los demás oferentes en el proceso; y v) por último, tampoco existió en el caso un incumplimiento de la APG a la cláusula de exclusividad prevista en el contrato.

No obstante, lo más llamativo del caso fue que, pese a haber sido tales hechos o eventos de carácter previo a la adjudicación de la concesión, y conocidos por el concesionario (o al menos, habiendo debido serlo, según razonablemente cabría suponer) antes de la firma del contrato, en lugar de plantearse la solicitud de ajuste del contrato con anterioridad a ello, el concesionario esperó a hacerlo casi inmediatamente con posterioridad a dicha instancia.

La demanda del concesionario es contestada oportunamente por la APG siguiendo sólo algunas de las consideraciones antes expuestas, además de incluir otras. A mediados del mes de enero del año 2000, el Tribunal Arbitral emite el laudo correspondiente, que en esencia establece: a) que se ha producido la ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato, como consecuencia de la autorización otorgada para la instalación de Trinipuerto S.A.; b) impone a las partes renegociar el contrato a efectos de reestablecer el equilibrio contractual alterado, alegando que ello debe realizarse exclusivamente entre las partes y sin su intervención, puesto que pese a entenderse competente, el Tribunal consideró que no estaba dentro de sus atribuciones “dictar el contenido de un contrato”; y c) que el concesionario tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones (invocando la aplicación de la disposición legal referente a supuestos de “fuerza mayor” y la aplicación del principio de “excepción de contrato no cumplido”), hasta tanto se arribe un acuerdo entre las partes.

Frente a ello, la APG interpuso un recurso de nulidad de dicho laudo arbitral ante el Tribunal Superior de Justicia de Guayaquil (Sexta Sala) quién, en Fallo de fecha 7 de junio de 2001, se pronunció por el rechazo del recurso planteado. El concesionario, por su parte, alegando la aplicación del referido laudo suspendió el cumplimiento de ciertas

¹³⁸ En efecto, al tenor de lo dispuesto en la Ley General de Puertos promulgada por Decreto No. 289 (publicada en el Registro Oficial No. 67 de fecha 12/4/76) (en adelante, la “LGP”), la operación de puertos y terminales portuarios privados es una actividad de carácter libre, correspondiendo al CNMMP otorgar las autorizaciones correspondientes para su instalación.

obligaciones, como ser la de abonar a la APG el canon previsto contractualmente, y efectuar las inversiones requeridas; encontrándose, a la fecha, la situación en proceso de adecuada solución.

Lo anteriormente expresado merece los siguientes comentarios:

- a. Resulta poco comprensible la alegación del Tribunal Arbitral de que la autorización otorgada a Trinipuerto por un ente público distinto a la APG, constituye un incumplimiento de contrato de concesión; habida cuenta de que ello no constituyó un acto de la APG sino de otra entidad pública que no es parte del contrato, y de que el acto fue anterior a la fecha de suscripción del contrato de concesión (más de 1 año antes; o sea, mal puede hablarse de incumplimiento frente a algo que a ese momento no existía).
- b. Tampoco pueden invocarse los argumentos de la “excepción de contrato no cumplido” ni el de la existencia de una causal de “fuerza mayor” para fundar el derecho del concesionario a la suspensión de sus obligaciones; i) en el primer caso, por cuanto no se verificaron en el caso los requisitos previstos para ello por la doctrina y jurisprudencia (¹³⁹); y ii) en el segundo caso, por cuanto las situaciones de hecho sobre las que se articulan la reclamación del concesionario no encuadran en la definición de “fuerza mayor” (¹⁴⁰).

¹³⁹ En términos generales, se admite que cuando exista una conducta de la Administración que de lugar a una situación de hecho que le impida al concesionario cumplir las obligaciones a su cargo, éste puede oponer como defensa la “excepción de contrato no cumplido” y suspender el cumplimiento o ejecución de prestaciones a su cargo.

Sin embargo, la doctrina concuerda en que no se admite el uso de tal excepción en cualquier caso. En este sentido, se requiere que: a) el hecho de la Administración le genere al concesionario una razonable imposibilidad de llevar a cabo las prestaciones contractuales; b) que el concesionario no se encuentre en mora al momento de la invocación de dicho derecho (esto es, que haya cumplido fielmente el contrato hasta el instante mismo en que pretende alegar dicha excepción); y c) que no se trate de contratos que tuvieren por objeto la prestación de un servicio público o de interés público, en la medida en que es necesario mantener la continuidad del servicio en las condiciones previstas.

En definitiva, por lo que se viene de señalar, en el caso tampoco resultaba procedente otorgar al concesionario el derecho a la suspensión de sus obligaciones sobre la base de dicho fundamento, en la medida en que no se verificaron, al menos, dos de los requisitos exigidos por la doctrina, como son el mencionado en el literal b. y c. anterior; siendo dudoso, conforme a la información recabada, que también se hubiere verificado el requisito mencionado en el literal a. anterior.

¹⁴⁰ Al respecto, se sustenta el fallo en lo previsto en el artículo 91 literal a) del Reglamento de la Ley de Modernización de Ecuador, conforme al cual, “el concesionario tendrá derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la concesión... en caso de fuerza mayor o caso fortuito, que impidan la continuación de las obras o la prestación del servicio...”.

La disposición transcrita refiere a la hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito, que se verifica cuando se producen actos, hechos u omisiones de terceros o de la naturaleza, que por su producción o envergadura sean excepcionales; esto es, que excedan de lo que cualquiera de las partes contratantes pudieren razonablemente conocer, limitar o prever sus consecuencias. En términos generales, y sin que la relación sea limitativa, se entiende que las causas de fuerza mayor incluyen terremotos, tormentas, erupciones,

- c. No parece razonable que el concesionario hubiere suspendido sólo el cumplimiento de aquellas obligaciones que le resultaban conveniente (obviamente, las que implicaban erogaciones, como ser, la ejecución de las inversiones y el pago del canon convenido), y seguir ejecutando el contrato en los demás aspectos (o sea, en los beneficiosos, como ser, la prestación de servicios y cobro de tarifas a los usuarios). Si el concesionario optaba por suspender el cumplimiento de sus obligaciones, debió haber suspendido todas las obligaciones a su cargo y retirarse transitoriamente de la concesión hasta tanto se resuelva definitivamente la cuestión de la renegociación, momento a partir del cual, la APG debió haber intervenido la concesión durante dicho lapso; cosa que no sucedió en la práctica.
- d. Tampoco se explica la posición del Tribunal Arbitral de Guayaquil en cuanto a que si bien se consideró competente para laudar en dicho caso, considera que no lo es para intervenir en la renegociación del contrato, diciendo que ello debe hacerse directamente por las partes. El arbitraje ha sido previsto como mecanismo para la resolución de las controversias entre las partes, y aquí, indudablemente existe una. Si no se llega a un acuerdo en la renegociación del contrato, existirá otra controversia que, indudablemente, deberá someterse nuevamente al mecanismo de resolución previsto en el contrato. De lo contrario, la situación planteada puede transcurrir indefinidamente en perjuicio del Estado Ecuatoriano, habida cuenta que la parte favorecida por la situación (o sea, el concesionario), no tiene ningún incentivo para llegar a una solución sobre el punto, pudiendo establecer una estrategia de renegociación tendiente a dilatar deliberadamente cualquier hipótesis de acuerdo.

B. La concesión del Puerto de Esmeraldas

La estructuración del proceso de concesión del Puerto de Esmeraldas se inicia a principios del año 2001.

En términos generales, y más allá de ciertas dificultades planteadas a lo largo del proceso, lo cierto es que el mismo ha constituido un proceso modelo. en el cual se han cubierto prácticamente la totalidad de pasos a los que se hace referencia en el numeral 5.1.2

inundaciones y cualquier otra calamidad de la naturaleza; actos de guerra, incluyendo invasiones o guerras civiles, o ataques del enemigo, ya sea con o sin declaración de guerra, nacionalización o expropiación, desórdenes públicos, insurrección o rebelión; invasión, sabotaje, vandalismo, demostraciones violentas o tumultos y huelgas de carácter general o específicas que afecten directamente la actividad del concesionario y cuyos efectos ésta no haya podido prever. Parece claro que la situación planteada respecto de la concesión del Puerto de Guayaquil, no encuadraba en ninguna de dichas hipótesis.

La fuerza mayor puede producir efectos definitivos o transitorios. En cualquier caso, la consecuencia directa es que el incumplimiento del concesionario en este tipo de casos, no genera responsabilidad de su parte (esto es, la Administración no podría aplicarle sanciones, etc.). Es claro que, en estos casos, el concesionario puede llegar a suspender el cumplimiento del contrato mientras duren los efectos de la fuerza mayor; correspondiendo en dichas situaciones, la intervención provisoria de la concesión por la Administración durante dicho lapso, a efectos de no afectar la prestación del servicio.

siguiente como básicos –a nivel micro- para un exitoso proceso de implementación de proyectos de concesión, y dentro de los cuales, sumariamente, se destacan los siguientes: i) adecuada definición del interés del Estado en el proceso; ii) sólidos estudios de factibilidad del proyecto, respaldatorios de la viabilidad determinada para el mismo; iii) financiabilidad del proyecto adecuadamente testada con diferentes instituciones financieras y operadores del sector; iv) estrategia comunicacional para la difusión de los beneficios del proyecto muy bien planteada; v) estrategia de promoción y marketing de la concesión impecablemente planteada, con “road shows” exitosos en centros internacionales acertadamente elegidos; vi) articulación de un procedimiento licitatorio eficaz, eficiente, transparente y objetivo en su adjudicación; vii) preparación de un modelo de contrato de concesión perfectamente compatible con los requerimientos estándares de los diferentes actores privados involucrados en estos procesos (operadores, empresas constructoras, instituciones financieras en general, etc.) conforme a pautas internacionales; y desarrollo de un procedimiento licitatorio conducido con absoluta transparencia, en el cual participaron 6 grupos oferentes, que al finalizar el mismo con la adjudicación, ninguno de ellos impugnó el proceso; muy por el contrario, hicieron constar sus felicitaciones a la APE y sus colaboradores por la forma en que se condujo el procedimiento licitatorio.

Desde el punto de vista del proceso, fueron además especialmente destacables dos aspectos, que la marcan como “pionera” en su género, a saber:

- fue quizás, el primer proyecto de concesión portuaria en la región en emplear un sistema de “data room” interactivo (¹⁴¹), lo que ha resultado altamente exitoso desde el punto de vista de la objetividad, transparencia, eficacia y eficiencia en la conducción del procedimiento licitatorio;
- es la primer concesión en el mundo que junto al objeto principal de la concesión, ha previsto la ejecución de un “proyecto social de progreso” a ser gestionado

¹⁴¹ En este caso, el “data room” constituye una instancia del procedimiento licitatorio; un conjunto de sesiones de trabajo de 20 días de duración aproximadamente, que tiene lugar entre la Administración y los oferentes precalificados (y una vez concluida, claro está, y como paso siguiente, la fase de precalificación), y en las cuales éstos podrán solicitar información relacionada con el objeto del contrato, efectuar las visitas a las áreas e instalaciones comprendidas en el ámbito del contrato, plantear las consultas que fueren de su interés, recibir las explicaciones correspondientes de parte de la Administración y, por último, plantear sugerencias, modificaciones o reparos a la documentación técnica entregada por la Comisión y a las presentes bases. A dichas sesiones asisten los precalificados junto con sus asesores en materia legal, financiera, económica, técnica y, si lo ameritase el tema, ambiental.

Al concluir el período previsto para el funcionamiento de esta fase, se deberán haber aprobado por parte de la Administración los documentos definitivos del procedimiento licitatorio (a los que podrá haber incorporado o no las sugerencias, reclamos y planteos efectuados por los distintos participantes de dicha instancia), y se invitará a cada uno de los precalificados que tengan interés en continuar en el proceso, a presentar sus respectivas ofertas sobre los documentos definitivos antes referidos.

Como se ve, entonces, el funcionamiento de esta instancia es distinto al usualmente conocido como “data room”, que tiene lugar con carácter previo a la presentación de antecedentes para precalificación, ni tiene las características a las que anteriormente se ha hecho referencia.

directamente por el propio concesionario, que con su capacidad de gerenciamiento, se compromete a gestionarlo durante el mismo plazo previsto para la concesión (25 años).

Ahora bien; como se dijo antes, habiéndose logrado adjudicar el proyecto en un escenario político y socioeconómico extremadamente complejo, a la fecha aún no se ha logrado firmar el contrato por parte del adjudicatario, al haberse determinado la suspensión del proceso por parte del nuevo gobierno. De ello, a su vez, se han derivado cambios a nivel de criterio político de las propias autoridades que otorgaron la concesión, al cambiar los responsables de la APE, dando lugar a un marco de inseguridad jurídica para el grupo privado adjudicatario, y que meses después, aún no ha recibido la concesión.

Aprovechando la situación, grupos políticos, entidades públicas y privados beneficiarios del status quo anterior que mostraron ciertas resistencias al proyecto, pero que durante todo el plazo de conducción del procedimiento licitatorio no efectuaron ningún tipo de reclamo u oposición formal frente a los diferentes actos administrativos dictados a su respecto, han planteado posteriormente un recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional contra el proceso de concesión.

C. Conclusiones

Existen importantes lecciones a extraer de lo antes comentado, a saber:

- a. Es fundamental el consenso político previo a la estructuración de un programa como el comentado –más allá del acierto o el error en las diferentes definiciones tomadas en la estrategia pautada por el anterior gobierno- pues se corre el riesgo de que acontezca lo que en el caso sucedió: el gobierno entrante “desandó” todo lo andado por el gobierno anterior en esta materia.
- b. Los cuadros políticos y técnicos involucrados en este tipo de procesos deben ocupar el rol y el lugar que les corresponde en cada caso. Una vez tomada políticamente la decisión de iniciar un proceso de concesión, la política debe retirarse y dejar en manos de los equipos técnicos la estructuración del proceso conforme a criterios de eficacia y eficiencia en la administración de los recursos públicos. El caso de la concesión del Puerto de Esmeraldas que se viene de comentar, pone en evidencia cómo dicha premisa no se ha cumplido en el caso, pues diferentes actores políticos siguieron inmiscuyéndose en diferentes aspectos netamente técnicos del proceso, generando el entorno de falta de seguridad jurídica existente hasta la fecha.
- c. La estructuración de procesos de concesión no pueden ser concebidas como meras acciones de “retirada técnica” del Estado de la prestación de determinados servicios; siendo fundamental que ellas se enmarquen en procesos más amplios de “reforma del Estado”, que impliquen una redefinición de los roles del Estado (fortaleciendo, en el caso, los roles de regulación y control) y la

introducción de los cambios correspondientes al marco jurídico e institucional. En el caso de los procesos seguidos en Ecuador antes referidos, no ocurrió tal cosa, dejando en evidencia la falta de cuadros adecuadamente preparados en la Administración Pública ecuatoriana para la ejecución de los roles de regulación y control. De ello es muestra evidente el proceso de renegociación del contrato de concesión de uno de los terminales del Puerto de Guayaquil antes comentado. La misma preparación requerida debe existir también en los cuadros funcionales involucrados en la estructuración de la operación de concesión.

- d. Es fundamental la regulación de sistemas de responsabilización de la actividad de los funcionarios públicos involucrados en estos procesos, para controlar su actividad y, eventualmente, poner en funcionamiento los mecanismos de responsabilidad ante fallas y errores cometidos durante tales procesos; cosa que no existe en Ecuador pero tampoco, en los demás países de la región.
- e. Es imprescindible desterrar la práctica existente en muchos países de la región de presentación de ofertas “temerarias” o “anormalmente desproporcionadas” en los procedimientos licitatorios, por aquellos agentes privados de menor prestigio y trayectoria que, amparándose en la opacidad de los procesos y sus regulaciones, presentan ofertas que salen de los parámetros razonables conforme a las características de los negocios planteados por la Administración con tales proyectos, con la expectativa de, una vez suscrito el contrato, renegociar sus condiciones con la Administración, a la que siempre le resultará mucho más fácil negociar los ajustes al contrato ya firmado, que rescindir el contrato para efectuar un nuevo llamado. Los documentos contractuales de la concesión del Puerto de Esmeraldas regularon esta situación (por cierto, muy pocas veces reguladas hasta ahora en los diferentes procedimientos licitatorios seguidos en la región), junto a las situaciones de renegociación de la concesión; cosa que no ocurrió de la misma forma en el caso de la concesión del Puerto de Guayaquil antes comentada.
- f. Cuando se procura generar un entorno de seguridad jurídica para los proyectos, debe tenerse en cuenta que además de la certeza en los propios documentos contractuales del proyecto, así como en la regulación específica y/o sectorial aplicable al caso, hay que buscar la coherencia en el resto del ordenamiento jurídico del país, de modo tal de evitar situaciones de abuso de las vías procesales, como ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de la concesión del Puerto de Esmeraldas a partir del planteo del recurso de amparo constitucional presentado luego de haber concluido todo el proceso licitatorio.
- g. Es fundamental, por último, una adecuada regulación de los mecanismos de resolución de controversias en los contratos de concesión, de modo tal de: i) por un lado, contar con la certeza de que los diferendos serán sometidos a la intervención de técnicos de alta especialización en la materia objeto de disputa; y ii) por otro lado, disponer de eficaces y eficientes mecanismos para la

resolución de las controversias planteadas, con celeridad, transparencia, objetividad, independencia e idoneidad.

4.2.4.9 Caso No. 9: La concesión del Aeropuerto “Arturo Merino Benítez” de Santiago de Chile: entre las dificultades de una industria y sector y la necesidad de renegociación del contrato de concesión

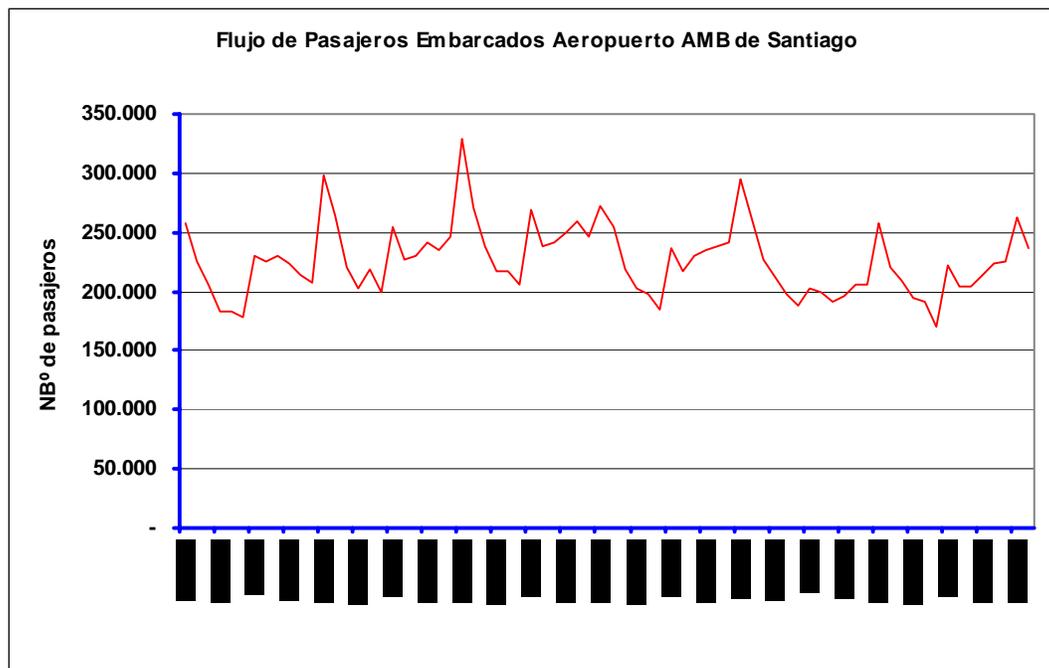
A. Antecedentes Generales

En el año 1995, y como consecuencia directa del éxito alcanzado por el Estado en la dotación de infraestructura vial a través de la acción privada, el Ministerio de Obras Públicas definió la política aeroportuaria para las próximas décadas. Esta última buscó abiertamente superar el déficit histórico de infraestructura aeroportuaria existente hasta esa fecha en el país, promoviendo además una mayor eficiencia en este sector en particular.

Uno de los principales hitos asociados a este proceso fue la íntegra remodelación del Aeropuerto Internacional de Santiago, labor que inicialmente fue asumida por el Estado para luego ser traspasada a privados. Para ello se procedió en el año 1997 a licitar la ampliación de los terminales de pasajeros nacionales e internacionales, junta a una serie de otras obras tales como construcción de una nueva torre de control, estacionamiento para aeronaves y otras, resultando la concesionaria SCL adjudicatario de la misma. En este sentido es importante mencionar que todos los participantes en el proceso de licitación ofrecieron la menor Tarifa por Pasajero Embarcado propuesta por el MOP (la variable económica a licitar), determinándose la adjudicación únicamente en base mérito técnico de las distintas ofertas.

Las Bases de Licitación de la concesión del Aeropuerto Internacional de Santiago contemplaron la obligación de construir obras, antes de julio del año 2001, destinadas a cubrir una capacidad anual de 9 millones de pasajeros. Sin embargo, mediante importantes modificaciones introducidas al proyecto referencial, dicha capacidad fue ampliada a 12 millones de pasajeros, motivada por el rápido crecimiento del tráfico de pasajeros de un 13,4% interanual entre 1985 y 1995. En este sentido cabe señalar que en 1994 la capacidad de diseño de la Fase Alfa del terminal de pasajeros fue sobrepasada al momento de su inauguración, hecho que generó importantes expectativas de crecimiento en el futuro en lo que a esta materia se refiere. De hecho, de acuerdo con las proyecciones entregadas por el MOP para el proceso de Licitación del año 1997, se esperaba que las tasas interanuales de crecimiento de pasajeros fuesen cercanas al 11% entre los años 1996 y 2005, situación que lamentablemente nunca ocurrió, como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 1



Esta situación sumada a otros factores exógenos de diversa índole como por ejemplo la brusca contracción de la industria aeronáutica durante los últimos tres años y la incapacidad de la concesionaria de percibir ingresos en ciertas áreas inicialmente licitadas, ha terminado por mermar la capacidad económica del proyecto.

Este último hecho contrasta con la política seguida hasta el momento por el concesionario, en virtud de la cual no sólo se han sobrepasado con creces los estándares mínimos exigidos por la autoridad para esta obra en particular, sino que también se ha logrado obtener innumerables reconocimientos internacionales entre los cuales destaca el nombramiento del Terminal Aéreo de Santiago como el mejor aeropuerto de Latinoamérica durante los años 2001 y 2002 ⁽¹⁴²⁾. De esta forma se reconocen los avances y la calidad de servicios e infraestructura que presenta actualmente este terminal, situación que no refleja la real amenaza económica por la que atraviesa el aeropuerto.

B. Factores relevantes

Tal como fue mencionado anteriormente, desde que la Sociedad Concesionaria se hizo cargo en el año 1998 del Aeropuerto de Santiago, la administración y operación se ha visto seriamente dificultada debido a la acumulación y/o conjugación de una serie de problemas, los cuales serán descritos a continuación. Si se analizan los tráficos mundiales y regionales de pasajeros, los analistas coinciden en atribuir el estancamiento de esas cifras a los efectos económicos de la llamada “Crisis Asiática” originada en el 97 / 98 y

¹⁴² Revistas América Economía y Latín Trade, marzo de 2003.

cuyas consecuencias derivaron en una fuerte desaceleración económica mundial, impactando directamente a Chile a partir de 1999.

i El ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001: Debido al atentado terrorista del 11 de septiembre se han acelerado y agudizado los siguientes cambios en la industria aeronáutica mundial:

- **Disminución del tráfico de pasajeros** y consecuentemente el número de operaciones. A diferencia de lo ocurrido históricamente en forma posterior a un accidente aéreo, se prevé que el nivel de tráfico de pasajeros “perdido” producto del atentado del 11 de setiembre no se recuperará temporalmente y tendrá un efecto permanente en la industria, avalado por numerosos estudios y/o informes de clasificadoras de riesgo ⁽¹⁴³⁾ y consultores de aviación. Este efecto permanente se cree que es el resultado de un cambio en los hábitos de viaje de los pasajeros, en particular la percepción al riesgo de volar. Dicho cambio aumentó la competitividad del transporte terrestre frente al aéreo para tramos cortos. Esto se debe a que el aumento en el número de horas necesarias para hacer el chequeo de equipaje e ingreso a las zonas de embarque desincentiva el viaje en avión. Además, aumentó el uso de tecnologías de comunicación, tales como videoconferencias, las cuales ha hecho disminuir las necesidades de viajar.

Dado lo anterior, las expectativas de flujo de pasajeros para los años restantes de la concesión son inferiores a las contempladas originalmente. Cabe señalar, que las proyecciones originales presentadas por el MOP para el proceso de licitación mostraban que se alcanzaría la máxima capacidad del Aeropuerto (12 millones de pasajeros) el 2006, sin embargo, según los estudios realizados a fines del 2002 por el consultor de aviación Landrum & Brown ⁽¹⁴⁴⁾ (EEUU), dicha capacidad sólo será alcanzada el 2021.

- **Reestructuración de la industria**, acelerando la concentración de los operadores y la revisión de los costos de operación. En comparación al año 1997, a la fecha 11 líneas aéreas extranjeras y 3 nacionales han dejado de operar en el Aeropuerto de Santiago, reduciéndose hoy solo a 20 aerolíneas. Al abandono del aeropuerto de Santiago de operadores de la talla de British Airways, KLM, Alitalia y otros, se deben sumar las inesperadas quiebras de compañías globales como Swissair, United, SABENA y otros.
- **Cambio de la percepción de riesgo de las compañías de seguros** hacia la industria, generando un fuerte aumento en las primas de seguro y disminución en los niveles de cobertura.

¹⁴³ Informe Moody's, mayo y octubre de 2002.

¹⁴⁴ “Proyecciones de tráfico aéreo”; Landrum & Brown, septiembre de 2002.

- ii **Quiebre Institucional Económico y Político de Argentina:** Adicionalmente, se desencadena la crisis en Argentina. Esta no es parte de un ciclo económico, sino más bien un quiebre del conjunto de la institucionalidad económica y política del país, que afecta seriamente la operación del Aeropuerto.

Históricamente, los pasajeros que viajaban entre Chile y Argentina eran principalmente argentinos y ejecutivos chilenos, sin embargo, esta composición de viajeros ha cambiado fuertemente. En la actualidad el pasajero que viaja en esta ruta es principalmente un pasajero “turista” y chileno. Dicho cambio en el “mix” de pasajero ha mermado seriamente las ventas del Duty Free debido a que el pasajero argentino se caracterizaba por ser un comprador compulsivo y con un gasto promedio alto en las tiendas de Duty Free. Cabe destacar que los ingresos por concepto de ventas del “Duty Free” representan el 21% de los ingresos de SCL, la mayor fuente de ingresos de la concesionaria.

- iii **Problemas regulatorios relacionados con la autoridad:** Los cuatro años de operación han demostrado que la compleja institucionalidad aeroportuaria existente, en la cual interactúan tres ministerios y cuatro servicios públicos, sumado a la división de actividades aeronáuticas entre el concesionario y la DGAC (¹⁴⁶), han generado grandes dificultades al momento de hacer valer los derechos preestablecidos en las bases de licitación de la Concesionaria.

Dentro de los principales conflictos es necesario destacar:

- **Aumento de los derechos aeronáuticos y tasas de embarque.** Las facultades de cobros unilaterales por parte de la DGAC (Reglamento de tasas), otorgan a ésta una peligrosa discrecionalidad que puede afectar los intereses del concesionario. En diciembre de 2001, la DGAC aumentó en un 4% los derechos aeronáuticos y en más de un 40% las tasas de embarque internacional y nacional, restándole competitividad a la industria aérea y afectando los servicios que SCL puede ofrecer.
- **Conflictos en el desarrollo de servicios complementarios,** como un Hotel en el área de concesión, y donde la autoridad objeto su localización, al igual que competencia en algunos servicios publicitarios y de comunicación celular.

Cabe señalar la dificultad que ha tenido la concesionaria para acceder al Mecanismo de Cobertura Cambiaria (¹⁴⁷) ofrecido por el MOP, ya que en Julio de 1999 postuló a este mecanismo, solicitud que fue rechazada en enero de 2000 argumentándose que los ingresos por Tarifa por Pasajero Embarcado (TPE) estaban indexados parcialmente a la variación del tipo de cambio. Cabe recordar que sólo el 12% de los ingresos de la

¹⁴⁶ Dirección General de Aeronáutica Civil, responsable de la operación y seguridad aérea en Chile.

¹⁴⁷ Ya descrito en el análisis de la experiencia chilena.

concesión se asocian a la TPE. En Septiembre del año 2001, SCL postuló nuevamente a dicho mecanismo, siendo ésta acogida a tramitación en Noviembre de ese mismo año.

Mes	Ingresos pax embarcados UF	Otros Ingresos UF neto	Total Ingresos UF neto
Año 1999	0	667.314	667.314
	0%	100%	
Año 2000	75.329	876.144	951.473
	8%	92%	
Año 2001	110.274	958.440	1.068.714
	10%	90%	
Año 2002	128.475	940.178	1.068.653
	12%	88%	
Año 2003	47.875	305.150	353.025
	14%	86%	
TOTAL	361.953	3.747.226	4.109.179
	9%	91%	

Los problemas descritos anteriormente se han producido en el momento de mayor exposición del proyecto ya que el cien por ciento de la inversión se encuentra realizada, se tiene prácticamente la totalidad de la deuda con los tenedores de bonos vigente, y por último se produce en el momento de menor tráfico de pasajeros de la vida de la concesión.

Por lo anterior en Marzo del 2003 el concesionario ha solicitado poder acceder al Mecanismo de Distribución de Ingresos, ya descrito, para no tener conflictos con los tenedores de bonos.

C. Conclusiones

Del caso que se viene de comentar es posible extraer las siguientes conclusiones generales:

- a. La implementación de este proyecto muestra la relevancia de una adecuada proyección de ingresos, y las dificultades para su establecimiento en perspectivas de largo plazo; ya que claramente aquí se puede apreciar la “maldición del ganador”, en la que cayeron tanto el Estado Chileno como también el conjunto del sector privado (concesionario y agentes financieros proveedores de la financiación del proyecto) al momento tanto de presentar su oferta como de invitar al proyecto.
- b. Claro está que, en el caso, los eventos extraordinarios sucedidos en el sector y que se vienen de comentar, han excedido lo que razonablemente hubiera podido

preverse. Ello a su vez pone de manifiesto la importancia de una adecuada regulación de aspectos tales como:

- preparación de una adecuada matriz de riesgos del proyecto, identificando los posibles, determinando su impacto potencial, y regulación contractual clara y apropiada en relación a qué parte asumirá cada uno de los riesgos de incidencia en el proyecto;
 - regulación de las diferentes situaciones de alteración de la ecuación económico-financiera de la concesión por causas no imputables al concesionario; regulando especialmente: i) qué tipos de eventos dan derecho al concesionario a solicitar la nivelación de la ecuación contractual a la Administración; ii) cuál es el alcance del derecho del concesionario en tales casos, y obligación correlativa de la Administración (esto es, si está obligada a reparar el daño emergente y el lucro cesante, o únicamente, el daño emergente); iii) los procedimientos a seguir para reequilibrio contractual, con especificación de los requisitos formales y sustanciales a cumplirse por parte del concesionario para plantear la solicitud correspondiente; las causales de denegatoria o rechazo de la Administración; efectos del “silencio administrativo” transcurrido un determinado plazo desde la fecha de presentación de la solicitud; mecanismos de solución de controversias aplicable en caso de falta de acuerdo entre las partes; iv) técnicas y mecanismos susceptibles de ser aplicados a efectos de la nivelación contractual (por ejemplo, variación del plazo de la concesión; variación de los niveles tarifarios aplicables; otorgamiento o modificación del régimen de contribuciones públicas al proyecto; reversión onerosa de parte de las infraestructuras concedidas al final del plazo contractual; etc.); y
 - regulación apropiada de los supuestos de procedencia de la renegociación del contrato de concesión, a efectos de prever específicamente, cuáles son los supuestos habilitantes para ello.
- c. Por último, otro elemento a destacar es la importancia de la definición clara del marco institucional bajo el cual se articula la ejecución del proyecto; sea en lo que hace al relacionamiento interinstitucional, sea al relacionamiento Administración Pública – concesionario; definiendo en cada caso de forma transparente e inequívoca, el régimen de atribuciones, competencias, potestades y responsabilidades de las diferentes entidades públicas intervinientes o involucradas en las fases preparatorias y de ejecución de la concesión. Claro está, que ello conlleva la necesidad de determinar previamente cuáles son las diferentes entidades públicas que participarán, de un modo u otro en este tipo de operaciones; a fin de evitar posteriores situaciones de retrasos y conflictos que afecten negativamente la rentabilidad esperada del proyecto.

5. PAUTAS BASICAS PARA LA ESTRUCTURACION DE PROCESOS PPP EN EL SECTOR DE INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE EN AMERICA DEL SUR

Tal como se ha señalado en el numeral 2. de este informe, la puesta en marcha de modelos PPP conlleva –o debiera conllevar, si es que se pretende ejecutar los mismos con la necesaria eficacia y eficiencia- todo un proceso de “reforma del Estado” en el cual aquélla se incardine; y en donde es imprescindible que los gobernantes sean absolutamente criteriosos en cómo llevar adelante los mismos.

La incorporación de la participación privada en proyectos de infraestructuras es una tarea ardua y compleja por demás (especialmente en el caso de proyectos que, como la concesión, suelen implicar la asunción casi total de riesgos del proyecto por parte del sector privado); y en donde los errores cometidos, tarde o temprano, se pagan; y lo que es más grave, se pagan caro.

La experiencia internacional de los últimos años en el diseño, estructuración e implantación de procesos PPP, es reveladora de un sinnúmero de fracasos producidos como consecuencia de errores de variada índole cometidos por los Gobiernos en las diferentes fases involucradas en tales procesos, según se ha visto precedentemente; y en donde los perjudicados –más allá de los funcionarios de la Administración impulsores de los procesos y/o los partidos políticos que apoyan al gobierno de turno- son los usuarios, contribuyentes y, en definitiva, la comunidad en su conjunto.

Sin lugar a dudas que, más allá de objetivos políticos, económicos y/o estratégicos coyunturales, los procesos de participación público – privada tienen por objetivo la prestación de servicios en condiciones de eficiencia al menor costo posible. Para ello, resulta fundamental establecer un entorno propicio para la operación, con la finalidad reducir el costo del financiamiento privado. Esta ha sido una preocupación constante de los diferentes países de América del Sur, tal como se ha puesto de manifiesto en la reunión IIRSA de Presidentes de los diferentes países de la región celebrada en Brasilia a fines de mayo del 2002, en donde para reducir el costo del financiamiento de proyectos de concesiones de infraestructuras básicas, se ha coincidido en la necesidad de ajustar los marcos normativos aplicables, estructurar los proyectos de acuerdo a parámetros estándares internacionales, aplicar metodologías adecuadas en dicho proceso, y realizar una eficaz y eficiente labor de identificación y acotamiento de riesgos de los proyectos. Cuando, por el contrario, se cometen errores en relación a dichos aspectos, los mismos siempre los pagan los usuarios; sea como consecuencia de que la inversión privada no tiene lugar y deben, por tanto, padecer la falta del servicio o su prestación inadecuada, o bien, si dicha inversión finalmente se canaliza, afrontar tarifas elevadas y/o servicios de calidad insuficiente. Los usuarios, pues, son la razón y objetivos de los procesos de concesión, y su participación en los mismos resulta clave; tanto en las fases previas como en las etapas de control.

Ante tal estado de cosas, los Consultores han preparado las recomendaciones y consideraciones que se indican a continuación, haciendo referencia de un modo sencillo y

práctico a las diferentes cuestiones (políticas, económicas, financieras, sociales, legales, y culturales) consideradas claves para el éxito en el diseño, estructuración e implementación de proyectos PPP en el sector de infraestructuras de transporte; especialmente en el sector vial, según se ha dicho en la introducción al presente informe. Ellas han sido construidas no sólo a partir de las experiencias generales de funcionamiento de proyectos PPP en general, sino también, considerando especialmente los resultados de las experiencias comentadas en el numeral 4. precedente de este informe.

A continuación se divide, el presente numeral en dos grandes grupos de recomendaciones: a) aquellas necesarias para una eficaz y eficiente acción pública en la estructuración de dichos procesos; y b) aquellas vinculadas a las condiciones requeridas por los agentes privados con carácter básico para canalizar inversiones hacia proyectos de inversión en infraestructuras en general y, en particular, en el sector de los transportes. Las recomendaciones que se hagan en este último apartado serán, en esencia, de similar tenor a las efectuadas en el numeral anterior (recordar lo dicho respecto a que la eficiencia de un proceso viene dada cuando se satisfacen las expectativas básicas de todos sus actores involucrados y, por ende, entre ellos, de los agentes del sector privado); no obstante, son planteadas en dicho numeral desde la perspectiva de estos últimos.

5.1 Recomendaciones generales para la eficaz y eficiente acción pública en la estructuración de procesos PPP

5.1.1 *Recomendaciones respecto al “entorno macro” de los proyectos PPP* ⁽¹⁴⁸⁾

5.1.1.1 Necesidad de contar con un entorno económico, político y social estable

En función de las características del tipo de inversiones que se requieren para financiar infraestructuras públicas, deviene imprescindible que los países que promuevan tales tipos de proyectos, cuenten con un entorno económico, político y social razonablemente predecible y estable, que asegure y aliente la inversión privada de mediano y largo plazo; como ocurre respecto de varios modelos de PPP; entre ellos, la concesión (usualmente, se trata de proyectos ejecutados en plazos que se sitúan en el orden de los 15 a 30 años).

Cuando existe inestabilidad económica, política o social, como consecuencia de factores de variada índole (altas tasas de desempleo; déficit fiscal elevado; elevada inflación; bajas o nulas tasas de crecimiento económico; elevados índices de niveles de pobreza; continuas devaluaciones de la moneda local; dificultades para contar con mayorías parlamentarias necesarias para la aprobación de determinados tipos de leyes esenciales para procesos de reforma del Estado; huelgas y manifestaciones populares frecuentes; falta de buenos antecedentes del país en materia de cumplimiento de sus obligaciones

¹⁴⁸ Las consideraciones aquí expuestas están basadas en “La nueva regulación económica e instituciones reguladoras”, Montevideo, 2000; de ARAGONE RIVOIR, Ignacio y MARINETTO CALVO-FLORES, Antonio.

financieras internacionales; denuncias frecuentes de supuestos de corrupción en el seno de instituciones públicas; inexistencia de una institucionalidad confiable y fuertemente asentada; etc.), la exposición a riesgos que enfrentan los proyectos de largo plazo aumenta considerablemente (especialmente los denominados riesgos políticos, institucionales, regulatorios, y de impacto económico y social de los proyectos); y, en contrapartida, encareciendo significativamente el costo financiero de los recursos necesarios para acometer los proyectos a ejecutarse en dichos países; incluso al punto de tornarlos inviables para ser ejecutados bajo esquemas de financiación privada pura, en función del resto de las características que en cada caso revistan dichos proyectos.

El costo de los recursos financieros es uno de los ingredientes claves en el éxito de la estructuración de proyectos de inversión en infraestructuras a través de esquemas PPP y, en definitiva, está condicionado por el “riesgo país”; delimitado a su vez por los factores que se vienen de enunciar.

Como regla general (pues existen excepciones a dicha regla), las tasas vigentes para la financiación de proyectos en un determinado país no pueden estar por debajo del piso que fijan las tasas que éste debe pagar para obtener financiación en los mercados internacionales. Por ende, cuanto más alto sea el “riesgo soberano” de un determinado país, mayores serán los costos del fondeo de las empresas privadas radicadas en el mismo (¹⁴⁹).

Los países que en el ámbito de América del Sur presentan una situación adecuada en este sentido son realmente una excepción.

Existen, a su vez, en este tipo de escenarios, otros factores que inciden en el incremento del costo financiero de los recursos necesarios para acometer este tipo de proyectos, y en la disponibilidad real de los mismos, específicamente cuando se trata de acceder al mercado local. Un factor relevante en tal sentido es el nivel de demanda de recursos financieros por parte del Gobierno en dichas situaciones –generalmente alta- en el ámbito interno de sus respectivos países. En general, una elevada demanda de capitales por el Estado en los mercados de valores domésticos, actúa a modo de una “aspiradora” de los recursos financieros disponibles; pues la mayoría de las veces, para poder “competir” con el Estado en la captación de fondos, las empresas privadas deberían ofrecer a los inversores tasas de retorno que harían, en los hechos, inviable el financiamiento por esta vía (¹⁵⁰).

¹⁴⁹ En efecto, es habitual que la calificación otorgada a un determinado Estado o país, esto es, el “riesgo soberano” o “riesgo país”, le imponga un techo a la calificación de empresas del sector privado, o “riesgo corporativo”, debido a que si dicho Estado tuviera inconvenientes para pagar su deuda, particularmente, la deuda externa, las entidades privadas pueden llegar a tener inconvenientes para acceder a las divisas necesarias para poder hacer frente a sus compromisos financieros; y ello, debido a la circunstancia de que, en el pasado, muchos países utilizaron los controles de capitales y de cambios para mantener un mayor control sobre las reservas internacionales y, así, utilizar las pocas divisas con que se podía contar para pagar la deuda externa.

¹⁵⁰ Ejemplo de este fenómeno de competencia entre el sector público y el privado por la captación de recursos que, en principio, por sus especiales características, serían ideales para ser canalizados hacia

5.1.1.2 Necesidad de procesar a nivel político y social un “cambio cultural” acerca de las implicancias de los procesos de PPP y los nuevos roles del Estado

Ya se ha señalado que el substrato básico a los diferentes procesos PPP en los países en que los mismos han sido implementados exitosamente, consiste en el cambio de concepción acerca del rol que en este nuevo escenario debiera desempeñar el Estado, y que en el ámbito de los sectores infraestructurales pasa, básicamente por:

- a. Reducción del rol prestacional directo cumplido por el Estado, fomentando allí donde sea posible por razones de eficacia y eficiencia, la participación del sector privado en la explotación / gestión de infraestructuras y servicios asociados a las mismas; liberalizando la prestación allí donde no existen condiciones de monopolio natural.
- b. Reducción –por las razones comentadas al inicio de este informe- del rol de financiación pública de proyectos de inversión en infraestructuras, habilitándose, en contrapartida, los mecanismos necesarios para que dicha inversión sea realizada por el sector privado; y limitándose –como regla

proyectos de inversión de largo plazo, se puede apreciar en materia de inversiones realizadas por los denominados “Fondos de Ahorro Previsional” (FAP). A través de estos nuevos inversores institucionales, surgidos en América del Sur durante la década de los 90 el marco de reformas normativas llevadas a cabo en los sistemas previsionales de varios países de la región (por ejemplo, Argentina, Chile, Colombia, Perú y Uruguay, entre otros), se ha iniciado un proceso de acumulación de cuantiosos y crecientes volúmenes de ahorro interno y a la generación de recursos financieros a largo plazo fundamentales para profundizar mercados de valores tan “estrechos” y “cortoplacistas” como los de muchos países de la región. En tales mercados ya operaban -y aún lo hacen hoy día- otros inversores institucionales como Bancos de Inversión, Compañías Aseguradoras, Bancos Comerciales y Fondos de Inversión, pero en general, con volúmenes relativamente bajos de inversión.

Así, pues, con la presencia en los mercados de los FAP, y las necesidades de inversión privada en infraestructuras públicas, todo llevó a pensar inicialmente, que rápidamente se iba a producir un “link” entre ambos. Más aún, las crisis en los mercados financieros internacionales de hace poco tiempo atrás, sumadas a las dificultades de varias empresas latinoamericanas para acceder a inversores institucionales del exterior, realizaron aún más la importancia de los FAP latinoamericanos como fuerza inversora e impulsora de proyectos de desarrollo de infraestructuras públicas; así como la convicción de que es imperativo que los recursos administradoras por estas entidades, sean volcados a la financiación de infraestructuras

Ahora bien, el “link” al que antes nos referíamos todavía no se ha producido en la medida deseada, y ello, por diferentes factores, entre los que destaca las obligaciones y limitaciones impuestas en las regulaciones de los distintos países a las inversiones que dichas entidades deben hacer en instrumentos públicos y las que pueden hacer en instrumentos emitidos por el sector privado; estableciéndose, por lo general, márgenes muy elevados para las inversiones en valores públicos. Si a esta “inversión compulsiva” en valores públicos se agregan circunstancias específicas a los valores emitidos (básicamente, rentabilidad y riesgo), todo lleva a pensar que el espacio que allí puede encontrar la inversión privada es muy reducido. Para mayor ampliación, véase al respecto ARAGONE RIVOIR, Ignacio en “Financiación Privada de Proyectos de Inversión en Infraestructuras a través de los Mercados de Valores”, monografía preparada en ocasión de la XXII “Congreso Interamericano de la Industria de la Construcción - Taller de Financiamiento de la Participación del Sector Privado en Infraestructuras y Servicios Locales”; Panamá, Setiembre de 2000.

general- la financiación pública, a supuestos de proyectos “no autosustentables”, esto es, aquellos que por sus peculiares características no es posible que sean acometidos por el sector privado bajo esquemas de financiación privada pura.

- c. Desarrollo de un rol distinto en materia de planificación: se pasa hoy a un sistema de planificación y orientación estratégica para la ejecución de actividades en dichos sectores por parte de agentes privados; en sustitución del tradicional modelo de planificación “conformadora de la vida social”.
- d. Intensificación del rol de regulación de la actividad de los agentes privados. La regulación cobra aquí un nuevo sentido: implica pasar –como dice ARIÑO ⁽¹⁵¹⁾- de la regulación omnipresente, sustitutiva del mercado, a una regulación *complementaria y subordinada* al mercado: si la actividad es potencialmente competitiva, la regulación “re-crea el mercado” y lo defiende, y también, a sus usuarios; y si la actividad no es competitiva, la regulación sustituye al mercado con mecanismos que no distorsionen el mercado que rige en otras fases de la actividad (“regulación para la competencia” ⁽¹⁵²⁾).
- e. Intensificación del rol de control de la actividad desarrollada por los agentes privados, a través de la metodologías, regulaciones y estructuras funcionales apropiadas a tal fin.
- f. Creación de las condiciones necesarias para que la participación privada tenga lugar en forma eficaz y eficiente, en adecuadas condiciones de oportunidad, conveniencia y satisfacción de la sociedad demandante.

Así pues, a través de la puesta de programas para la instrumentación de proyectos de PPP, no sólo se trata de establecer la decisión y la forma de ejecutarla en materia de algunas infraestructuras y actividades comerciales y de servicios actualmente en manos del Estado, que pueden pasar a ser explotadas en régimen de derecho privado buscando un mayor aprovechamiento y beneficio para la sociedad, sino que se debe, a su vez, establecer que aquello que permanezca en manos del Estado debe ser administrado de otra forma, más acorde con las facilidades de la modernización y el espíritu de considerar al ciudadano como el objeto primario de estos trabajos y no como un elemento pasivo y sufriente en una plutocracia o, en el mejor de los casos en una dorada burocracia, que tienen, en su propia personalidad y perpetuación, su objetivo más preciado.

¹⁵¹ ARIÑO, Gaspar en “Principios de Derecho Público Económico”, pág. 564; Ed. Comares, Granada, 1999.

¹⁵² Sin lugar a dudas, ha sido el trabajo señero de George STIGLER llamado “La teoría económica de la regulación” (el cual fuera reproducido en la obra colectiva “Privatización, Desregulación y ¿Competencia?; Ed. Civitas, Madrid, 1996) el ariete de un poderoso y persistente ataque contra el análisis económico tradicional de la regulación.

La experiencia, a veces traumática, de algunas reformas estatales, ha de servir de lección y aviso para no caer en la tentación de pensar que tales reformas empiezan y terminan en acciones concretas de “retirada técnica” del Estado de las actividades infraestructurales. Se requiere, pues, acciones de la Administración a diferentes niveles y, especialmente, que las mismas vayan acompañadas de un cambio cultural de la Administración y la Sociedad toda en relación a los nuevos roles a cumplir en el nuevo escenario que se crea.

Lamentablemente pocos países de la región han comprendido que la gradualidad de las reformas y su completa ejecución, incluyendo los cambios en el espectro político, en el sector público y en las políticas que tradicionalmente ha aplicado y que deben, inexcusablemente, acompañar a los nuevos marcos de PPP y descentralización, constituyen los elementos clave del éxito para el reformador.

Pero la gradualidad antes expresada no debe confundirse con un actuar lento, errático o esporádico, sino que se debe entender como orden procesal y ser ejercida dentro de una permanente tensión de cambio, trabajando sin prisas, pero sin pausas, actuando dentro de un plan seriamente trazado *a priori* y rigurosamente seguido en su implantación, incluso mediante Pactos de Estado entre las fuerzas políticas y sociales, que aseguren que los cambios democráticos, que deben ser normales en la conducción de una nación, no jaquearán un proceso de reformas, que a todos conviene y en el que todos se han de comprometer, y que indudablemente conllevan más de un período de gobierno.

5.1.1.3 Instrumentación de las reformas necesarias al sistema institucional

De un modo muy gráfico, las Instituciones -que, en esencia, son las organizaciones y entidades fundamentales de un Estado o sociedad- pueden definirse como el conjunto de “portadores” de las “reglas de juego” creadas por la sociedad para crear y distribuir riqueza, y para regular, ordenar y encauzar en un determinado sentido macro, la interacción entre los distintos agentes de los sectores público y privado que gestionan determinadas actividades en el contexto de la misma, imponiéndoles ciertas restricciones al ejercicio de algunas actividades, estableciendo procedimientos y mecanismos para realizar otras, y/o promoviendo y fomentando la ejecución de algunas de ellas.

Cada sociedad, sobre la base del conjunto de valores que promueve y defiende, construye sus propias estructuras institucionales. Por ende, dicha arquitectura institucional se ve muy influenciada por las concepciones políticas, ideológicas, económicas, sociales y culturales predominantes en cada momento, pero también, por la inercia.

El desarrollo de un adecuado programa de PPP requiere, en paralelo al desarrollo de un nuevo marco regulatorio, el de la nueva institucionalidad correspondiente. Siempre es preferible que el desarrollo institucional se dé antes de iniciarse una plataforma de cambios e innovaciones (o al menos, que lo que se dé antes sea la planificación y el desenvolvimiento inicial del proceso de cambio) pues los mismos van a necesitar de una institucionalidad bien asentada para poder llevarse a cabo con mayores garantías de eficiencia para la colectividad. Por otra parte, también es cierto que las instituciones

cambian más lentamente que los marcos reguladores, corriéndose así el riesgo del fracaso en la implantación de dichos marcos debido a una excesiva presión y a un análisis incorrecto del mercado por parte de la institucionalidad imperante.

En este punto está, como se dijo antes, una de las fallas críticas de los procesos de estas características implementados en América del Sur, donde por lo general, el marco de institucionalidad es débil; siendo en consecuencia imprescindible, a juicio de los Consultores, procesar una adecuada plataforma de cambios en tal sentido cuanto antes.

Ahora bien; al respecto, cabe señalar que no existe una regla general en torno a la aplicación de cambios de modelo de sistema institucional, lo cual varía dependiendo de las características propias de cada país.

La reforma institucional, con la adecuada distribución y separación de roles y responsabilidades y el adecuado acotamiento de la discrecionalidad en las decisiones, constituye un elemento básico para conferir seguridad jurídica, confiabilidad y sustentabilidad política, económica y social a los procesos de PPP, para reducir el riesgo político como elemento negativo en la decisión del inversor/agente, para prevenir la posible captura de las instituciones reguladoras, sea por el Estado, sea por el sector privado y, consecuentemente, para asegurar la eficiencia, eficacia –y, por ende, el atractivo- del marco general en el que se debe desarrollar la actividad privada en un país, propiciando la afluencia de interesados al mismo.

Las reformas institucionales referidas tienen, indudablemente, costos de transacción. En países como los latinoamericanos, en donde por lo general la gobernabilidad es compleja (caracterizados, la mayoría, por tener un desarrollo económico bajo, sociedades altamente estratificadas –donde la clase media escasea y tiene bajo nivel de vida, y ambientes políticos y judiciales convulsos y complejos), para obtener resultados con costos de transacción tolerables, es recomendable que los cambios institucionales se instrumenten bajo una óptica de gradualidad, a través de un sistema de transición específicamente diseñado a tal fin. La transición desde el tradicional modelo prestacional estatal hacia un modelo de Estado regulador-controlador con participación privada en materia prestacional debe, pues, enfocarse midiendo las fuerzas cuidadosamente, removiendo de forma sucesiva los obstáculos que se considere política, social, jurídica y económicamente posible, asumiendo siempre un riesgo político, pero medido. Es importante establecer, desde el inicio del cambio, un modelo horizonte y actuar, en todo caso, dentro de su contexto, de forma que es preferible transar en la cantidad de reforma a aplicar a través de una acción, frente a abdicar en la calidad de la misma; es decir, se deben dar sólo los pasos que conduzcan de forma segura hacia el modelo previsto, a través de una transición, transaccional pero firme, que permita el cambio gradual del sistema institucional.

Ahora bien; existen determinadas piedras angulares de las reformas institucionales que deberían llevarse a cabo como parte de la puesta en marcha de programas de PPP, las cuales, básicamente, son:

A. *Reforma del sistema institucional para la instrumentación de programas PPP*

En relación al punto, a efectos de generar un entorno de “seguridad jurídica” para los operadores privados, es menester definir con claridad, el sistema atributivo de competencias a las distintas entidades, unidades u órganos de la Administración Pública con potestades para intervenir, directa o indirectamente, en las diferentes instancias involucradas en este tipo de procesos.

Existen países en América del Sur (¹⁵³) que todavía no han procesado debidamente las reformas necesarias a efectos de establecer un adecuado marco institucional para la ejecución de este tipo de programas.

En tales casos, es fundamental establecer un claro marco de roles, derechos, deberes y responsabilidades en el seno de la Administración Pública para: a) planificar las acciones de estructuración de proyectos PPP a nivel nacional y regional; b) coordinar las acciones de estructuración de proyectos PPP; c) iniciar y llevar adelante este tipo de procesos; d) controlar el cumplimiento de los marcos regulatorios correspondientes por parte de los funcionarios de la Administración encargados de llevar adelante los mismos; e) intervenir en diferentes aspectos vinculados al proyecto de PPP en ejercicio de potestades para otorgar autorizaciones, habilitaciones, permisos y aprobaciones de variada índole, conforme a los requerimientos de los marcos regulatorios para el ejercicio de determinadas actividades necesarias para la ejecución del proyecto de PPP; sea en la fase previa o posterior a la adjudicación del respectivo contrato; y f) establecer los canales de comunicación interinstitucional.

Por otra parte, resulta imprescindible dotar, a las unidades, entidades u órganos de la Administración Pública involucrados en estos procesos, de funcionarios competentes y adecuadamente capacitados para las funciones que se les asigna en tal sentido, que deberán actuar bajo el marco de un apropiado estatuto jurídico funcional.

B. *Reforma del sistema institucional prestacional*

Si la operación de PPP va a ocupar una parte de las tareas de la Administración Pública actualmente en ejercicio, deberá preverse la reorganización institucional de la entidad pública “ex-prestadora”; pues el cambio del modelo de gestión llevará aparejado un cambio en los ingresos del sector público, que no podrá, seguramente, soportar el peso estructural remanente, sin afectar gravemente el costo de la operación de PPP si no se realiza la necesaria reforma.

Ahora bien; es frecuente que no se realicen adecuadamente dichas reformas, a efectos de evitar el “costo político” derivado de su implementación; trasladando el sobre costo que

¹⁵³ Uruguay es un ejemplo de ello, siendo quizás uno de los países que menos ha avanzado en el proceso de reforma de su marco jurídico - institucional para la implementación de proyectos PPP. Recién para este año 2003, se ha proyectado presentar al parlamento un “Proyecto de Ley de Concesiones y Modalidades Alternativas de Participación Público- Privada” por parte de uno de los partidos políticos de oposición al partido de Gobierno.

ello implica a los usuarios y contribuyentes, que son, al final, quienes siempre pagan los errores cometidos por la Administración. En este sentido, es común ver situaciones como proyectos de concesión en los cuales el Estado impone un canon al concesionario -o eleva el originalmente previsto- a efectos de cubrir los costos de sus propias estructuras excedentarias; o bien, le impone la asunción de estructuras laborales anteriormente pertenecientes al staff de la Administración Pública sobredimensionadas con respecto al tipo de actividad a desarrollarse por el contratista privado; asegurándole, en contrapartida, un mercado cautivo al cual repercutir dicho valor. En otros casos, complementando o sustituyendo un incremento tarifario, para paliar el impacto provocado en las finanzas del contratista por el alto nivel del canon establecido, ese sobre costo podrá ser trasladado, por ejemplo, al nivel de inversiones requeridas para el proyecto, o bien, a un mayor plazo del contrato; en cualquier caso, quebrando la regla de “mejor servicio al menor costo posible”. Es más, podría ocurrir, incluso, que el proyecto se tornara económicamente inviable, que no se podría realizar o podría caer, por desinterés de las empresas verdaderamente deseables como contratistas, en manos de agentes privados menos reputados que, posteriormente, podrían llegar a lograr por la vía de la negociación - bajo presión- con la Administración, ventajas y/o beneficios que no obtuvieron en un proceso transparente y ajustado a la realidad del país y del negocio.

Por otra parte, cuando no se procesan dichas reformas, se deja también de cumplir la meta de reducción del gasto público que debe acompañar a la reforma de las actividades económicas asumidas por el Estado, produciendo un efecto involutivo en la opinión pública, en el sentido de que la solución de la operación de PPP es más cara y menos conveniente para la comunidad en general.

Ahora bien estas decisiones de reconversión no se pueden tomar de forma unilateral por un ente o repartición estatal, sino que deben ser consideradas por la política nacional, habida cuenta de la trascendencia que tienen en materia de economía y empleo. Los estudios previos de impacto económico y social que deberían realizarse por la Administración Pública como parte de las metodologías de cumplimiento necesario para el diseño y estructuración de un proyecto de PPP, son elementos de gran importancia en materia de planificación a futuro y de previsión de los efectos de medio y largo plazo de la operación, que determinarán en gran medida la decisión política de su realización en un momento concreto y previamente determinado.

C. Reforma del sistema institucional regulatorio

En el proceso de reforma institucional es fundamental definir la atribución de potestades en materia regulatoria sobre la actividad del operador privado; siendo lo deseable, que ello preexista al proceso de PPP pues, de lo contrario, se generan incertidumbres (básicamente, riesgos institucionales y regulatorios) que, al asumirlas, el operador privado lo hace “penalizando” el proyecto con exigencias de una mayor rentabilidad.

En general, los nuevos modelos regulatorios que vienen de la mano de la implementación de programas de PPP, conllevan cambios trascendentales respecto a la forma de ejercicio de la función reguladora; que básicamente pasa por la constitución de entidades

reguladoras de nuevo cuño, a las cuales se encomienda la regulación de las múltiples situaciones que en la realidad se plantean y a cuyo respecto, los marcos regulatorios, no ofrecen, por lo general, soluciones expresas.

La mayor confiabilidad de los agentes privados respecto de la eficiencia, independencia y objetividad en la actuación de tales instituciones reguladoras vendrá dada en la medida en que las mismas cumplan con las siguientes condiciones básicas:

- a. Autonomía política, técnica y económica, esto es, el aislamiento de las instituciones reguladoras y sus integrantes de las posibles presiones de otras entidades públicas y/o grupos de interés privados, a fin de evitar el riesgo de su “captura”.
- b. Transparencia, objetividad y responsabilidad en el proceso regulatorio, sea quien fuere la entidad u órgano que ejerza la actividad regulatoria, a efectos de velar por que la misma se realice en condiciones de equidad, imparcialidad y legitimidad.
- c. Eficiencia y celeridad en la toma de decisiones, lo cual debe estar equilibrado, en todo momento, con el debido respeto y protección de los derechos legítimos de los agentes privados.
- d. Adecuada integración de la institución reguladora; esto es, por un lado, que sus integrantes sean seleccionados pura y exclusivamente en base a su preparación, capacidad e idoneidad profesional (lo cual constituye una garantía para la correcta regulación de aquellos aspectos no contemplados en los marcos regulatorios), y por otro, que su órgano decisor (en principio, resultan preferibles los órganos colegiados a los unipersonales) no esté integrado por un excesivo número de miembros, pues, de lo contrario, podría afectarse la condición anterior (literal c.).
- e. Estabilidad y continuidad, de los integrantes de las instituciones reguladoras en sus respectivos cargos.
- f. Control externo de la actividad de las instituciones reguladoras, a fin de evitar comportamientos oportunistas y detectar posibles situaciones de captura de aquellas y/o de sus miembros. Es a su vez necesario establecer mecanismos anexos a los procesos de toma de decisiones por los que se minimicen las oportunidades de actuar arbitrariamente. La instauración de Comisiones de Asesoramiento, consultorías de alta especialización, audiencias públicas, e incluso períodos de información pública de las decisiones para recibir opiniones, quejas y sugerencias del mercado, son elementos que ayudan a la correcta, justa y equilibrada actuación de las instituciones reguladoras, lo que a su vez equivale a un potente mecanismo de control sobre sus decisiones.

- g. Sistema de regulación basado en el establecimiento de incentivos para el correcto desempeño de los agentes privados regulados, más que en el esquema tradicional de “castigos” por actuaciones incorrectas. Estos deben existir pero lo ideal sería no tener que utilizarlos.
- h. Preservación de la “regla de oro” en materia de regulación (lo que, por cierto, ocurre muy pocas veces), lo cual implica que: i) quién regula no gestiona ni controla y sanciona, ii) quién gestiona, no regula ni controla y sanciona, y iii) quién controla y sanciona, no regula ni gestiona; en aras de preservar la máxima independencia de las instituciones reguladoras.

En definitiva, de la misma forma en que antes de la ejecución de la operación de PPP debiera asegurarse que el marco legal es adecuado, durante la ejecución de dicho contrato debiera asegurarse que las instituciones reguladoras actúan dentro de los parámetros antedichos.

D. Reforma de sistema institucional de control

Uno de los cambios institucionales imprescindibles como parte de un proceso de PPP es el relativo al diseño e instrumentación de un sistema de control sobre la actividad del contratista, por parte de la entidad pública titular o encargada de la ejecución de las actividades o servicios cuya prestación se comete al operador privado.

El ámbito correspondiente al ejercicio de estas funciones de control –que en esencia, se limita a la observancia del cumplimiento del contrato por parte del contratista (o en otras palabras, el marco de obligaciones asumidas por su parte), en virtud de su calidad de titular de la actividad o servicio cometido- debe precisarse y delimitarse claramente, a efectos de distinguirlo de otros ámbitos de control a los que está sujeto el contratista (por ejemplo, cumplimiento de normativa general y sectorial de la actividad, normas ambientales, normas fiscales, normas societarias, etc.).

La transición lógica y usual conforme a pautas internacionales pasa por la constitución de Unidades de Control en el seno de las entidades públicas que están a cargo de las actividades o servicios cuya prestación se comete a operadores privados, dotadas de un específico estatuto que les asegure su funcionamiento eficaz y eficiente a efectos de alcanzar los objetivos asignados.

Puede plantearse, como forma de transición desde un modelo de administración general tradicional a un nuevo modelo prestacional con participación privada, la premisa de que estas Unidades evolucionen en el futuro a Entes de Control, separados de la línea administrativa, que se seguiría ocupando de las fórmulas y cometidos tradicionales de la Administración Pública. Existen al respecto experiencias por demás interesantes con el funcionamiento de este tipo de entes en algunos países de América de Sur. Uno de los casos más relevante por su notable funcionamiento ha sido, en el caso de Argentina, la creación del Organo de Control de Concesiones de la Red de Accesos a Buenos Aires

(OCRABA) ⁽¹⁵⁴⁾, que ha implicado un muy positivo cambio desde las experiencias anteriores de controles implementados sobre los concesionarios por la Dirección Nacional de Vialidad y la Secretaría de Obras Públicas.

Pero establecer cambios drásticos pueden llevarse cabo exitosamente en países con una gobernabilidad e institucionalidad muy fuertemente asentada, como consecuencia de una tradición de muchos años de funcionamiento eficiente (el Reino Unido, que quizás sea el paradigma de este modelo de gobernabilidad/institucionalidad, cuando incluso ha realizado cambios drásticos, han tenido impactos negativos en más de un aspecto); además de las complejidades derivadas de implementar este tipo de modificaciones radicales (aprobación de nuevas leyes, o modificación de normas constitucionales, en algunos casos).

5.1.1.4 Instrumentación de las reformas necesarias al sistema regulatorio

Los marcos regulatorios cumplen una función clave en la canalización de inversión privada hacia proyectos de inversión en infraestructuras públicas a través de esquemas de PPP, especialmente respecto de algunas modalidades de financiación de largo plazo como las concesiones, en donde, por sus peculiares características, es necesario obtener y asegurar inversiones a largo plazo y continuadas, de modo que se puedan mantener en todo momento servicios de calidad -acordes con los tiempos- y progresivamente mejorados. En consecuencia, dichos marcos deben ser predecibles, estables, equilibrados y, fundamentalmente, contener reglas y principios que inspiren confianza a los agentes privados.

En general, en países de institucionalidad débil -como la mayoría de los países de América del Sur-, es recomendable que los aspectos más significativos de la relación contractual Administración Pública – contratista estén regulados con anterioridad al desarrollo de los procesos de otorgamiento de PPP ⁽¹⁵⁵⁾, a través de una adecuada

¹⁵⁴ El OCRABA es una agencia descentralizada, creada por el Decreto No. 1994/93 del Poder Ejecutivo. Se encuentra bajo la Secretaría Nacional de Obras Públicas y Comunicaciones del Ministerio de Economía, Obras Públicas y Servicios; y tiene por cometidos la supervisión, inspección, auditoría, y seguimiento del cumplimiento de los contratos de concesión de dichos accesos. Entre sus funciones están: a) fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios para lo cual realiza controles de tipo económico-financiero, contable, administrativo, jurídico, impositivo y técnico; b) cumplir y hacer cumplir el marco regulatorio y los contratos de concesión de dichas redes, realizando un eficaz control y verificación de las concesiones y de los servicios que se prestan a los usuarios; c) aplicar a los concesionarios las sanciones establecidas en los contratos de concesión y en el régimen de sanciones e Infracciones por incumplimiento de sus obligaciones; d) intervenir en las actualizaciones tarifarias; e) anunciar los planes de obras y los cuadros tarifarios que se aprueban; y f) atender los reclamos de los usuarios en relación a la prestación de los servicios o tarifas.

¹⁵⁵ Con ello, se evitan los sobrecostos que los agentes privados suelen imponer a la Administración para compensar la incertidumbre –especialmente en aquellos países de débil institucionalidad- en los casos en que existen marcos normativos imperfectos -muchas veces desarrollados bajo objetivos diferentes-, o que en el afán de sus respectivos gobiernos por avanzar en los procesos de otorgamiento de proyectos PPP, van formulando el marco normativo en forma paralela o, peor aún, en una instancia posterior a la culminación de tales procesos.

regulación legal / reglamentaria de tales figuras para que sobre cuya base, se diseñe y establezca la regulación contractual propia de cada caso.

La tendencia actual respecto al diseño de marcos legales de concesiones (que es la modalidad más regulada) y modelos PPP en general pasa, básicamente, por establecer normas legales de carácter “marco”, a ser posteriormente detalladas por regulaciones emitidas por el Poder Ejecutivo reglamentando tales disposiciones, por instituciones reguladoras, y por la vía contractual en cada caso, según se dijo.

El sistema regulatorio establecido por el Gobierno, debe ser idóneo para el cumplimiento de los objetivos básicos de estimular la canalización de la inversión privada hacia los sectores infraestructurales y, por tanto, contemplar las expectativas básicas de los principales actores involucrados (Estado, promotores privados, agentes financieros, usuarios y contribuyentes).

En el caso de los países de América del Sur, existe en todos ellos regulaciones más o menos sistematizadas referentes a la concesión, y por lo general, disposiciones aisladas habilitantes para la utilización de ciertas modalidades de PPP distintas de la concesión (contratos “llave en mano” en algunas de sus variantes, contratos de rehabilitación y mantenimiento; etc.); sea con carácter específico para proyectos puntuales, sea con carácter general. Lo cierto es que, en opinión de los Consultores, deberían procesarse ajustes a los marcos normativos en tal sentido, considerando especialmente las regulaciones más avanzadas a nivel internacional, y recomendaciones al uso de agencias y organismos multilaterales como UNCITRAL, CEPAL, OCDE, CAF, BID y Banco Mundial, entre otros); respaldadas en las buenas y malas experiencias en la estructuración de este tipo de proyectos. Es especialmente relevante la necesidad de contar con regulaciones adecuadas para las demás modalidades de PPP distintas de la concesión, habida cuenta en que muchos de los proyectos que necesitan ser ejecutados a través de esquemas de PPP, no son susceptibles de ser financiados a través del sistema de la concesión.

Claro está, que ello no significa que si no se dan dichas condiciones no puedan implementarse tales tipos de operaciones –lo que dependerá de las regulaciones existentes en cada caso–, sino que, de existir tales regulaciones, en países como los de la región, se ofrecería mayor seguridad jurídica a los oferentes respecto de evitarse posteriores impugnaciones o cuestionamientos al proceso y su eventual adjudicación basados en la ilegalidad de la modalidad contractual utilizada.

Por otro lado, en lo que respecta a la regulación contractual, lo deseable es que, diferentes proyectos de PPP estructurados en un país, en sus aspectos medulares, sigan pautas uniformes de regulación, si es que se ha aplicado la misma modalidad. Esto lo aseguraría una reglamentación del Poder Ejecutivo o el ente regulador del caso, llevando a mayor grado de detalle las disposiciones de carácter legal; o bien, la elaboración de un modelo de bases de licitación y de contrato susceptible de ser aplicado con carácter general respecto de los diferentes tipos de procesos, y respecto del cual, los apartamientos en

función de las peculiaridades propias de cada caso, deberán ser adecuadamente justificados.

Por cierto, que los esquemas regulatorios previstos en los contratos deben guardar cierta flexibilidad, permitiendo su adaptabilidad a las cambiantes circunstancias. Como afirma VIVES, “ante la inexperiencia de los países y de las peculiaridades de cada caso, no es posible armar a priori un esquema que tenga en cuenta todas las contingencias. Ambas partes pueden preferir un esquema muy rígido que les permita saber a qué atenerse y evitar la incertidumbre. Esta predilección a la hora de la asignación de la obra debe atemperarse con la necesidad de ajustarse al cambio inevitable a la hora de la operación del servicio. Esta paradoja, entre las necesidades de la flexibilidad y la certidumbre, puede resolverse definiendo de la forma más precisa posible los procedimientos para la revisión de los contratos”⁽¹⁵⁶⁾. Existen interesantes ejemplos de flexibilidad contractual en tal sentido, en determinados contratos de concesión para la construcción, mantenimiento, rehabilitación y gestión vial suscritos en Argentina, en donde se ha previsto contractualmente la revisión de los términos contractuales por períodos quinquenales, a efectos de determinar si se mantienen vigentes los parámetros básicos tenidos en cuenta al momento de la elaboración de los respectivos “business plan” de tales proyectos de concesiones y sobre los que el concesionario basó su oferta (ecuación económico - financiera del contrato); o, en su defecto, realizar los ajustes pertinentes a las variables básicas del contrato (plazo de la concesión, niveles tarifarios, niveles de inversiones requeridas, etc.). En otros casos de concesiones portuarias, por ejemplo, se han utilizado esquemas denominados de “cláusulas gatillo” como variante para dar flexibilidad al contrato, al mismo tiempo que “amarrando” su ejecución al cumplimiento o verificación de ciertas condiciones específicamente planteadas en el respectivo contrato.

Además de establecer la regulación de la relación trabada entre el Estado y el contratista privado en el marco de operaciones de PPP, es fundamental que el marco regule en forma precisa: a) procedimientos licitatorios susceptibles de ser aplicados para adjudicar los contratos; b) ejercicio de la función reguladora; c) ejercicio de la función de control y, eventualmente, de potestades sancionatorias sobre el concesionario; y d) mecanismos de resolución de controversias entre las partes. Por otra parte, tan importante como el marco regulatorio de la relación entre las partes, lo es establecer una adecuada regulación de la operativa a desarrollarse por parte del contratista; vale decir, los marcos o regímenes normativos sectoriales.

Ya se señaló antes (ver numeral 4.2.5 anterior) la importancia de la armonización de los marcos normativos para el caso de proyectos transnacionales, razón por la cual, sería superabundante insistir nuevamente en este punto respecto de dicha cuestión.

¹⁵⁶ VIVES, Antonio en “Infraestructura Privada: Diez Mandamientos para su Sostenibilidad”, pág. 12; ponencia presentada en la Conferencia Internacional “Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público”, organizada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; Noviembre de 1996

5.1.1.5 Integración de las entidades públicas involucradas en los procesos de PPP con funcionarios adecuadamente capacitados a tales efectos

Cuando se trata de acometer proyectos PPP por parte, es por demás frecuente por parte de las Administraciones Públicas de América del Sur, subestimar las complejidades que entrañan los mismos.

Consecuencia de ello, ocurre muchas veces que el desconocimiento de las reales implicancias de estos procesos, lleva a las Administraciones Públicas a asignar a las entidades encargadas de diseñar, estructurar e implementar los mismos, así como a aquellas a las que se comete la regulación y control de las actividades de los contratistas en tales casos, funcionarios provenientes de la burocracia tradicional; sin preparación sólida para ejecutar la amplia gama de actividades que todo ello implica.

En el ámbito de la gran mayoría de Administraciones Públicas de la región, ocurre, por ejemplo, que para la estructuración de proyectos de concesiones del sector del transporte, se asignan recursos humanos que tradicionalmente han participado en el diseño y estructuración de contratos de obras públicas con similar objeto implementados bajo el sistema tradicional, en el entendido de que un contrato de concesión, al igual que un contrato de obra pública, constituye una mera técnica de ejecución de un proyecto involucrando la participación privado; cuando en realidad, a un contrato de concesión, subyace un negocio económico - financiero de contornos claramente distintos a los de un contrato de obra y para el cual, se requiere una especial capacitación.

Lo que se viene de explicar, es independiente al hecho de que, como eventualmente ocurre, se contrate por parte de los Gobiernos la asesoría de consultores externos para llevar adelante dichos procesos. Por más asesorías que existan, si el personal de la entidad pública afectado a la ejecución del proyecto no está adecuadamente capacitado, no están en condiciones de resolver las múltiples situaciones del “día a día” que se presentan, y en las que buena parte de las veces, no está presente el asesor externo. Por otra parte, la falta de conocimientos en la materia, no le permite a dichos funcionarios evaluar a cabalidad solicitudes de ajustes o modificaciones a los contenidos contractuales planteadas durante el proceso licitatorio por parte de los oferentes; ni tampoco evaluar con la profundidad debida, la calidad del trabajo desempeñado por sus respectivos asesores externos.

Por otra parte, en sistemas regulatorios modernos de estructuración de proyectos de PPP como los aplicados en el Reino Unido y los Estados Unidos, en donde es usual la aplicación de metodologías específicas en dicha labor, así como de sistemas de responsabilización (“accountability”) para los funcionarios intervinientes en dichos procesos, la falta de capacitación apropiada para el ejercicio de sus respectivas funciones, los coloca en situación de una mayor exposición a cometer errores o irregularidades en dichos procesos y, como consecuencia de ello, a ser sometidos a procedimientos administrativos de carácter sancionatorio.

La necesidad de contar con un staff de técnicos altamente capacitados, tan esencial como en el caso de las unidades ejecutoras de proyectos de PPP, lo es en el caso de las instituciones reguladoras y de control de la actividad de los contratistas.

En el caso de las instituciones reguladoras, por ejemplo, son conocidos los perjuicios que se ocasionan a los Estados cuando actúan al frente de dichas entidades, funcionarios sin la preparación adecuada, generándose notorias asimetrías y desventajas en su relacionamiento con los distintos actores del sector privado, con los que frecuentemente deben interactuar, cuando no un riesgo de “captura” del regulador por el regulado; y para lo cual, es necesario que al menos tengan un similar nivel técnico y remuneratorio al de aquellos. Por otra parte, funcionarios con dichas características al frente de instituciones reguladoras, son propensos a la comisión de arbitrariedades, excesos, ineficiencias e ineficacias en el ejercicio de la función, así como a actuar sujeto a presiones políticas (riesgo de “captura” del regulador por el sistema político).

Algo similar ocurre con los integrantes de entidades o unidades de la Administración a las cuales se les ha cometido el control de la actividad de los contratistas; sin perjuicio de que en este caso, por la vía de la tercerización de actividades materiales de control (contable, económico – financiero, ingeniería, ambientales, legal, etc.), pueden acceder al “*expertise*” de técnicos especializados en tales áreas. No obstante, en la medida en que las funciones de control engloban mucho más que las actividades susceptibles de ser tercerizadas, es también esencial que los funcionarios integrantes de estas unidades cuenten con la adecuada capacitación.

5.1.1.6 Desarrollo e implementación de adecuadas metodologías para el diseño, estructuración e implementación de procesos de PPP

La aplicación de metodologías adecuadas para el diseño, estructuración e implementación de procesos de PPP constituye un factor crítico para la exitosa ejecución de dichas actividades.

En general, los marcos normativos de los diferentes países de América del Sur que regulan específicamente algunas de las modalidades de PPP, contienen normas aisladas que ofician a modo de principios elementales para la estructuración de este tipo de procesos, pero lo cual no es suficiente al momento de establecer pautas y técnicas uniformes de carácter metodológico y procedimental en la instrumentación de este tipo de procesos por parte de la Administración. Así pues, no existen en los países de la región, regulaciones que expresamente regulen tales aspectos.

Por cierto que ello ha generado obstáculos de primer orden en la eficacia y eficiente de la acción administrativa en este tipo de procesos; adoptándose decisiones respecto de una multiplicidad de aspectos vinculadas a operaciones de PPP sin haber sido contrastadas y adecuadamente ponderadas en su alcance y efectos respecto los objetivos básicos que debieran perseguirse a través de este tipo de procesos. Así por ejemplo, son conocidos los casos en que al resolver estructurar una operación de PPP se elige una determinada (generalmente es la concesión) y se desechan otras técnicas susceptibles de haber sido

aplicado, por la sencilla razón de que se desconocen las mismas (y que, por ejemplo, en virtud de las características de ciertos proyectos, de haberse aplicado, hubieran dado mejores resultados que la propia concesión); o que se imponen requerimientos en las bases de licitación que descartan la participación de agentes privados de sólida trayectoria; o se establecen plazos y posibilidades de prórrogas a los mismos que poco o nada tienen que ver con las características del negocio; o cuando se trata de proyectos que requieren de una contribución pública para mejorar su perfil de riesgos y/o rentabilidad se articulan usualmente modalidades que no le significan al Estado un desembolso directo, aún cuando existan otras –que también a veces son desconocidas en el ámbito local- que generan en el contratista el mismo impacto pero que no son tan perjudiciales a los intereses de los usuarios o contribuyentes como aquéllas; y otras tantas más entre una larga lista de situaciones que día a día pone de manifiesto la casuística existente. En tales casos, además del obvio impacto negativo que se genera en el corto, mediano o largo plazo, se genera y alienta un entorno de mayor cuestionabilidad del proceso implementado pues, como consecuencia de tales carencias, y al no basarse las decisiones tomadas en puntuales análisis de “costo – beneficio”, la Administración no cuenta con sólidas justificaciones para defender adecuadamente la aplicabilidad de las soluciones contractuales adoptadas.

Existen, en este campo, experiencias muy interesantes en países como Estados Unidos e Inglaterra, en el uso y aplicación de dicho tipo de metodologías; particularmente en este último caso, con la aplicación de las reglas derivadas de los procesos “PFI” (“*Private Finance Initiative*”), especialmente el concepto de “*value for money*”(o “*VFM*”) (¹⁵⁷).

¹⁵⁷ Estas metodologías fueron desarrolladas por un equipo del Tesoro Inglés, en el marco de la sistematización de decisiones de inversión bajo el esquema PFI (Private Finance Initiative). La metodología se puede ver en detalle en la “Treasury Taskforce – Private Finance – Technical Note N°5 – How to Construct a Public Sector Comparator”. La segunda metodología que es más completa que la primera ha sido desarrollada recientemente en Australia en un documento denominado: Partnerships Victoria – Guidance Material (Public Sector Comparator - A technical note).

La metodología PSC, es necesario enmarcarla dentro del proceso decisional del proceso de desarrollo de infraestructura. Cuando surge la necesidad del sector público de desarrollar determinado tipo de infraestructura, la primera y obvia decisión a tomar se refiere a la conveniencia de desarrollar el proyecto. Esta decisión se toma bajo una consideración de la rentabilidad del proyecto y/o análisis costo beneficio.

Una vez determinada la conveniencia de desarrollar el proyecto, la segunda pregunta relevante es cuál será el mecanismo de desarrollo. Por ejemplo la inversión tradicional por parte del Ministerio de Salud, y el desarrollo mediante la Asociación Público – Privada. Es en este nivel decisional donde encuentra aplicación la metodología PSC, pues ésta constituye una forma de comparar las ventajas o desventajas del desarrollo concesional, versus un desarrollo puro del sector público. Sumado a lo anterior se debe comparar una concesión global versus una modalidad de concesiones más pequeñas administradas por el ente público.

El objetivo principal de la metodología PSC es asegurar que el Sector Publico obtenga el mayor beneficio de los fondos propios que se están comprometiendo en el proyecto. Este beneficio es conocido como “*value for money*” o “valor para el dinero”.

La aplicación de este concepto implica la determinación del esquema de desarrollo que signifique los menores costos para Estado, o que en su defecto signifique elementos diferenciales importantes de la opción a desarrollar, ya sean cuantificables o no cuantificables.

5.1.1.7 Regulación y aplicación de adecuados sistemas de responsabilización de la actividad desempeñada por los funcionarios de la Administración en el diseño, estructuración e implementación de procesos PPP

Aquí está una de las razones fundamentales del éxito o fracaso de los procesos. Se pueden establecer metodologías, diseñar marcos regulatorios y sistemas institucionales adecuados, pero si no se establece un apropiado sistema de responsabilización sobre la actividad de los funcionarios de la Administración encargados de llevar adelante las actividades de referencia, de poco o nada podría llegar a servir todo lo anterior, si es que no se logra generar un marco de incentivos a efectos de que éstos cumplan con eficacia y eficiencia con dichas funciones en salvaguardia del interés público.

El PSC constituye una medición de los egresos asociados al desarrollo de un determinado tipo de infraestructura y/o su operación, bajo el esquema de desarrollo tradicional.

Lo novedoso de esta metodología es que considera la corrección de los flujos de egresos del asociados al desarrollo, valorando los elementos de riesgo que son transferidos al sector privado en el esquema de desarrollo concesional. En ese contexto se ganan eficiencias al asignar los riesgos al agente que está en mejores condiciones para administrarlo.

Los riesgos deben ser identificados, costeados o cuantificados, se deben identificar mecanismos de mitigación, y finalmente los riesgos deben ser asignados.

El criterio de distribución de riesgos debe ser la asignación al agente que esté en mejores condiciones de administrarlo. Esto por supuesto tiene una consecuencia directa en los costos del proyecto, pues el agente en mejores condiciones de manejar un riesgo es el que está dispuesto a cobrar menos por asumirlo.

Un criterio relevante a la hora de asignar los riesgos identificados en un proyecto es la eficiencia. En efecto, no es eficiente la externalización de todos los riesgos, pues algunos de ellos serán administrados más eficientemente por el sector público, como los riesgos político y expropiatorio, siendo más costoso para el proyecto su transferencia que su retención.

Es relevante identificar y describir las diferencias cualitativas entre las formas de desarrollo, entre las que se pueden encontrar las siguientes: a) mayores competencias en el desarrollo de la infraestructura objeto del proyecto, en el agente Público o el agente privado (experiencia en el diseño, construcción, operación, mantenimiento, administración de la infraestructura, entre otros); b) nivel de competencia por la adjudicación del proyecto en cada alternativa de desarrollo (barreras de entrada, competidores restringidos a los participantes en un registro, competencia nacional versus internacional, entre otros); c) nivel y posibilidad de transferencia de los riesgos no cuantificables o no valorables; d) contestabilidad de los procesos, en el sentido de estar abiertos a la mayor cantidad de interesados posible; e) especialización de funciones asociada a uno u otro esquema de desarrollo; f) compatibilidad o complementariedad con otros proyectos; g) posibilidad de aplicación de nuevas tecnologías; h) posibilidad de aplicación de nuevas o más eficientes técnicas de gestión, y nuevos esquemas de desarrollo organizacional; i) nivel de servicio de la infraestructura a ser desarrollada; j) posibilidad de establecer incentivos y evaluar resultados de gestión en uno u otro esquema de desarrollo; k) posibilidad de anticipar o adelantar los beneficios sociales asociados al desarrollo del proyecto; l) flexibilidad asociada a uno u otro esquema de desarrollo; y m) posibilidad de re-destinar los recursos fiscales a otros sectores de mayor retorno social.

La ausencia de sistemas adecuados de responsabilización (o “accountability”, que es su denominación original en inglés), es una de las carencias más grandes de los sistemas latinoamericanos en lo que hace a los procesos de gestión pública en general, y de procesos de PPP en particular.

Basta con ver, en los últimos tiempos, en las primeras hojas de cualquier diario en Latinoamérica, casi sistemáticamente, noticias referentes a proyectos vinculados a infraestructuras básicas, ejecutados o a ser ejecutados con participación –en algún grado– del sector privado; y en donde en general, las noticias no son buenas noticias. Así se aprecia casos de proyectos en proceso de estructuración en donde existe oposición política, o manifestaciones de sindicatos que se oponen a los mismos; o grupos de usuarios que se oponen al pago de tarifas o peajes que se pretenden imponer o elevar como consecuencia de la operación de PPP; o procesos licitatorios que se prorrogan, suspenden o se declaran desiertos por falta de interés del sector privado; o situaciones de impugnaciones planteadas en el transcurso de procedimientos licitatorios, sea por otras entidades públicas o por agentes privados participantes en dicho procedimiento; o reclamos del contratista frente a permisos o autorizaciones que se les deniegan injustificadamente por la Administración; o reclamos/impugnaciones del contratista contra la Administración o viceversa; o situaciones de rescate de concesiones; o de renegociación de los términos contractuales; o reclamos de usuarios frente al contratista; entre una larga lista de etcéteras.

Evidentemente que cuando tales situaciones se producen se debe, la amplia mayoría de las veces, a errores cometidos por la Administración al diseñar, estructurar o implementar tales proyectos de PPP; los cuales, antes o después, terminan costándole mucho dinero al Estado (o sea, a la comunidad). Y en general, se aprecia que cuando dichos eventos tienen lugar, en general no se individualizan adecuadamente las responsabilidades en el seno de la Administración ni se aplican las sanciones pertinentes; más allá de los evidentes costos políticos en que incurre el Gobierno que ha llevado a cabo la operación de PPP en tales condiciones, o de algunas situaciones de renuncia o destituciones de algún que otro funcionario –generalmente, los de mayor jerarquía– involucrado directamente en la conducción del proceso.

El concepto de “*accountability*” antes mencionado tiene origen en el mundo anglosajón, habiendo adquirido una dimensión muy fuerte en algunos países, como es el caso de los Estados Unidos e Inglaterra. En términos generales, la expresión está asociada al concepto de rendición de cuentas y su correspondiente control. Significa, como se ha señalado por parte del CLAD (Centro Latinoamericano para el Desarrollo), “que el gobierno tiene la obligación de rendir cuentas a la sociedad. La realización de este valor (o meta-valor) político depende de dos factores: primero, de la capacidad de los ciudadanos para actuar en la definición de las metas colectivas de su sociedad, ya que una fuerte apatía de la población respecto a la política hace inviable el proceso de “*accountability*”; y en segundo lugar, es necesario construir mecanismos institucionales que garanticen el control público de las acciones de los gobernantes, no sólo mediante las elecciones, sino también, a lo largo del mandato de los representantes... Si la idea de la

accountability se refiere a la rendición de cuentas continua de los gobernantes, entonces es necesario que existan formas de fiscalizarlos en el transcurso de sus mandatos mediante la aplicación de sanciones...”¹⁵⁸).

En general se distinguen cinco grandes formas de responsabilización, que son: a) responsabilización a través de los controles procedimentales clásicos; b) responsabilización a través del control parlamentario; c) responsabilización mediante la introducción de la lógica de resultados en la Administración Pública; d) responsabilización mediante la competencia administrada; y e) responsabilización a través del control social.

Es imprescindible, pues, una adecuada regulación y aplicación de dichos sistemas de responsabilización, como base para establecer cuerpos de funcionarios bien calificados y responsables ante la comunidad, y por dicha vía, lograr una más eficaz y eficiente acción administrativa en la instrumentación de operaciones PPP.

5.1.1.8 Realización de un adecuado diagnóstico respecto de las necesidades de inversión en el sector y subsectores, e instrumentación de un adecuado plan estratégico

Una vez definidos los aspectos centrales a la instrumentación de cualquier programa de PPP antes mencionados, resulta necesario la realización de un adecuado diagnóstico acerca de las necesidades básicas en materia de infraestructuras en un sector –en el caso, transporte- y en uno o más subsectores –en el caso, el vial- y de sus costos aproximados; de las disponibilidades –actual y futura- del sector público de recursos financieros para acometer dichos proyectos; y de las alternativas existentes en materia de origen de fondos para acometer los proyectos respectivos (peajes, precios por servicios complementarios, impuestos generales, impuestos específicos, contribuciones especiales; etc.). Cuando los análisis comprenden proyectos en varios subsectores dentro de un mismo sector, ello permite detectar en forma a priori, la posibilidad de implementar “paquetes de proyectos” bajo esquemas de subsidios cruzados (esto es, de modo tal que los mayores ingresos de proyectos muy rentables, se compensen con los menores ingresos de otros), sea dentro de un mismo subsector (por ejemplo, la concesión de varias carreteras a un mismo concesionario), sea abarcando subsectores diferentes (por ejemplo, ligando la concesión de una carretera a un puerto, aeropuerto, o a la gestión de una línea ferroviaria).

En forma concomitante a la realización de dicho “mapeo”, debería evaluarse el nivel de desempeño de la Administración en la gestión de dichas infraestructuras, considerando especialmente el grado de satisfacción de los usuarios; lo cual constituirá también una base para la elección futura respecto de la modalidad más apropiada de PPP para tales casos; que podrá ser la concesión u otra variante según las peculiaridades propias a cada

¹⁵⁸ CLAD – BID, en “La Responsabilización en la Nueva Gestión Pública Latinoamericana”, pág. 32; Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2000.

situación (esto, sin perjuicio de las variaciones a las soluciones técnicas escogidas que se resuelvan luego de realizar los estudios de factibilidad de los proyectos).

El complemento lógico de los análisis precedentes lo constituye la elaboración de una adecuada planificación de los proyectos a ejecutar, y de los objetivos y estrategias a seguir; tanto a nivel nacional como regional; fundamental para una acción eficaz y eficiente de la Administración, procurando optimizar los beneficios y minimizar los costos derivados de dichas acciones.

En general, la experiencia demuestra que los países que han establecido adecuados planes y programas de inversión y desarrollo de las redes de transporte vial (expansiones de las redes, alternativas en materia de desarrollos de intermodalidad, posibilidad de establecer esquemas de subsidios cruzados para una más eficaz y eficiente acción de inversión en proyectos con variados niveles de tráfico, costo y rentabilidad), han sido los que han obtenido mejores resultados en las posteriores fases de implementación de esquemas de concesiones u otras modalidades de PPP. En este sentido, pueden destacarse los casos de países como el de España, por ejemplo, en los cuales ha existido una adecuada planificación estratégica en la materia, con los debidos apoyos regulatorios, y con revisiones periódicas de los planes elaborados, a efectos de determinar su vigencia ante la evolución en sus respectivos escenarios.

En la vereda de enfrente están la amplia mayoría de los países, especialmente los denominados “en vías de desarrollo”. Existen estudios empíricos que ponen de manifiesto los errores cometidos en estas áreas en países como Tailandia (¹⁵⁹) y México (¹⁶⁰), por ejemplo; según se ha visto, el primero de ellos, en el análisis de casos planteado en el numeral 4.2.4.3 de este informe.

En los países de la región, es usual ver casos de falta de una clara planificación estratégica en la amplia mayoría de los países, en donde es frecuente ver la salida a licitación para ser ejecutados a través de modalidades PPP, usualmente por concesiones, proyectos independientes –generalmente los más rentables- aislados de otros proyectos potencialmente posibles de ser acometidos también bajo acciones de PPP, pero que al ser

¹⁵⁹ En Tailandia, por ejemplo, tal como se ha señalado antes, han existido problemas de superposición de competencias y potestades asignadas en la materia a diferentes entidades públicas, que entre 1989 y 1990 han licitado proyectos de concesiones viales que han competido entre sí; y dando a su vez lugar a duplicación de esfuerzos, falta de coordinación para una más eficaz y eficiente acción pública en el diseño, estructuración e implementación de dichas operaciones de PPP. En esta línea se inscribe el caso de los proyectos “Bangkok Second Stage Expressway”, concedido por 30 años en 1989 a Bangkok Expressway Company Limited, controlado por la ETA; y del “Bangkok Elevated Road and Track System, concedido en 1990 por 30 años a Hopewell Holdings Ltd., controlado por la SRT.

¹⁶⁰ México, por ejemplo, ha lanzado programas de inversión en infraestructuras del sector de los transportes a modo de proyectos aislados en cada subsector, sin contar con adecuados planes de desarrollo estratégico de sistemas intermodales de transporte, con metas trazadas a largo plazo, además de no haber existido una adecuada planificación en el lanzamiento de concesiones específicamente en el sector vial. Más detalles pueden consultarse en WORLD BANK – Ministry of Construction of Japan, en el análisis correspondiente efectuado en el libro “Asian Toll Road Development Program”- 1999.

menos rentables, podrían haberse licitado bajo esquemas de subsidios cruzados antes mencionados.

Por otra parte, a partir del conocimiento de las expectativas básicas de los agentes privados en este tipo de proyectos, sobre la base de dicha planificación podrá determinarse, de modo primario, cuál es el ámbito y las opciones a través de las cuales podría tener lugar la participación del sector privado, sea bajo esquemas que impliquen la asunción de la práctica totalidad de los riesgos de los proyectos -como usualmente ocurre con una concesión- sea bajo otras alternativas de PPP que impliquen una menor transferencia de riesgos a los agentes privados; o bien, cuáles serían los casos en que, a priori, se requeriría una acción pública directa; en cualquier caso, a fin de aplicar con la mayor eficacia y eficiencia posible los menguados recursos públicos.

A su vez, es fundamental que en la elaboración de dichos planes, participen las diferentes entidades públicas afectadas por los proyectos, sean de carácter regional o sectorial, por más que la adopción de la decisión final sea centralizada.

5.1.2 Recomendaciones respecto al “entorno micro” de los proyectos PPP

En términos generales, podría decirse que un proceso resulta exitoso cuando a través del mismo el Estado logra:

- diseñar, a partir de una acción estratégica de carácter nacional y sectorial, un esquema de construcción, gestión y financiamiento de infraestructuras que, al mismo tiempo que sea acorde a las circunstancias y coyuntura del país, satisfaga los requerimientos de la población del área o región en el que las mismas se localizan, en una óptima relación calidad/precio para los usuarios, al mínimo costo necesario para los contribuyentes; y provocando los impactos más leves posibles en los grupos de trabajadores afectados por las reestructuras que, indefectiblemente, deben llevarse a cabo como consecuencia de la estructuración de dicha operación de PPP;
- seleccionar a su mejor “socio” privado para la ejecución de tales actividades - esto es, aquel que ofrezca las mejores condiciones de pericia, experiencia y recursos para “asegurar” la ejecución de las infraestructuras concedidas y la eventual prestación de servicios conexos de la manera más eficiente -, a través de procedimientos ágiles, competitivos, eficientes y transparentes; y
- implantar y ejecutar los respectivos contratos de PPP de acuerdo con los objetivos inicialmente trazados.

La correcta estructuración e implantación de estos procesos, así como su previa planificación a la búsqueda de soluciones sustentables, requiere el cumplimiento de una serie de pasos básicos a darse en ocasión de cada proyecto de PPP, complementarios de los anteriores descriptos en relación a la preparación y establecimiento de un entorno

adecuado para este tipo de proyectos; y los cuales se describen a continuación. En su esencia, demandan –como ya se ha señalado antes- una “toma de conciencia” de parte de la Administración Pública de los aspectos claves del nuevo escenario, de los requerimientos básicos de los agentes privados en este tipo de operaciones (léase empresas constructoras, operadoras, proveedores de equipamientos, instituciones financieras, etc.) y de la necesidad de que las nuevas soluciones se gesten con una vocación de integración social, de mejora del marco prestacional, de promoción de riqueza y empleo y protección del medio ambiente.

5.1.2.1 Establecer un sólido compromiso del Gobierno para la instrumentación de la operación de PPP, y buscar los necesarios consensos con los demás sectores políticos

Según se ha indicado precedentemente, los programas de PPP se insertan dentro de programas de reforma del Estado, los cuales implican procesar una serie de cambios conceptuales referentes al rol del Estado en los nuevos escenarios generados a partir de allí en el campo de proyectos de inversión en los sectores de infraestructuras.

Independientemente de los factores que en el caso de cada país han dado lugar a procesos tendientes a incorporar la participación del sector privado en la provisión de infraestructuras públicas, lo cierto es que aún en los casos en que ello haya resultado consecuencia de la búsqueda de soluciones a objetivos puramente pragmáticos, cualquier planteo que implique o derive en una reformulación de alguno o varios de los roles del Estado produce efectos removedores sobre determinados postulados e instituciones del modelo de Estado “intervencionista” o “providencia”, aún vigente en buena parte del mundo. Y así, a causa del fuerte trasfondo ideológico que conlleva la cuestión, el debate sobre la aplicación de las medidas que se vienen de expresar termina abriéndose, más tarde o más temprano, en el contexto mayor de los procesos conocidos como de “reforma” o “modernización” del Estado; campo de batalla en el que, como se sabe, muchas veces la lucha resulta encarnizada. Ocurre que, como dice DE VILLANUEVA, “cualquier innovación encaminada a fomentar la iniciativa privada, descargando al tiempo al Estado de las responsabilidades que en puridad no le incumben, o le conciernen sólo en forma subsidiaria o, excepcionalmente, supletoria, se representa como un retroceso a los patrones de un liberalismo radical, o neoliberalismo, manchado de raíz por los pecados del egoísmo y la insolidaridad.... Quiénes en definitiva tienen la misión de acometer la difícil tarea de ‘reforma del Estado’, deben enfrentar muchas veces corrientes de opinión pública que... ve en cualquier modificación estructural del intervencionismo del Estado un ataque frontal a las ventajas de tipo social conseguidas a lo largo del siglo por el pueblo...”⁽¹⁶¹⁾.

Precisamente por dicha causa, es fundamental, como primera medida, y especialmente respecto de determinadas modalidades PPP de largo plazo como las concesiones (que en función de sus características especiales, se trata de proyectos que implican largos

¹⁶¹ DE VILLANUEVA, Juan Pablo en palabras de apertura al Simposio “La financiación privada de las infraestructuras públicas”; Madrid, 23 y 24 de octubre de 1996.

períodos de maduración de los proyectos, involucran grandes volúmenes de dinero, demandan largos plazos para su recuperación con más una razonable utilidad, e implican, en algunas de sus variantes como la concesión, la asunción de una importante cantidad de riesgos por parte del contratista; entre otros factores), el contar con un fuerte compromiso del sector público con el proyecto que se pretenda implementar, como condición fundamental para su sustentabilidad.

En efecto, del Estado se espera el compromiso político una vez iniciado este proceso, lo cual es un factor crucial para su éxito. Los promotores privados y los agentes financieros observan con atención la actitud de las diferentes entidades públicas vinculadas directa o indirectamente a los procesos de PPP; y cualquier vacilación, se reflejará en una percepción de mayor riesgo que, en consecuencia, dará lugar a propuestas poco atractivas o en una participación mínima o nula de oferentes.

Cuando no existe una clara convicción y real voluntad política de llevar adelante un proceso, puede ocurrir que el mismo se revierta con los consecuentes efectos negativos, no sólo respecto de ese proyecto en particular, sino afectando la credibilidad de todo el proceso de incorporación de la participación privada en general, llevado adelante en un determinado país.

Como afirma VIVES, ocurre muchas veces que es sumamente dificultoso llegar a un compromiso incondicional en este tipo de procesos por parte del Estado, pues el mismo sistema político establece que los funcionarios de mayor jerarquía de organismos, entidades y reparticiones públicas son temporales y, por ende, pueden tender a desarrollar una visión de corto plazo. Una de las mejores indicaciones del compromiso del sector público es la obtención de un amplio consenso político y social sobre la oportunidad de ejecutar el proyecto. Los inversores, lógicamente, aprecian la voluntad del Estado de exponer su “capital político”(la imagen y el prestigio del Gobierno) al hacer de la participación privada un elemento clave de su programa (¹⁶²).

Otra manifestación de compromiso del Estado es el cumplimiento previo de sus cometidos en relación al diseño de marcos regulatorios predecibles, estables, equilibrados, y que contengan reglas y principios que inspiren confianza a los agentes privados, así como instituciones regulatorias idóneas, objetivas, independientes, eficientes y eficaces.

Ahora bien; en proyectos de largo plazo, dicho compromiso gubernamental no es suficiente. En la medida en que este tipo de proyectos sean de largo plazo y excedan los gobiernos de turno, o bien, requiera de aprobaciones parlamentarias (existen, por ejemplo, casos en Centroamérica y en otros países del mundo en donde el otorgamiento de una concesión, por ejemplo, requiere de la aprobación del Parlamento), es necesario contar con el consenso de otras fuerzas políticas.

¹⁶² VIVES, Antonio, en op.cit., pág. 16

Pero por otra parte, la importancia de contar con el consenso de otras fuerzas políticas reside también en la propia esencia de una instrumentación adecuada de un programa de PPP. En efecto, en el numeral 5.1.1.8 anterior, se hacía referencia a la necesidad de planificación, para instrumentar adecuadamente un programa de PPP en un determinado sector (y sus respectivos subsectores) de infraestructuras; y a la circunstancia de que una apropiada planificación, requiere de una acción de largo plazo que, muy seguramente abarque más de un período de gobierno.

Para ello es absolutamente imprescindible que la implementación de un programa de dichas características sea “cuestión de Estado”, y reúna el mayor consenso posible en el sector político pues, de lo contrario, cambian los gobiernos y, de la mano, cambian también las políticas; desandándose una y otra vez los caminos andados. He aquí una diferencia notable y razón del porqué los procesos de PPP se han implementado exitosamente en países como Inglaterra, y han presentado fallas en la mayoría de países de América del Sur (¹⁶³).

5.1.2.2 Determinar la oportunidad más apropiada para el lanzamiento público del proyecto de PPP

La determinación de la oportunidad más adecuada para el lanzamiento de un proyecto de PPP, sobre todo aquellos que demandan grandes volúmenes de dinero como la mayoría de proyectos de construcción/financiación/gestión de infraestructuras de transporte a través del sistema de concesiones, constituye un factor por demás relevante en el éxito de la instrumentación de este tipo de operaciones, y frecuentemente olvidado o subestimado por los Gobiernos.

Para ello, se requiere contar con un adecuado conocimiento del entorno sobre el que se articulará un proyecto de PPP, para lo cual será necesario el análisis preliminar de los siguientes aspectos:

A. *Entorno económico y financiero mundial, regional y nacional:* Como decíamos, buena parte de los proyectos requieren ingentes sumas de dinero para su financiación, prácticamente imposibles de obtener en mercados locales como los de varios países de América del Sur, caracterizados por un bajo nivel de ahorro interno y escasa acumulación de capitales.

¹⁶³ Así por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea, este tipo de proyectos no son cuestionados políticamente, siendo en general apoyados por partidos de diferentes sectores políticos. Distinto es la situación en América del Sur, según se ha dicho antes, en donde a causa de una serie de factores de variada índole, este tipo de operaciones suele ser atacada por partidos políticos denominados de “izquierda”, sobre la base de concepciones ideológicas aún vigentes en esta región, acerca del rol que debe desempeñar el Estado en la economía. Cuando la oposición política al proyecto es muy fuerte, evidentemente los riesgos políticos se incrementan generándose un entorno negativo respecto de su viabilidad en el largo plazo.

En un contexto tremendamente competitivo en la búsqueda de capitales extranjeros, la viabilidad de los proyectos de PPP de tales características que se lancen al mercado dependerá del hecho de que su diseño haya sido abordado sobre la base de los requerimientos y condiciones impuestas por los mercados financieros internacionales (y, por ende, no ya exclusivamente en las condiciones del mercado nacional).

En consecuencia, al momento de iniciar un proceso respectivo, deben considerarse especialmente aspectos tales como la situación de los mercados financieros internacionales, regionales y nacionales para captar fondos con destino a este tipo de proyectos, la existencia de fuentes de recursos financieros de inversores institucionales capaces de ser atraídas a tal fin, el “precio” del dinero que demandan los inversores para canalizar fondos proyectos en economías emergentes y, particularmente, en la región sudamericana y el propio país “anfitrión” (“host country”) en particular, la estabilidad económico-financiera de la región y del país, etc.; y esperar el momento más apropiado para hacerlo; pues en la medida en que el potencial cocontratante de la Administración pueda obtener fondos para financiar el proyecto en condiciones aceptables o atractivas de plazos y tasas, los beneficiarios de ello serán los usuarios, que tendrán la certeza de que al menos por esta vía, no existirán sobre costos financieros que, en última instancia, terminen siéndoles trasladados por el operador.

B. Situación de otros proyectos similares en la región: Desde hace ya varios años, el planeta se ha convertido en una inmensa pista global sobre la cual deslizan libremente los capitales: van hacia donde hay buenos negocios por concretar y se alejan de donde no los hay.

En el análisis de la oportunidad y mérito de lanzar un proyecto de PPP de tales magnitudes en un determinado momento, deberá considerarse la existencia eventual de otros emprendimientos en proceso o ya otorgados en la región, de análogas o similares características al proyecto que se propone iniciar en un determinado país.

Así, de los proyectos en proceso, se obtendrán elementos para ponderar especialmente la situación de otras iniciativas que puedan llegar a competir con la que se proyecta.

Si por ejemplo, en un país existe un proceso de PPP específico en curso, no sería oportuno lanzarlo en otro país vecino en tanto y cuanto la perspectiva de negocio y el nivel de retorno esperado del primero para los distintos agentes intervinientes en el proyecto sea significativamente superior al del proyecto a desarrollarse en el segundo; pues la atención de los agentes privados más reputados en dicho sector de actividad seguramente se concentraría en el proyecto del primer país. Sin embargo, si el lanzamiento del proyecto coincide con un período en el que no existe oferta en el mercado para los inversores interesados en este tipo de negocios, seguramente tendría más posibilidad de atraer su atención. Si en cambio, el proyecto en el país vecino ya ha sido adjudicado, sería necesario examinar muy de cerca los resultados derivados del mismo, el nivel de éxito obtenido y los factores que han incidido en ello, a fin de evaluar una serie de aspectos de incidencias en el proceso propio; con la finalidad de procurar el

mejor posicionamiento del proyecto nacional en el mercado internacional, con la expectativa de que ello se traduzca en mejores condiciones de las ofertas esperables.

C. Situación de otros proyectos PPP de similares características en el propio país:
La decisión de iniciar un proceso de PPP es, como se ha dicho, una elección estratégica que debe adoptarse no sólo a partir de la idoneidad de lo que se quiere cometer al sector privado sino también, de la oportunidad de hacerlo en función de diversos parámetros tales como el que se enuncia en este apartado.

Adicionalmente a lo expresado precedentemente, con carácter previo a tomar la decisión de lanzar un proyecto de PPP, debería considerarse la existencia de otros posibles proyectos de análogas características en proceso en el mismo país.

Al respecto, la experiencia internacional pone de manifiesto la inconveniencia, en principio, de lanzar simultáneamente varios proyectos aunque sean de actividades diferentes, ya que la acumulación de éstos en un determinado momento en el mercado puede tender a dispersar el interés de los agentes privados.

D. El lanzamiento del proyecto en función del momento del período de Gobierno:
Sin perjuicio de que en relación a un determinado proyecto en particular se haya obtenido el consenso de la sociedad en cuanto a la necesidad de acometer el mismo a través de un esquema de PPP -como puede ser la concesión-, dado el fuerte trasfondo político que suele existir en este tipo de procesos, es recomendable que el mismo se complete dentro del período de gobierno en que aquél se lanzó; pues de lo contrario, se corre el riesgo de que el nuevo gobierno “desande” lo andado, según se señaló antes..

Por lo dicho, no correspondería lanzar, por ejemplo, un proyecto de concesión, cuando se estima que no finalizará el proceso antes de terminado el mandato de un gobierno, ni mucho menos, en los momentos previos a la finalización del mismo.

5.1.2.3 Definir claramente la estructura orgánico-institucional encargada de llevar adelante el proceso y la necesaria coordinación interinstitucional con otras entidades involucradas en el proceso

A efectos de que, desde el ámbito interno de la Administración, una operación de PPP pueda diseñarse, estructurarse e implementarse con la mayor eficacia y eficiencia, es fundamental, entre otras razones, que al inicio del proceso, se defina claramente:

- cuál es o son las unidades, órganos o entidades con competencia para llevar adelante el proceso o participar directa o indirectamente en el mismo;
- cuál es el alcance o grado de participación de tales entidades en el proceso, especificando los roles, obligaciones y responsabilidades atribuidas a cada una de ellas;

- quiénes serán los funcionarios de la entidad competente para llevar a cabo el proceso, que se afectarán a la operación, sea en la fase de diseño y estructuración del proyecto de PPP, sea en la etapa de control del cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; y
- cuáles son y cómo funcionarán los canales de coordinación interinstitucional entre las distintas unidades, órganos o entidades públicas con participación en la operación de PPP.

Cuando la estructuración y/o implementación de un proceso corresponda a más de una entidad pública, correspondería la creación de una comisión interinstitucional a fin de que defina las políticas macro y tome las decisiones estratégicas durante la ejecución del proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, debe definirse la constitución de una Unidad Ejecutora en el seno de la entidad competente para estructurar la operación de PPP. Dicha Unidad deberá contar con un Director de Proyecto, de carácter eminentemente técnico, y estar integrada por profesionales idóneos y adecuadamente capacitados a tales efectos, y que aporten la multidisciplinariedad necesaria (en principio, tratándose de proyectos PPP en sectores de infraestructuras como los del sector del transporte, en dicha unidad deberían participar asesores con experiencia en cuestiones de ingeniería, legales, económico-financieras, contables, fiscales y ambientales). A su vez, deberán especificarse claramente el ámbito de atribuciones que competirá a dicha Unidad, y el relacionamiento que la misma tendrá con los órganos jerárquicos de la entidad o entidades competentes para estructurar la operación, así como con las demás entidades públicas involucradas en el proceso, los agentes privados, y la sociedad en general.

En caso de que los funcionarios asignados no cuenten con la debida capacitación (¹⁶⁴), será imprescindible su capacitación a través de cursos, seminarios y talleres correspondientes.

Para complementar la labor de dicha Unidad, será necesario determinar las necesidades concretas de asesorías externas independientes; que se determinará caso a caso en función de una serie de factores tales como, entre otros, el nivel de complejidad del proceso o estructura del proyecto a implementar, la mayor o menor experiencia o pericia de los integrantes de la Unidad en el montaje de esquemas de PPP, y la disponibilidad de recursos financieros suficientes.

¹⁶⁴ En general, por la experiencia de los Consultores, lo común es que dichas unidades se integren con funcionarios de la burocracia tradicional, o bien, con técnicos nacionales especialmente contratados a dichos efectos. En uno y otro caso, lo usual es que tales técnicos no cuenten con la experiencia suficiente y necesaria como para conducir un proceso de dicha naturaleza, sea porque en el país en cuestión no se han instrumentado antes operaciones de PPP de alta complejidad; o las experiencias existentes de pasados proyectos han arrojado resultados negativos y/o han sido fuertemente cuestionadas; o existe alta rotación en las plantillas de técnicos participantes en dicho tipo de procesos y aquellos participantes en anteriores procesos hoy ya no están; o simplemente, no se los considera por la Administración para acometer los nuevos proyectos.

En tales supuestos, se deberá definir previamente el objetivo, tipo y nivel de la asesoría a contratar, considerando especialmente las experiencias relevantes de los consultores externos en este tipo de operaciones. Al respecto existen diferentes opciones, que van desde vincular a personas físicas y jurídicas independientes hasta contratar la estructuración global del proceso con una sola entidad o consorcio.

Ahora bien; por otra parte, es por demás importante establecer un claro marco de coordinación interinstitucional con las demás entidades públicas involucradas en el proceso de instrumentación de la operación de PPP, a efectos de evitar retrasos, cuestionamientos, impugnaciones u objeciones al desarrollo de procesos por cuestiones que pudieron y debieron haber sido solucionadas en las instancias pertinentes.

En esencia, de lo que se trata es de que este tipo de proyectos no se lleven a cabo por la entidad pública competente en forma aislada sino que, por el contrario, dando la debida participación a las demás entidades directa o indirectamente involucradas. En este sentido, hay que efectuar la distinción entre los siguientes tipos de entidades:

A. *Entidades u órganos con competencias de control o coordinación de la actividad desempeñada por la Unidad Ejecutora, o bien, sobre la entidad o entidades competentes para la instrumentación de la operación de PPP:* Deben ser participadas oportunamente de los alcances del proyecto y las decisiones que se van adoptando a su respecto, a fin de ir conociendo su posición y pudiendo ir incorporando sus sugerencias casi en forma simultánea al desenvolvimiento del proyecto. En lo que respecta al relacionamiento con este tipo de entidades existen, en la práctica, alternativas diferentes para su participación institucional en oportunidades previas a aquellas en las que correspondería su pronunciamiento formal; las cuales debieran ser definidas y adoptadas conforme a las posibilidades que brinda el marco regulatorio – institucional vigente en cada país.

B. *Entidades reguladoras:* Juegan un rol fundamental en la definición del marco regulatorio de la actividad a desempeñarse por el contratista de la Administración en una operación de PPP. Básicamente debieran intervenir al momento de preparación de los términos contractuales de la operación -bases del procedimiento licitatorio y contrato de PPP que fuere del caso-, en todo aquello que hace a la regulación de la relación Administración – contratista privado, así como respecto a las previsiones contractuales establecidas en relación al marco regulatorio de la actividad a desempeñarse por el contratista.

C. *Entidades de control sobre la actividad del futuro contratista:* Cumplen un papel clave en la aplicación posterior del contrato de PPP suscrito con el contratista de la Administración, Cuando esta función es cumplida por una entidad distinta de aquella competente para estructurar la operación, básicamente, debería participar en la instancia de definición en las bases de licitación y/o modelo de contrato de PPP, los aspectos referidos a: i) tipos de control a ejercerse sobre el contratista; ii) derechos y obligaciones de las partes del contrato; iii) instrumentos para la ejecución de actividades de control; iv) metodologías y procedimientos a utilizar a tales efectos; y v) régimen sancionatorio aplicable sobre el contratista en caso de incumplimiento de los términos contractuales

D. *Entidades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias, autorizaciones y habilitaciones en general:* El desarrollo de operaciones complejas de PPP, especialmente aquellas que implican actividades de construcción y gestión a cargo de contratistas requieren, generalmente, el otorgamiento de permisos, licencias, autorizaciones, habilitaciones o calificaciones de éste, de las obras e instalaciones, la contratación de diferentes servicios y suministros, etc., lo cual usualmente es de competencia de diversas dependencias, entidades, órganos o reparticiones públicas nacionales y/o departamentales. En la práctica, en la mayoría de los casos tales instancias implican procedimientos engorrosos, excesivamente lentos, que dar lugar a arbitrariedades -dada la amplia discrecionalidad de que gozan los funcionarios públicos de las respectivas dependencias u órganos en varios casos-; todo lo cual se agrava cuando las entidades competentes para emitir los respectivos actos administrativos no han tenido participación en el proceso que ha dado lugar a la estructuración de la operación de PPP.

En general, la posibilidad de que no se obtengan las referidas habilitaciones necesarias para el desarrollo de las respectivas actividades en la forma y términos previstos, pueden llegara comprometer la viabilidad financiera de tales proyectos, o causar importantes pérdidas al contratista y sus inversores; y ello, independientemente de que aquél pueda, posteriormente, accionar contra la Administración exigiendo las compensaciones correspondientes en la medida en que dichos retrasos sean imputables a ésta.

Así, el riesgo de retrasos significativos en la puesta en funcionamiento de los proyectos por tales causas, puede disuadir a ciertos inversores de participar en ciertos procesos de PPP; o bien, provocar incrementos innecesarios los costos generales de los proyectos que, una vez más, se acabará reflejando en el precio a satisfacer por el usuario. Ejemplos de retrasos por este tipo de causas abundan en la ejecución de proyectos a través de modalidades PPP en todo el mundo; siendo los más comunes los originados en retrasos derivados de: i) procedimientos expropiatorios a cargo de la Administración, ii) procedimientos de otorgamiento de autorizaciones ambientales a diseños finales de proyectos por los contratistas, y iii) procedimientos tendientes a otorgar exoneraciones fiscales -cuando así se hubiere previsto como contribución pública a un determinado proyecto de PPP- para el inicio de las actividades del contratista o introducción de maquinarias, equipamientos o instalaciones a un determinado país.

Ahora bien, independientemente de que la entidad contratante preste la mayor colaboración al contratista una vez suscrito el contrato de PPP, requiriéndoles directamente a todas las entidades, órganos, dependencias o reparticiones públicas involucradas la agilización de los procedimientos tendientes a la expedición de los correspondientes permisos, licencias, habilitaciones, y/o autorizaciones en general, es necesario adoptar determinadas medidas en las tempranas fases del proceso a fin de que tales instancias se lleven a cabo en forma eficiente y eficaz.

En este sentido, se debieran dar los siguientes pasos: i) examinar los requisitos legales y/o reglamentarios para realizar las distintas actividades comprendidas en el contrato de PPP,

a fin de determinar cuáles serán las principales dependencias u organismos públicos cuya colaboración será necesaria para la ejecución del proyecto por el contratista y sus respectivos roles; ii) establecer la correspondiente coordinación con cada una de ellas con carácter previo a la suscripción del contrato PPP; y iii) determinar en cada caso cuáles serán los recaudos y condiciones exigidas por cada una de tales dependencias, órganos, reparticiones o entidades para el otorgamiento de las respectivas autorizaciones, aprobaciones, habilitaciones, permisos y/o licencias correspondientes.

5.1.2.4 Determinar el “interés del Estado” en el proyecto

Con ello se alude al conjunto de razones y condiciones en virtud de las que el Estado decide involucrar la participación privada en un determinado proyecto de inversión en infraestructuras; y que usualmente están dentro de las siguientes:

- aumentar o mejorar las dotaciones de infraestructuras públicas sin recurrir a fondos presupuestarios;
- lograr un impacto fiscal positivo (esto, por la vía de reducir o suprimir subsidios o por la generación de ingresos con la concesión, entre otras modalidades) para el mejor cumplimiento de sus fines y
- mejorar los niveles de eficiencia, calidad y precio de los servicios prestados a los usuarios.

Así pues, en la expresión “interés del Estado” deben entenderse incluidas las *causas* por las que se toma la decisión y los *objetivos* de dicha decisión; que deben ser compatibles con el interés público presente en estos casos.

Es frecuente que los procesos previos no se ocupen en forma específica de este elemento y, en consecuencia, ocurre que: i) la elección por un determinado modelo de PPP no está adecuadamente fundada; y ii) los pliegos de bases de los correspondientes llamados a licitación no determinen este interés de forma concreta y específica, generando incertidumbres a los oferentes al momento de preparar sus respectivas ofertas.

En los casos de proyectos de concesión, por ejemplo, los elementos de valoración económica están muy relacionados con el interés del Estado. Si en un determinado proceso no se relaciona dicho interés con los elementos de valoración, pueden proponerse algunos como el mayor canon o el menor precio para el usuario que, siendo razonables, no se corresponden con el objetivo de la concesión y, sin embargo, obligan a conceder sobre su oferta; o lo que es peor, cuando estos elementos no son tan razonables -como ocurre con las frecuentes combinaciones de variables numéricas que hacen a la oferta de obra y servicio, y cuya conjunción coherente, para obtener un valor de adjudicación, resulta poco menos que imposible- el resultado de lo que se adjudica y el objetivo inicialmente perseguido para la concesión, pueden diferir en forma importante.

En estos casos, existen muy pocos elementos que ayuden al potencial oferente a determinar en concreto lo que pretende lograr la Administración con el otorgamiento de la concesión y, por ende, carecerá de uno de los elementos básicos para estudiar su oferta y para establecer en ella una estrategia de equilibrio entre la satisfacción del interés del Estado y el logro de sus objetivos económicos.

Existen varios ejemplos respecto de cómo el interés del Estado determina los criterios de valoración en los procesos de concesiones.

A. Tomemos, por ejemplo, en el ámbito de proyectos de concesiones en el sector portuario en Argentina (¹⁶⁵), el caso de las concesiones de Terminales de Contenedores en el Puerto Nuevo de Buenos Aires, que es un caso complejo que, tal vez, nunca hasta ahora se ha estudiado desde el punto de vista de la satisfacción del interés del Estado que, además, en este caso reviste componentes múltiples a adjudicar en una sola licitación.

En el caso, el interés del Estado era múltiple:

- a. Por un lado, resolver el problema de la mano de obra portuaria de la Administración General de Puertos, que quedaría sin trabajo público en el momento en que las concesiones se otorgasen.
- b. Por otro lado, generar un marco de competencia muy fuerte que asegurase un nivel bajo de precios en el mercado. Este elemento se requería, de forma sustancial, como parte del plan económico del gobierno para bajar el precio de los servicios portuarios que estaba representando un *handicap* en materia de comercio exterior y de insumos de la industria nacional, en un escenario de desregulación económica que requería la eliminación de subsidios cruzados o exenciones fiscales.
- c. En tercer lugar, obtener condiciones de mayor eficiencia por tecnificación del puerto con la mayor cantidad posible de elementos de alta eficiencia en el movimiento de contenedores.
- d. En cuarto lugar, se requería el arreglo de graves desperfectos infraestructurales existentes, pero que tenían diferente entidad y no era posible igualarlos en una sola licitación o en un elemento común a todas las ofertas. En una de las terminales había un muelle derrumbado, cuya reconstrucción se dejó como optativa, en virtud del alto costo de esta obra y en la evaluación por cada oferente de su posible utilidad respecto de la ocupación de muelles esperable por su volumen de negocio proyectado. Si no se hubiera declarado optativa, esta terminal no hubiera tenido condiciones de homogeneidad para ser licitada junto a las otras terminales, donde no era necesario construir infraestructuras para comenzar a trabajar.

¹⁶⁵ Véase al respecto ARAGONE RIVOIR, Ignacio y MARINETTO CALVO – FLORES, Antonio en “Concesiones Portuarias: Diseño, Estructuración e Implementación”; Montevideo, 2002.

- e. En quinto lugar, se debería poder asegurar el crecimiento de la oferta en el caso de una demanda sostenida, sin necesidad de entrar a construir un nuevo puerto o terminales a corto o medio plazo.
- f. Por último, pero no menos importante como veremos, se requería que la Administración Portuaria tuviera unos ingresos mínimos asegurados, para poder acometer su proceso de liquidación, que se había establecido legalmente con anterioridad a la convocatoria de la licitación.

Así pues, se estableció el rango de cada uno de esos elementos de interés del Estado en la concesión y, tras el análisis de los mismos, se decidió:

- i. Que el precio para el usuario era vital pero, al establecerse una fuerte plataforma de competencia, este elemento iba a ser regulado a la baja por el propio mercado por el mero hecho de habilitar varias concesiones que compitieran entre sí, como así fue. Por tanto, este elemento, por paradójico que pueda parecer, no formó parte del pliego de la concesión. No obstante, como elemento de seguridad para el interés estatal en mantener precios asequibles para el comercio exterior, el pliego estableció precios máximos para la prestación de cada uno de los servicios y operaciones.
- ii. Que por razones que no entramos a considerar, la Administración Portuaria debería asegurarse unos ingresos mínimos como resultado de la concesión.

Como segundo elemento en el rango de interés, éste fue el que marcó el valor de adjudicación. Pero no se pidió ofertar el canon de forma directa, sino basado en una cantidad mínima de toneladas anuales que se comprometía a movilizar en la terminal.

Esto resultó muy importante por el efecto agregado en la oferta, tanto para evitar ofertas temerarias en materia de canon, como para asegurar una productividad mínima para el mercado. Para ello se estableció un precio igual para todos por tonelada movilizada, según tipos de carga y se fijó asimismo un mínimo de toneladas por año y terminal. De forma que el canon ofertado de Tasas a las Cargas, lo era en base a las toneladas que el oferente se comprometía a movilizar por encima del mínimo requerido y por las que respondía contractualmente, las movilizase o no.

- iii. Para satisfacer los otros elementos de interés del Estado se procedió sistemáticamente:
 - Para asegurar la competencia, se determinó que se licitarían varias terminales y se definieron éstas con la mayor homogeneidad posible, pero en cuanto subsistían elementos diferenciadores entre ellas se separó el valor de adjudicación, estableciéndose que cada una tendría un valor distinto, a partir de la oferta concreta de cada interesado en cada terminal.

A primera vista esta solución puede parecer inapropiada, pero no cabe olvidar que, como después ocurrió, el mercado igualó los precios al usuario y los hizo bajar muy por debajo de lo previsto, si bien el incremento del tráfico permitió mantener los demás parámetros de las concesiones. Al efecto, cabe alertar sobre el hecho de que la ausencia de un ente regulador adecuado ha generado, en este y otros ítems, situaciones delicadas que el mercado no está resolviendo adecuadamente¹⁶⁶).

- Para solventar el problema de las obras a realizar, se puntualizaron lo mejor posible, en cada una de las terminales a conceder, las obras que los concesionarios debían hacer en ellas con carácter obligatorio y el plazo máximo para ello. Se le dio libertad a los concesionarios en cuanto a cómo harían dichas obras, formando ello parte de la oferta en el sobre N° 1. Las obras no esenciales quedaron como optativas de cada oferente.
- El interés de contar con los mejores equipamientos se vio solventado por medio del pliego, de forma que el equipamiento sería uno de los compromisos que el oferente asumía en el sobre N° 1. No fue necesario establecer equipamientos mínimos en el pliego, puesto que se creó una plataforma de competencia en el mismo sector, en el mismo giro de negocio y en el mismo puerto.
- Finalmente, para obtener la satisfacción del interés del Estado en estar preparados para dar respuestas adecuadas al incremento de la demanda, se resolvió la aceptación de una variante en las ofertas, que estaba perfectamente definida, en el sentido de poder optar por ofertar a la terminal 1, a la 2 o a la variante, que es la oferta de una gran terminal formada por la unión de la 1+2.

Con todo ello se hizo una licitación de tipo "pasa, no pasa" respecto del sobre N° 1. Las componentes del proyecto básico estaban perfectamente delimitadas en el pliego para que cada oferente pudiera ofertar sobre las terminales que deseara, de forma que, en cada caso, los oferentes presentaran su sobre N° 2 con las opciones en las que deseaban licitar en un orden de prelación dentro sus ofertas respectivas. El pliego establecía un mecanismo sencillo, ilustrado con un ejemplo numérico, de cómo se valorarían de forma inmediata y sin retrasos las ofertas presentadas.

Como resultado de todo este cuidado y bien estudiado proceso la adjudicación fue rápida, eficiente y, por primera vez en la historia de los puertos, no se tuvo un largo y complejo proceso de impugnaciones por causa de lo actuado por la Administración. A ello cabe añadir el riesgo asumido por la absoluta

¹⁶⁶ Por ejemplo, en la actualidad los precios de operación "ship to gate" han subido ostensiblemente porque, habiéndose llegado a un piso tal vez demasiado bajo, se propició una postura común, nunca demostrada, para no seguir compitiendo por debajo de ciertos valores. Lo que viene a demostrar que sin una correcta regulación, la competencia excesiva conduce a las prácticas que se pretende eliminar del mercado.

inexperiencia que, en ese momento, existía en la Región en relación con este tipo de licitaciones, lo que constituye un motivo más de interés por el trabajo realizado. Pocas veces se ha llegado a plantear en materia portuaria en el Continente una licitación como ésta y con tan brillante resultado.

B. Existe otro ejemplo interesante en materia de concesiones viales en Ecuador, ya referidas en el numeral 4.2.2.4 precedente de este informe. En este caso, el interés del Estado fue el de mantener la mayor proporción posible de red viaria en buenas condiciones de mantenimiento.

Al efecto y frente a la realidad de que el Estado carecía de los recursos presupuestarios necesarios para enfrentar un programa de mantenimiento y mejoras como el requerido, unido a que sólo algunas vías eran factibles desde el punto de vista de la rentabilidad para acciones de financiación privada por falta de suficiente densidad de tráfico, el pliego de bases de la concesión de una de las vías de acceso a Quito contempló la obligación del concesionario de mantener y mejorar un largo tramo de otra vía, lejos de la concedida, que se consideraba de alta incidencia social pero que era inviable desde el punto de vista de una concesión, no sólo por la falta de densidad suficiente de tráfico, sino también por afectar a poblaciones que no podían soportar el pago de peajes.

Esta doble incidencia, social y económica, fue el verdadero objeto del interés del Estado que puso de manifiesto la necesidad de recabar inversión privada para solventar el problema planteado. La solución para poder hacer frente a una demanda económica que el Estado no pudo afrontar fue "empaquetar" esta vía con otra, que tal vez no fuera tan interesante desde el punto de vista social, pero que resultaba muy rentable desde el punto de vista económico.

El concesionario, en este caso, no estaba obligado a pagar canon por la concesión rentable, debiendo volcar sus ingresos en la mayor proporción posible a la refacción y mantenimiento de la vía en la que se centraba el verdadero interés del Estado.

Como resumen, de lo expuesto se deduce la conveniencia y necesidad de hacer el ejercicio previo de determinar el interés del Estado en cada concesión y, de ello, deducir las condiciones generales de la misma y determinar claramente los parámetros por los que se valorará lo que los privados oferten, para lograr mejor los objetivos que constituyen dicho interés del Estado.

5.1.2.5 Generar un entorno de transparencia en la ejecución del proyecto de PPP: la implementación de una adecuada estrategia comunicacional

El adecuado suministro de información es la base para llegar al buen fin de estos procesos PPP –especialmente los de mayor complejidad como las concesiones-; constituye una de las vías para el efectivo cumplimiento del principio de fomento de la transparencia en el procedimiento licitatorio; y debe obedecer a la intención de la

Administración en la promoción de proyectos o en el planteo general respecto de un sector de actividad determinado, según los casos.

Para que se puedan cumplir efectivamente los fines perseguidos, el alcance de la información suministrada debiera ser amplio, y comprender, entre otros aspectos: i) las razones para la instrumentación de la operación de PPP, ii) los objetivos perseguidos a través de ella, iii) los términos y condiciones generales bajo las cuales se llevará a cabo la misma, iv) las ventajas (beneficios) y desventajas (costos) que se derivan para la comunidad como consecuencia de llevar a cabo la operación, tanto de corto como de mediano y largo plazo, v) los riesgos que se derivan de la operación, especificando las causas generales que lo pueden llevar al fracaso, vi) el destino a dar a los fondos que eventualmente obtenga la Administración como consecuencia de la operación, y vii) las medidas que efectivamente adoptará la Administración para que la operación de PPP instrumentada se traduzca, efectivamente, en beneficios para la propia Administración, los usuarios y contribuyentes.

La información debe, a su vez, suministrarse en forma veraz, suficiente y oportuna; y es crucial que se cumpla con dicha premisa a lo largo de todo el proceso de estructuración del proyecto de PPP.

La estrategia comunicacional debe plantearse a dos niveles; ambos fundamentales, que son: a) sociedad; y b) agentes privados; que serán potenciales participantes en el procedimiento licitatorio, o bien, directamente, participantes; según la etapa del proceso en la que se esté suministrando la información.

A. El suministro de información a la comunidad en general, debe implementarse a través de una estrategia cuidadosamente diseñada.

Cuando dicha estrategia ha sido adecuadamente planteada, se logra que, a través del suministro de información, la comunidad:

- a. conozca a cabalidad el estado de las infraestructuras, los costos de su operación y mantenimiento, la calidad y precio de los servicios prestados (adicionalmente, se tendrá la posibilidad de comparar la situación presente, con el contexto regional y mundial);
- b. conozca los alcances a mediano y largo plazo de los planes y programas gubernamentales de desarrollo de infraestructuras;
- c. participe en la planeación, definición y promoción de los proyectos;
- d. conozca el entorno del proyecto que en particular se pretende impulsar, en aspectos tales como, entre otros, su impacto económico, costos, tarifas proyectadas, destino del canon que eventualmente se ponga a cargo del contratista de la Administración, etc.; y

- e. establezca sus expectativas básicas en el marco de la ejecución del proyecto.
- B. En lo que respecta a los agentes privados, el adecuado suministro de información por parte de la Administración influye en los siguientes aspectos básicos:
- a. en la evaluación primaria de sus expectativas básicas respecto de un determinado proyecto PPP;
 - b. en relación con la potencial presentación de iniciativas privadas, la información acerca de los procesos ya iniciados en los diferentes sectores de actividad, es fundamental para generar un mercado potencial en materia de presentación de dichas iniciativas privadas para el desarrollo de nuevas ideas, abriendo atractivas oportunidades para una diversidad de proyectos; y
 - c. por otra parte, en lo que hace a los promotores privados que se presentan a llamados públicos a licitación y a los agentes financieros que los respaldan, el adecuado suministro de información permite, en primer lugar, evaluar a cabalidad la decisión de participar o no en un determinado procedimiento licitatorio y; en caso afirmativo, mejorar sistemáticamente la calidad de las ofertas que se presentan para el diseño, la construcción, equipamiento, explotación y financiación de proyectos de inversión en infraestructuras públicas.

En definitiva, la información suministrada en las condiciones antedichas, es la base para el entendimiento entre el Estado y la sociedad, da transparencia al proceso y evita problemas futuros y, por tanto, fundamental para el éxito de estos proyectos. Así, la información que se prepare por la Administración, en cada caso, deberá dar respuesta a los requerimientos específicos de la población. No resulta conveniente, en cambio, “sorprender a la sociedad” lanzando concesiones sin que se haya constatado el necesario consenso político y social para conferir estabilidad y respaldo al proyecto y a la solución adoptada.

5.1.2.6 Buscar la aceptación de la comunidad respecto del proyecto a ejecutarse

Existe consenso a nivel internacional en cuanto a que el mayor riesgo en la inversión o en la operación de infraestructuras de uso público o afectadas a la prestación de un servicio público o de interés público es, quizás, el de no contar con el respaldo de la sociedad.

La puesta en marcha de programas de PPP, cuanto más cambios impliquen respecto del statu quo vigente, mayores resistencias tenderán, potencialmente, a producir; y ello, pese a lo evidente que pueda parecer la necesidad de dichos cambios.

Como dice THUROW, “las mayorías son inherentemente conservadoras, puesto que el cambio significa que deben abandonar sus viejos estilos de vida. Sin una crisis es difícil convencer a una gran mayoría de que algo tiene que cambiar” (¹⁶⁷).

Por otro lado, es necesario superar los obstáculos que interponen quienes son beneficiarios del viejo sistema, los cuales, siendo muchas veces significativamente menos numerosos que los beneficiarios, pueden llegar a estar mejor organizados para ejercer presión y oposición al dictado de nuevas normas (¹⁶⁸). Esta situación se da con frecuencia en los procesos tendientes a introducción de reformas para la incorporación de la participación privada en los sectores infraestructurales, como el del transporte, en donde se dan grandes inercias, importantes arrastres históricos, intereses creados de muchos tipos que frenan la innovación y el cambio (¹⁶⁹).

Por ejemplo, la estructuración de un proyecto de concesión vial, puede llegar a implicar la oposición de grupos de trabajadores o empleados públicos afectados a dichas actividades, que pueden llegar a ver perdidos sus puestos de trabajo o modificado su estatuto laboral; o de los proveedores de dichas empresas, o de políticos que pueden perseguir mecanismos de búsqueda de rentas; o de grupos específicos con “agendas” que no coinciden con los intereses generales de la comunidad; por citar los casos más comunes. Por el contrario, llegan a tener el visto bueno de usuarios de dichas redes viales (aún cuando tengan que pagar un peaje donde antes no lo pagaban, o un incremento en el mismo respecto al peaje pagado con anterioridad a la concesión; y si es que ven en ello la posibilidad de acceder a infraestructuras gestionadas a una mejor relación

¹⁶⁷ THUROW, Lester en “El futuro del capitalismo”, pág. 326; Ed. Javier Vergara, Buenos Aires, 1996.

¹⁶⁸ Según THUROW, en el sistema político democrático, la gran mayoría de las veces las minorías organizadas pueden obstaculizar los procesos de cambio actuando con efectividad. En este sentido, “las democracias prestan proporcionalmente más atención a los grupos minoritarios específicos, ya que ellos a menudo deciden las elecciones reñidas y pueden convertirse rápidamente en firmes sostenedores con sólo respaldarlos en su único problema candente...”; en op. cit., pág. 326. De igual forma, STIGLITZ, al afirmar que “en nuestros sistemas políticos, los que son elegidos para servir a los ciudadanos a veces tienen incentivos para actuar en beneficio de grupos de intereses particulares. Por lo tanto, el hecho de que los políticos no hagan lo que parece que es de interés público no se debe simplemente a la codicia o a la malevolencia de unos pocos irresponsables políticos, sino que puede ser una consecuencia inevitable del funcionamiento de las instituciones políticas en las sociedades democráticas”; en “La Economía del Sector Público”, pág. 16; Ed. Bosh, Barcelona, 1995. Esta idea ha sido, también, especialmente defendida por George STIGLER en “La teoría de la regulación económica”; trabajo reproducido en la obra colectiva “Privatización, Desregulación y ¿Competencia?; Ed. Civitas, Madrid, 1996.

¹⁶⁹ Ya hace casi 500 años atrás, decía MAQUIAVELO en relación a los cambios en los sistemas legales, pero perfectamente aplicable al tema que nos ocupa: “debe considerarse que no hay nada más difícil de emprender, ni más dudoso de hacer triunfar, ni más peligroso que manejar, que el introducir nuevas leyes. Se explica: el innovador se transforma en enemigo de todos los que se beneficiaban con las leyes antiguas, y no se granjea sino la amistad tibia de los que se beneficiarán con las nuevas. Tibieza en éstos, cuyo origen es, por un lado, el temor a los que tienen de su parte la legislación antigua, y por otro, la incredulidad de los hombres que nunca fían en las cosas nuevas hasta que ven sus frutos...” en “El Príncipe”, pág. 53; Ed. Editores Mexicanos Unidos S.A., México D.F., 1998.

calidad/precio), de los trabajadores del sector de la construcción (por el fuerte empuje que daría a dicho sector el lanzamiento de este tipo de proyectos), a las poblaciones situadas en los ámbitos de influencia de las redes viarias concesionadas, a las gobernaciones regionales afectadas por las mismas y, en definitiva, a los contribuyentes en general (como consecuencia de la más eficaz y eficiente aplicación de recursos públicos).

Ahora bien, en estos casos, la cuestión –y en definitiva, el desafío- pasa por atraer como defensores del proyecto, a todos aquellos beneficiarios del mismo –que son muchos más que los perjudicados por el cambio de modelo- pero que, por lo general, se encuentran dispersos o no organizados en grupos de presión; y no cuentan, obviamente, con la misma información que aquellos.

Es necesario, en estos casos, a través de una adecuada estrategia de suministro de información, mostrar especialmente las ventajas que se ofrecen a partir del nuevo modelo, al igual que los costos y riesgos, pero hacerlo con claridad. Si la decisión de instrumentación de una determinada operación de PPP es el resultado de la aplicación cuidadosa de adecuadas metodologías, no debieran existir dudas respecto a que los beneficios son superiores a los costos, especialmente en el mediano y largo plazo.

5.1.2.7 Determinar el “valor” del proyecto para todas las partes involucradas a través de sólidos estudios de factibilidad y análisis de riesgos de la operación de PPP

Cuando la Administración plantea una acción de PPP, lo que en definitiva hace es proponer un “negocio” al sector privado.

Dentro de la gama de alternativas de PPP posibles de ser implementadas en cada caso existen unas que revisten mayor complejidad que otras; que en particular son aquellas que implican un mayor desplazamiento de responsabilidades de la Administración al contratista en materia de construcción, financiación y gestión de infraestructuras; como es el caso típico de las concesiones.

Así pues, en caso de instrumentación de dichas operaciones se requiere que, antes de procederse al llamado para la selección del contratista, la Administración obtenga una verdadera "foto fija" del proyecto de inversión de que se trate, de modo que los potenciales promotores e inversores puedan evaluar su participación en el proceso licitatorio y, en su caso, estructurar el negocio.

Y para todo ello es fundamental, realizar los correspondientes estudios de factibilidad y análisis de riesgos de la operación de PPP que se pretende impulsar.

A. Estudios de viabilidad

El análisis de viabilidad de los proyectos suele realizarse a dos niveles, que son a) de prefactibilidad o perfil, que son de carácter preliminar; y b) de factibilidad de la operación, que son los que finalmente se utilizan a efectos de instrumentar la operación. A través de ellos, se procurará determinar, con el mayor grado de exactitud posible, la viabilidad del proyecto de inversión que se licitará, a nivel técnico, comercial, financiero, legal, ambiental y de impacto económico- social.

Resulta de la mayor importancia que la Administración conozca a priori el entorno del proyecto que pretende impulsar, pues ello es vital para: a) la elección del modelo de PPP a utilizar; b) la estructuración de la operación en sí (determinación del plazo de la operación; determinación de los riesgos a ser asumidos por el contratista; especificación de las inversiones requeridas al contratista y su cadencia; régimen tarifario; eventuales pagos al Estado, o bien, probables apoyos públicos; definición del plan de negocios de la operación; etc., según fuere del caso en virtud del tipo de operación de PPP implementada); c) su adecuada promoción entre los agentes privados potenciales interesados en el proyecto; d) difusión pública del proyecto a fin de buscar las apoyaturas necesarias para la viabilidad del proceso; y e) la adecuada valoración de los requerimientos planteados durante el proceso por los agentes privados y la conducción de las eventuales instancias de negociación con éstos, al hacerlo sobre una sólida composición de lugar respecto del entorno de la operación.

En lo que respecta a los promotores privados y agentes financieros, a partir de los mencionados estudios de factibilidad podrán evaluar su participación en el proceso de licitación correspondiente y, en su caso, estructurar el negocio.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que articular un proyecto exitoso requiere convencer, no sólo a los promotores futuros sino también a los agentes potenciales proveedores de financiamiento, de la factibilidad política, técnica, operativa, económica y financiera del mismo.

Estos demandarán conocer a priori y a fondo los aspectos técnicos del proyecto y todos los riesgos que en particular implica, la determinación de cuál de las partes contratantes asumirá cada uno de ellos y si sus rendimientos esperados serán adecuados en relación a los riesgos que van a correr; todo ello, de manera de evaluar independientemente los aspectos económicos y financieros del proyecto y su capacidad de recuperación de los fondos invertidos. Por ello es necesario poner un énfasis especial en estos estudios, no sólo en su viabilidad operativa, sino en al análisis de alternativas de financiación, de forma que la Administración esté en condiciones de entregar la necesaria y oportuna información a los interesados y proponer posibles mecanismos de facilitación de la financiación, a través del contrato, sin afectar a los principios de defensa del interés general en el mismo.

Por último, en lo que respecta a los usuarios, contribuyentes y, en definitiva, la comunidad en su conjunto, dichos estudios serán de enorme importancia para justificar la actividad de la Administración en el proceso de instrumentación de la operación de PPP,

respaldando a partir de allí los resultados presentados a la comunidad en materia de beneficios, desventajas, costos y riesgos implicados en el proyecto.

Ahora bien, pese a las ventajas que reporta a todas las partes la ejecución de adecuados estudios de factibilidad, ocurre muchas veces en América del Sur que la Administración no los hace; o los hace mal. Las causas principales de ello son, básicamente, las siguientes: a) subestimación de lo que realmente representan los estudios de referencia; b) la alegación de que las Administraciones no cuentan con fondos suficientes para acometer los costos de dichos proyectos y, por dicha razón, suele: i) plantear que los hagan directamente cada uno de los agentes privados (¹⁷⁰); ii) requerir estudios muy elementales o contratar, para la ejecución de estudios más completos, a técnicos con menos experiencia –y por ende, con remuneraciones significativamente menores a las de consultores o firmas consultoras más experimentadas y capacitadas-, que generalmente presentarán estudios que no cuenten con el debido rigor, profundidad y fundabilidad requeridas para el caso.

Frente a dicho tipo de situaciones en las que se alega la falta de recursos para acometer dichos estudios, una solución probable y que ya se ha venido implementando en varios países, inclusive en América del Sur, pasaría por el hecho de que efectivamente la Administración se haga cargo de los mismos (podría eventualmente requerir el apoyo de organismos multilaterales, como usualmente sucede), estableciendo en las bases de la licitación que, de adjudicarse el proyecto, el adjudicatario deberá abonar a la Administración el costo de dichos estudios en las condiciones estipuladas, como requisito o condición básica para poder convertirse en contratista de la Administración; y a fin de que ésta recupere los costos incurridos en tal sentido.

B. Análisis y gestión de riesgos de los proyectos de PPP

Sin lugar a dudas que, uno de los aspectos esenciales a los procesos de instrumentación de operaciones de PPP pasa por la realización de adecuados análisis de riesgos implícitos en la operación que se pretende instrumentar, así como de los posibles mecanismos y alternativas existentes para más eficaz y eficiente gestión.

Tal como se ha visto antes, una de los elementos caracterizantes de las operaciones de PPP y de las razones para su aplicación estriba en la noción de transferencia de riesgos implícitos en tales proyectos al sector privado (en el entendido de que ello constituirá un incentivo para una más eficaz y eficiente involucramiento en el proyecto y actividad de parte de los agentes privados), en condiciones y términos que dependerán del tipo de modalidad de PPP que en definitiva se escoja para cada caso.

¹⁷⁰ Estos podrán contratar el asesoramiento de especialistas para contrastar determinados aspectos de estudios ya realizados en profundidad, o bien, estudios adicionales; pero no es razonable pedirle a cada uno de dichos promotores que realice por su cuenta la totalidad de tales estudios en la forma y con la profundidad necesarias, que en muchos casos suelen ser realmente costosos, cuando en realidad no saben, a ciencia cierta, primero, si participarán o no en el proceso licitatorio en función de los resultados que arrojen los mismos, y segundo, en caso afirmativo, si resultarán o no finalmente adjudicatarios de la licitación.

En esencia, un proceso de análisis y gestión de riesgos, debiera implicar la realización de las siguientes actividades:

- a. Identificación de los riesgos que afectan el proyecto de PPP en particular.
- b. Análisis de cada uno de ellos y determinación de su impacto (cuantificación).
- c. Análisis y determinación de mecanismos de cobertura/mitigación o reasignación de dichos riesgos.
- d. Determinación del entorno del proyecto a efectos de evaluar la existencia de situaciones particulares que determinen consideraciones especiales
- e. Análisis de la posición de las partes involucradas en el proyecto en relación a los riesgos que, en general, están dispuestos a asumir sobre la base del tipo o tipos de modalidades de PPP susceptibles de ser implementadas en el caso.
- f. Asignación final de los riesgos del proyecto a las partes involucradas en la operación de PPP; considerando fundamentalmente la modalidad de PPP escogida para instrumentar la operación.

En lo que respecta a esta instancia, cabe tener presente que, más allá de principios y parámetros de carácter general admitidos en la práctica internacional, cabe tener en claro que no existen recetas uniformes aplicables inalteradamente caso a caso. En la determinación de la estrategia y líneas de acción en tal sentido inciden aspectos tales como: i) el sector de infraestructura en el que se ejecutará el proyecto y el subsector específico dentro de éste; ii) los aspectos técnicos, comerciales, económico-financieros, ambientales, legales y de impacto social del proyecto; iv) condiciones sociales, políticas y económicas del país y región en que se ejecutará el proyecto (“host country”); y v) el poder negociador de las diferentes partes en la determinación de los términos contractuales, etc., por citar algunos de los más relevantes.

No obstante, a continuación se citan dichos principios o parámetros internacionalmente aceptados:

- Los riesgos deben asignarse a las partes que están en mejores condiciones de asumirlos, controlarlos y prevenirlos; o bien, a las partes que tengan mejor acceso a instrumentos para su cobertura, o puedan diversificarlos o mitigarlos a un menor costo.
- Sin perjuicio del postulado anterior, en cualquier contrato administrativo existe lo que se llama el “alea normal” del negocio (o situaciones de riesgo normal, previsibles) y, por otra parte, el denominado “alea extraordinaria” (o situaciones de riesgo extraordinario, razonablemente imprevisibles). Sobre estas bases, se postula, como regla, que el contratista debe asumir los riesgos normales u ordinarios, y la Administración, los riesgos derivados de circunstancias

extraordinarias e imprevistas por las partes al momento de celebrar el contrato; definiéndose unos y otros tipos de riesgos en función del tipo de modalidad de PPP finalmente escogida. A partir de allí, la doctrina y jurisprudencia administrativa ha construido una serie de categorías para encuadrar ciertos actos o hechos que, de producirse, implican la obligación de la Administración de reequilibrar la ecuación económico-financiera del contrato e indemnizar al contratista los daños y perjuicios padecidos. En esta línea se inscriben las denominadas teorías de: a) “imprevisión”, b) “hecho del príncipe”, c) “fuerza mayor” y d) “sujeciones imprevistas”. En general, las legislaciones de los diferentes países de América del Sur reconocen dicho criterio de asignación de riesgos, originario del derecho francés, tomado como modelo por parte de aquellas.

- El régimen de reparto de riesgos debe quedar claramente definido en el marco regulatorio contractual de la operación de PPP. En relación a estas cuestiones, las normas contractuales deben prever, frente a supuestos de alteraciones del equilibrio contractual por causa no imputable al contratista, cuál es el régimen de indemnización aplicable, cuál es el procedimiento para reclamar la puesta en funcionamiento de dichos mecanismos, cuáles son las técnicas admitidas para el reequilibrio contractual, etc.

La regulación de estos aspectos es fundamental para dotar de un adecuado marco de seguridad jurídica y claridad en las “reglas de juego” a la transacción.

- Cualquier asignación de riesgos que se haga en el proyecto –sea conforme o apartándose de los principios generales antedichos-, conlleva la previsión de la correspondiente compensación en beneficio de la parte que lo asume. En el caso del contratista, cualquier riesgo que se le transfiera implicará el requerimiento, de parte de éste, de un mayor retorno en contrapartida de ello.

Como regla, el sector privado tenderá a “penalizar” cada riesgo que se le transfiere (esto es, tenderá a exigir no sólo la justa compensación sobre la base de las estimaciones iniciales realizadas en torno al probable impacto de dicho riesgo, sino también, a requerir un plus en carácter de “prima de riesgo”). En consecuencia, al estructurar proyectos de PPP de tales características, en principio no resulta aconsejable transferir riesgos al contratista que puedan ser asumidos por el sector público a menores costos.

5.1.2.8 Estructurar adecuadamente los proyectos de PPP

A. Consideraciones generales

Una estructuración adecuada de un proyecto de PPP debe partir, como regla, de los resultados arrojados por los estudios de factibilidad del proyecto, del análisis de riesgos

que el mismo presenta, y del marco regulatorio general aplicable a este tipo de operaciones.

Complementado lo anterior, se requiere sondear el interés de los potenciales promotores privados interesados en el proyecto en función del sector de actividad y tipo de operación de que se trate, así como la financiabilidad de la operación con los diferentes tipos de agentes financieros (entre otros, organismos multilaterales, bancos de inversión, bancos comerciales, agencias de crédito a la exportación, instituciones financieras de ahorro colectivo –fondos de pensión, fondos de inversión-, compañías aseguradoras, y agencias o entidades de cooperación y asistencia financiera) usualmente involucrados en este tipo de operaciones de banca de inversión.

A partir de todo lo anterior se podrá establecer:

- a. el tipo de modalidad de PPP que se aplicará en el caso, en función de los “pro” y “contra” que representa cada una de ellas, determinando la más apropiada para utilizar en el caso;
- b. los riesgos efectivamente asignados a la Administración y al contratista;
- c. los requerimientos básicos de los agentes privados para participar en los procedimientos licitatorios que eventualmente se sigan para adjudicar los proyectos de PPP; a lo que se deberá arribar como consecuencia de realizar un adecuado sondeo de
- d. el plazo previsto para la ejecución del respectivo contrato por el contratista y su eventual sistema de prórrogas o ampliaciones del mismo; que debieran ser tales que le permitan al contratista, haber amortizado las inversiones efectuadas y obtener una razonable utilidad;
- e. los niveles de inversión eventualmente requerida al contratista, y la cadencia prevista para hacer efectiva las misma; todo lo cual, debe guardar “razonabilidad” con las dimensiones del negocio propuesto al sector privado por la vía de la operación de PPP ⁽¹⁷¹⁾;

¹⁷¹ Las inversiones requeridas al contratista, como solución de principio para alcanzar un nivel óptimo de eficiencia en el funcionamiento del proyecto de PPP, debieran guardar relación con la dimensión de la operación a ejecutarse por éste (en definitiva, el negocio subyacente). En la experiencia latinoamericana, con relativa frecuencia se ve que se requieren, por parte del Estado, cuantiosas inversiones que poco o nada se justifican en función de la dimensión y características del proyecto. Las razones presentes en tales casos van, desde criterios puramente arbitrarios, hasta la alegación de que dichos niveles de inversión serán necesarios para atender potenciales incrementos del tráfico sobre las infraestructuras explotadas por el contratista. Frente a este tipo de razonamientos, la solución se podría encontrar en la previsión de las denominadas “cláusulas gatillo”, conforme a las cuales, las obligaciones de efectuar cierto tipo de inversiones por parte del contratista, se “amarrarían” a determinada evolución en su actividad –niveles de tráfico o de demanda-, y/o a partir de un determinado momento de vigencia del contrato.

- f. las actividades efectivamente a ejecutarse por parte del contratista (actividad principal y posibles complementarias) y los ingresos que este percibirá en contrapartida de ello (precios públicos y/o precios privados), así como el régimen al que estarán sujetos los mismos;
- g. el tipo de contribuciones o ayudas públicas a realizarse por parte de la Administración respecto de determinados proyectos que no alcancen los parámetros de riesgos y rentabilidades estándares para ser asumidos por el sector privado conforme a prácticas internacionales;
- h. el “perfil” determinado para el futuro contratista de la Administración; e
- i. la estrategia para la promoción o “marketing” nacional y/o internacional del proyecto de PPP.

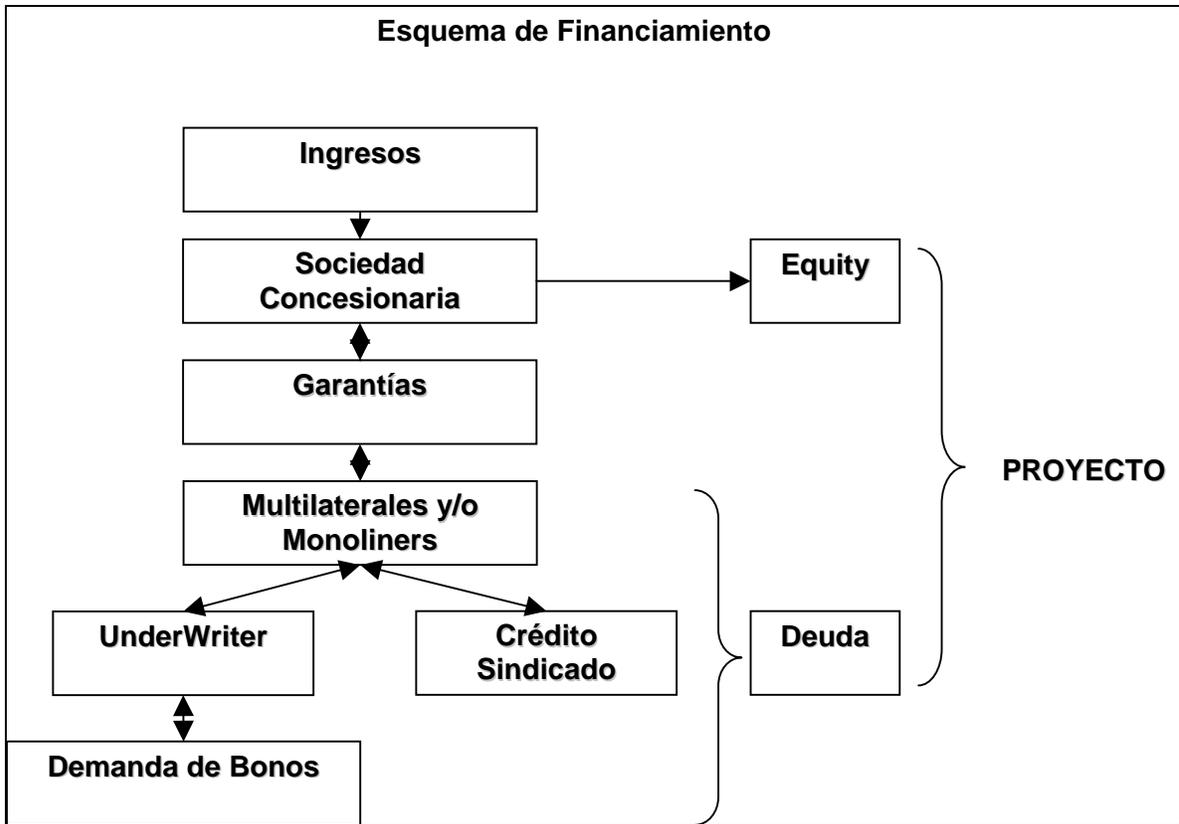
Por cierto, que la elección entre distintas alternativas que implica la realización de las actividades antes referidas, deben decantarse como resultados de la aplicación de adecuadas metodologías a las que antes hacíamos referencia, a efectos de determinar costos y beneficios, ventajas y desventajas de cada una de las diferentes opciones; y resolviendo, en definitiva, por aquella o aquéllas que mejor satisfagan las necesidades planteadas por el interés público presente en tales casos.

C. *Consideraciones especiales: El caso de las garantías y mecanismos de licitación en la estructuración de proyectos PPP - Recomendaciones*

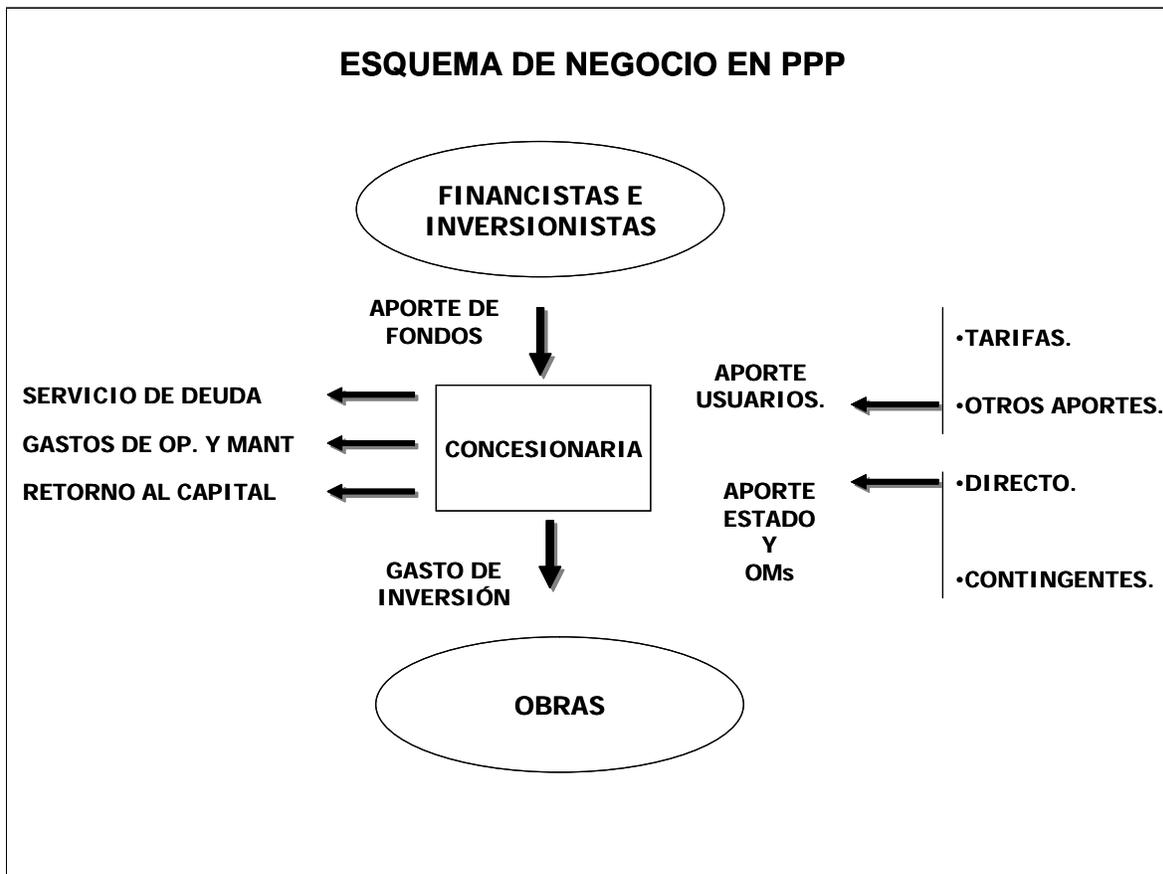
Más allá de todas las herramientas y medidas que se pueden utilizar con el objeto de minimizar los riesgos asociados a los proyectos, la prueba real se enfrenta a la hora de obtener el financiamiento, en la medida, que los riesgos estén mal administrados los costos por este concepto se incrementan pudiendo incluso hacer inviable el proyecto.

Cuanto mayor sea el compromiso del Estado, en la medida que este al menos posea *investment grade*, menor será el costo por sobre garantías de cumplimiento de pago de agentes externos (¹⁷²). Un proceso clásico de colocación de un financiamiento tradicional se puede apreciar en la figura siguiente:

¹⁷² Organismos Multilaterales y Monoliner



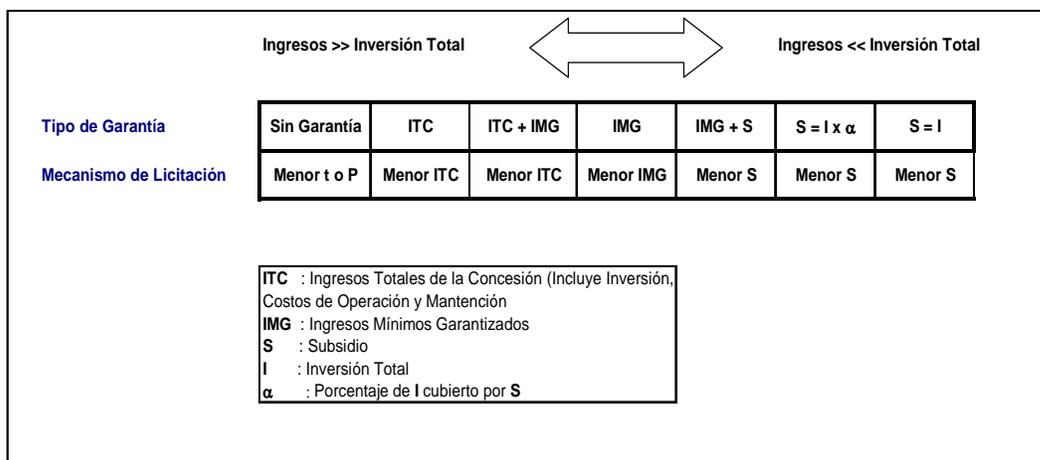
En la medida que los ingresos destinados a cubrir los requerimientos del proyecto y a los distintos actores involucrados, no estén lo suficientemente definidos las primas por riesgo se elevaran innecesariamente y se pueden traducir en la inviabilidad del proyecto, en la figura siguiente se pueden apreciar los principales actores que participan en el proceso:



Una herramienta fundamental para evitar los costos ya señalados es entregar garantías adecuadas dependiendo del tipo de proyecto que estemos enfrentados, un elemento distintivo en particular en lo que se refiere a proyectos sustentados en el Project Finance es la relación entre los ingresos esperados y los costos estimados de la obra ⁽¹⁷³⁾, mientras mayor sean los primeros en relación a los costos menor serán las garantías que se deberán entregar al proyecto, en la siguiente figura se puede apreciar un esquema que relaciona las posibles variables de licitación con los esquemas de garantías entregados:

Esquema de Garantías

¹⁷³ Mientras más detallada sea esta información, menor serán los sobrecostos que se consideren al momento de presentar ofertas.



i Sin Garantía

Esta opción sólo se puede utilizar cuando los ingresos superan largamente los costos totales del proyecto (¹⁷⁴) ya que estas holguras permiten absorber los ratios exigidos por el sector financiero, caso puro de Project finance (¹⁷⁵), en este caso normalmente el sector privado opta por no utilizar garantías si estas consideran compartición de ingresos (¹⁷⁶) ya que significaría perder una rentabilidad que puede ser muy atractiva.

En lo que respecta a las variables de licitación en este caso es adecuado utilizar como variables menor tarifa lo que permite generalmente una mayor rentabilidad social del proyecto, particularmente en el caso de los proyectos viales o de transporte urbano, en caso que se busquen medidas de tarificación urbana o tarifas homogéneas en varios proyectos relacionados, lo que no permite utilizar este mecanismo se puede utilizar el plazo como variable y en última instancia el mayor pago al concedente, lo que tiene como complicación que se puede dar la *maldición del ganador*.

ii ITC

Este mecanismo se debe utilizar en proyectos con historia de flujos como ya se analizó en el caso de la Interconexión vial Santiago Valparaíso – Viña del Mar, y los ingresos esperados, en particular en los primeros años de la concesión deben tener altos niveles de certidumbre.

Como variable de licitación se aconseja utilizar el menor ITC a una tarifa fija.

¹⁷⁴ Inversión y costos de operación y mantenimiento.

¹⁷⁵ El financiamiento sólo se estructura sobre los flujos del proyecto.

¹⁷⁶ Caso Chileno – Autopistas Urbanas, en tres de las cuatro concesiones los adjudicatarios optaron por no acogerse a las garantías entregadas

iii ITC y IMG

En la medida que la certidumbre de los flujos se reduce para obtener un financiamiento adecuado se pueden incluir tanto el ITC como los IMG, esto permite evitar default en los pagos del financiamiento estructurado ya que se estructura sobre las garantías de ingreso mínimo lo que reduce en forma importante los costos del mismo, esto es particularmente importante por los efectos que genera la tasa de descuento en los flujos de largo plazo (sobre 25 años).

En este caso se aconseja licitar por el mínimo ITC el que debe incorporar tanto los ingresos reales como las posibles activaciones de los ingresos mínimos para su cálculo (¹⁷⁷). En todo caso siempre se debe incluir la opción de renunciar a la garantía de ingresos mínimos en un primer tramo de licitación que debe primar por sobre el resto de los tramos considerados en el proceso.

iv IMG

Esta herramienta es por excelencia la que permite enfrentar el Project finance cubriendo en forma adecuada a los financistas y permite que el sector financiero reconozca los flujos de la concesión con un castigo menor (¹⁷⁸). En este caso normalmente el concesionario corre todo el riesgo sobre el capital.

En este caso se recomienda indexar la banda de ingresos mínimos a la tarifa y licitar por esta última variable.

v IMG y S

Esta combinación es útil particularmente en proyectos de altos costos variables y con ingresos muy inciertos o cercanos a los costos esperados del proyecto, por ejemplo ferrocarriles¹⁷⁹ donde se exigen frecuencias mínimas de operación, ya que el subsidio está orientado a cubrir la inversión y la garantía de ingresos a cubrir los costos operacionales del proyecto.

En este caso se recomienda licitar por el menor IMG ya sea en forma explícita o con alguna variable relevante de los ingresos que indexe la garantía.

vi S x α y S

¹⁷⁷ Mecanismo utilizado en el proyecto “Red vial litoral central” en Chile

¹⁷⁸ Los ratios que con que se castiga estas garantías según estudios de mercado realizado por los autores alcanza un rango que como mínimo es de un 1.1

¹⁷⁹ Ver caso Tren Santiago Melipilla Batuco en sección dos.

En ambos casos enfrentamos proyectos en que los costos totales son menores a los costos esperados del proyecto.

En estos casos se recomienda licitar por menor subsidio, tomando la precaución de poner un mínimo para evitar *la maldición del ganador*, generando un segundo tramo que incorpore otras variables relevantes como por ejemplo tarifa u otras.

5.1.2.9 Implementar un adecuado proceso de selección del contratista de la Administración ⁽¹⁸⁰⁾

Las leyes de los diferentes países disciplinan los procedimientos a seguir en materia contratación pública. Cuando no existen procedimientos especialmente previstos para la selección de contratistas de la Administración en el marco de procesos PPP, son de aplicación los previstos con carácter general.

Con independencia de la solución normativa adoptada en cada país, las máximas garantías y la mayor confiabilidad de los agentes privados en los procedimientos de selección se dan cuando los mismos están presididos por las siguientes premisas básicas:

A. *Economía y eficiencia*: Por un lado, la “*economía*” en la adjudicación de los contratos de PPP consiste en la selección de los oferentes que hayan presentado la mejor o más conveniente oferta para la Administración, de acuerdo a los criterios de valoración de las propuestas fijados en el pliego de bases.

Contribuyen a ello los procedimientos que promueven la mayor concurrencia posible de oferentes, pues la competencia que de ello se deriva los incita a ofrecer las condiciones más ventajosas, e incluso, a adoptar tecnologías más eficientes o innovadoras con tal fin.

Para ello es fundamental dar una adecuada publicidad local e internacional a los proyectos, prever plazos razonables de acuerdo al tipo de negocio implícito en cada proyecto de concesión entre la fase de publicidad y la de presentación de expresiones de interés u ofertas concretas por los oferentes, y difundir gratuitamente los contenidos de los anteproyectos de pliegos y contratos (los costos incurridos por la Administración concedente en la formulación del proyecto, podrían ser recuperados por ésta trasladándolos al adjudicatario).

A su vez, la “*eficiencia*” en la selección del oferente significa que se seleccione y adjudique el proyecto en el menor tiempo posible, con mínimas cargas administrativas y a un costo razonable tanto para la Administración como para los oferentes.

Además de las perjuicios que pueda padecer dicha entidad pública como consecuencia de un proceso de selección ineficiente, los procedimientos excesivamente costosos y

¹⁸⁰ Sobre el punto véase, fundamentalmente, lo dispuesto por Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), en op. cit., Capítulo III – “Selección del Concesionario”.

engorrosos pueden hacer aumentar los costos generales del proyecto a dar en concesión, e incluso inducir a empresas competentes a no presentarse, o bien a retirarse del proceso de selección.

Por otra parte, en aras de lograr la mayor credibilidad de los agentes privados en los procesos de PPP, es clave su concreción dentro del mismo período de gobierno en el que fueron iniciados; a efectos de evitar los ya “típicos” cuestionamientos a este tipo de procesos en curso por parte de los Gobiernos entrantes; obviamente cuando se trata de partidos políticos diferentes ⁽¹⁸¹⁾.

Muchas veces ocurre que el consenso político para el tipo de cambios que supone conceder una determinada actividad antes en manos del Estado, puede estar vigente por períodos cortos de tiempo y, por tanto, hay que aprovecharlo para iniciar el proceso y de ser posible, para completarlo dentro del mismo.

B. *Promoción de la confianza en el proceso de selección del contratista de la Administración:* Las normas que regulan el proceso de selección del contratista deben reunir una serie de elementos que fomenten la confianza pública en dicho proceso y en el sector público en general.

Los oferentes se abstendrán de invertir tiempo y dinero para participar en el proceso de selección a menos que tengan la certeza de que existirá imparcialidad, objetividad y adecuadas garantías en la valoración de sus respectivas ofertas; o si igualmente participan pese a no confiar totalmente en el proceso, existirá un incremento en el costo de los proyectos como consecuencia de los mayores requerimientos de retorno de los agentes privados para cubrir los mayores riesgos y los gastos de participación.

Contribuyen a fomentar dicha confianza en los procesos de selección los siguientes factores:

- a. La flexibilidad y apertura en la preparación y gestión de los pliegos y contratos de concesión (frente al sistema tradicional caracterizado por el unilateralismo y hermetismo en su preparación) La interacción previa con la Administración permite a los interesados reducir o al menos acotar debidamente los riesgos del proyecto de cara a la financiación del mismo, por cuanto se conocen las características del mismo a la perfección.
- b. La mayor claridad posible en la determinación del interés del Estado en la convocatoria a los oferentes.
- c. La realización de los estudios de prefactibilidad técnica, económica, financiera, ambiental y de impacto social de los proyectos de PPP a licitarse, con la

¹⁸¹ Tal es el caso reciente de Ecuador, donde a principio de este año 2003 el Gobierno entrante suspendió todos los procesos de concesión en curso de ser licitados; incluso proyectos ya adjudicados como el caso de la concesión del Puerto de Esmeraldas.

profundidad necesaria acorde con las características del proyecto que se promueve.

- d. La máxima concreción en la fijación de los componentes técnicos de las ofertas, pues si no están suficientemente definidos, se incrementa la posibilidad de los oferentes de incluir elementos diferentes en sus respectivas propuestas y, con ello, la dificultad de valorar de forma sencilla las mismas.
- e. El establecimiento de fórmulas sencillas de valoración de las ofertas. La fórmula de valoración debe ser reducida a sus elementos básicos y automatizada en lo posible, para evitar situaciones de subjetividad y discrecionalidad innecesarias, esta vez, por parte de quienes valoran y, con ello, reducir o eliminar la probabilidad de presentación de impugnaciones. Una medida interesante para limitar los abusos de las vías procesales aplicada en algunos países (por ejemplo, Argentina), ha consistido en exigir la constitución de un depósito previo en garantía en caso de que agotada la vía administrativa, se pretendiera continuar con la impugnación ante los órganos jurisdiccionales competentes. Una medida de tal naturaleza, si bien puede llegar a ser sumamente efectiva, de conformidad con el régimen jurídico imperante en algunos países, podría llegar a considerarse ilegal o inconstitucional según los casos.
- f. La adecuada protección de la confidencialidad de la información suministrada por los oferentes.
- g. La regulación adecuada de los supuestos de presentación de ofertas consideradas “anormalmente bajas” o “temerarias”, y de los casos y en los términos en los que corresponde la renegociación de los contratos.

C. *Transparencia normativa y procedimental*: La transparencia del marco normativo y de los procedimientos a través de los cuales se efectúa la selección de los contratistas constituye una premisa fundamental, pues además de contribuir a alcanzar los objetivos antedichos, fomenta la previsibilidad y permite a los oferentes realizar una correcta evaluación de los costos y riesgos de su participación en los respectivos procesos de selección.

Contribuyen a ello las disposiciones normativas que: i) tienden a prevenir, detectar, y sancionar los casos de corrupción; ii) regulan correctamente los supuestos de inhabilidad e incompatibilidad de los oferentes; iii) exigen una alta capacitación técnica y especialización de los profesionales de la Administración intervinientes en los procesos de selección; iv) imponen a la Administración la obligación de llevar un expediente administrativo por cada proceso de selección de contratistas –que incluso en algunas de sus partes puede ser puesto a disposición del público en general-; y v) establecen adecuados mecanismos de control de las resoluciones adoptadas por la Administración.

De los procedimientos usualmente utilizados para la selección de contratistas, el más apropiado conforme a lo señalado precedentemente es el denominado de “*data room*”, fundamentalmente por las razones de su mayor objetividad, transparencia y de la práctica eliminación de retrasos en el desarrollo del procedimiento y de impugnaciones de oferentes en la fase de adjudicación de los proyectos (puede haberlas en la fase de precalificación, pero suelen ser procesos cortos y poco conflictivos); al mismo tiempo que da lugar a diferentes instancias a partir de las cuales es posible determinar, a cabalidad, el conocimiento y grado de satisfacción de los intereses y expectativas básicas de los agentes privados en los proyectos.

Cabe señalar, a su vez, que más allá de entenderse conveniente la aplicación del procedimiento de “*data room*” con carácter general, en situaciones especiales puede ser más apropiado aplicar otro tipo de procedimiento; razón por la cual, debiera contemplarse dicha circunstancia en los respectivos marcos regulatorios.

5.1.2.10 Preparar adecuadamente los documentos contractuales regulatorios de la operación de PPP

Ya se dijo anteriormente que la regulación heterónoma –esto es, la que es establecida unilateralmente por la Administración por la vía de leyes, reglamentos y regulaciones complementarias emitidas por las correspondientes entidades públicas en ejercicio de las potestades reguladoras (entre ellas, las instituciones reguladoras)– por sus propias características, debe ser complementada caso a caso a través de una apropiada regulación contractual; esto es, la definida por la Administración en las bases de licitación de los procesos y los respectivos contratos de PPP, negociadas (en la correspondiente fase del procedimiento licitatorio) y aceptadas (al momento de presentar la oferta) por los participantes/oferentes en dichos procedimientos.

Si la regulación por esta vía es inadecuada, se genera un entorno de riesgo general de falta de seguridad jurídica (especialmente crece el denominado “riesgo regulatorio” que, *grosso modo*, consiste en probabilidad de cambio de las “reglas de juego” sobre las cuales tuvo lugar la financiación privada de un proyecto de inversión, como consecuencia de alteraciones en el marco regulatorio aplicable), y se desaprovecha la ocasión de corregir, subsanar o complementar las siempre existentes carencias en los marcos regulatorios vigentes en los distintos países al respecto.

No obstante, la experiencia de proyectos y operaciones PPP implementadas en América del Sur, especialmente a través de concesión, pone de manifiesto casi inexorablemente los errores –a veces muy graves– que se han cometido por los Gobiernos al momento de elaborar dichos documentos contractuales; en donde en la amplia mayoría de los casos, ni siquiera existe la práctica de sistematizar documentos contractuales y experiencias de este tipo de procesos llevadas a cabo en diferentes áreas o sectores de infraestructuras, para ir perfilando, de ese modo, modelos de documentos a efectos de ser utilizados como base en la instrumentación de futuras acciones de PPP. En otras palabras, cada nueva acción que se intenta, se pretende muchas veces “reinventar la rueda”, cometiéndose, vez tras vez,

los mismos o similares errores. Ocurre también con más frecuencia de lo razonable, que al prepararse bases de licitación y contratos de PPP, se toma en muy poca consideración requerimientos internacionales y pautas estándares del sector privado y organismos multilaterales; olvidando el rol que éstos cumplen y el que debiera cumplir la Administración al estructurar estos procesos, según se vio antes.

Así pues, lo deseable sería contar, en el ámbito de los diferentes países, con un modelo general de bases de licitación y de contrato de concesión, recogiendo las regulaciones y requerimientos básicos de la normativa en cada caso, pero confeccionados a partir de criterios de aceptación internacional general, de modo de uniformizar las praxis locales. Los “espacios libres” que dejan las “normas marco” que regulan en la mayoría de los casos los procesos de PPP en diferentes países, pueden ser perfectamente desarrollados a través de regulaciones uniformes siguiendo tales parámetros.

Por otra parte, sería por demás deseable que este tipo de regulaciones contractuales modelo (bases de licitación y contrato) puedan establecerse con carácter general para ser aplicados en diferentes proyectos transnacionales en el ámbito de América del Sur.

En general, no existen grandes diferencias entre las regulaciones existentes de determinados modelos PPP en los diferentes países de América del Sur. A ello coadyuva el hecho de que dichas normas son, por lo general, de carácter “marco”, como se ha señalado antes; así como la circunstancia que las regulaciones que sobre tales figuras se han promulgado siguen, en lo sustancial, los modelos latinos. De allí que uniformizar dichas prácticas a través de la preparación de un modelo general de bases de licitación y contrato PPP no conllevaría, en principio, una gran complejidad.

A. *Bases de licitación*

Toda la instancia de preparación de las bases de licitación del proceso de PPP debiera perseguir, básicamente, los siguientes objetivos:

- a. *Definir y ordenar el proceso público de la licitación:* Para la consecución de este objetivo, las bases deberían incluir en un único documento, una serie de textos referentes a: i) derechos y deberes generales de los oferentes en el procedimiento licitatorio (generalmente, a través del denominado “instructivo general de los participantes del proceso”); ii) aspectos procedimentales (a vía de ejemplo, términos de referencia para la precalificación de oferentes, régimen de acceso y funcionamiento de las instancias del “data room”; cronogramas de plazos para presentación de antecedentes y ofertas por los participantes; condiciones/requisitos para la presentación de la información correspondiente en tales casos, criterios o fórmulas de valoración y adjudicación de las propuestas, régimen de impugnaciones, etc.); iii) aspectos informativos (básicamente, contenidos de las bases referentes a la contratación, modelo de contrato de PPP que fuere del caso, informaciones estadísticas, cuadros tarifarios, planos, etc.).

- b. *Formalizar la llamada a los agentes privados:* Esto se debería realizar mediante la publicación formal de la correspondiente convocatoria que, según el tipo y dimensión del proyecto de PPP de que se trate, podrá realizarse a nivel de mercado nacional, o bien, de mercado nacional e internacional. Tratándose de proyectos de grandes dimensiones, la publicación en diarios y medios de comunicación de circulación nacional e internacional del anuncio de la convocatoria constituye una etapa crítica del procedimiento, pues supone el primer acto formal de externalización del proceso, a partir del cual las imprecisiones por parte de cualesquiera de los actores involucrados solo redundarán, en el mejor de los casos, en retrasos innecesarios.
- c. *Apoyar al proceso de promoción y mercadeo de la operación de PPP:* Esto se debería realizar mediante la preparación de material escrito con información relevante sobre el proyecto de PPP que, en un momento preciso del proceso, se pondrá a disposición de los agentes interesados . En la consecución de este objetivo, además de otros soportes documentales de rango inferior (ej. dossier de información, *flyer*, etc.) el “memorando de información” constituye el documento de mayor relevancia.
- d. *Organizar un proceso licitatorio claro, transparente y de fácil ejecución:* Para que la ejecución del proceso de licitación sea ágil, factor clave de éxito lo constituye la formulación clara de las bases de la licitación, bien definidas y soportadas por información fiable y contrastada sobre los activos, derechos y obligaciones asociados a la transacción junto con el desarrollo de mecanismos adecuados para la solución de posibles conflictos y la obtención de garantías suficientes que muestren la solvencia y seriedad de los potenciales inversionistas eliminado de esta forma la participación en el proceso de empresas insolventes y de poca seriedad que en el caso de participar sólo aportan confusión y desconfianza hacia el proceso.

Bajo la percepción de los Consultores, la redacción de las bases de licitación debe hacerse en un ambiente de equipo multidisciplinar -conformado por la Unidad Ejecutora a la que antes hacíamos referencia y su eventual grupo de asesores externos- y en donde el liderazgo debiera ser una cuestión meramente organizativa; caso contrario se corre el riesgo de ver impuestos criterios contrarios o, al menos no acordes con los estudios técnicos previos efectuados o con los parámetros de acotación de riesgos a que antes nos hemos referido.

Las bases de licitación constituyen un documento altamente especializado, que tiene una gran incidencia en la potencial decisión de presentarse o no a la licitación por parte de los interesados. Cualquier desliz en este tipo de documentos comporta el riesgo de dejar desierta la licitación o perder a empresarios verdaderamente interesantes para la Administración, según sea el tipo de proyecto y la modalidad de PPP escogida para el caso.

Para garantizar la transparencia del proceso y la igualdad de los oferentes, el documento final resultante como bases de la licitación, como único marco de referencia entre los oferentes y la Administración en el proceso de PPP, deberá tener una serie de anexos que contemplarán cuanto se ha estudiado con carácter previo que haya arrojado resultados asumibles referentes a lo que se licita y cuanta información necesite el potencial oferente para entrar a estudiar el negocio planteado por la Administración de forma integral a través de la operación de PPP, entre los cuales se encontrará el borrador de contrato de PPP e información técnica en general de carácter complementario presentada a través de anexos, y que dependerá del tipo de operación planteada.

B. Contrato de PPP

Al igual que las bases de licitación, el contrato de PPP cumple un papel fundamental en el éxito de la estructuración del proceso de referencia; más aún, en los casos de países donde no existe un adecuado marco regulatorio preexistente (o sea, cuando el mismo es impreciso, o poco claro, o presenta vacíos normativos importantes, o está diseminado en una multiplicidad de regulaciones aisladas de dudosa interpretación en materia de sus aplicaciones o armonización, o existe la inminencia de un cambio regulatorio al marco preexistente; o bien, lisa y llanamente, el marco es inexistente); en cuyo caso, el contrato no apuntará a complementar un determinado marco regulatorio sino a recrear el mismo.

Así pues, buena parte de los vacíos, imprecisiones o incoherencias que en general presentan los marcos legales o reglamentarios aplicables a este tipo de procesos, pueden subsanarse por la vía de la llamada “regulación contractual”; esto es, a través de la elaboración de unas bases de licitación y un contrato de concesión adecuados.

Por otra parte, el contrato cumple una función clave en establecer las “reglas de juego” de la incorporación privada a dicho tipo de actividades, siendo fundamental su objetivo de generar un entorno de “seguridad jurídica” para el proyecto y, así, reducir los riesgos y, con ellos, los costos de la financiación privada, permitiendo una ganancia neta para todos los involucrados -públicos y privados- en el proceso.

En definitiva, al elaborar el contrato de PPP que fuere del caso según el tipo de proyecto a implementar, con carácter general, debieran buscarse y establecerse los contenidos óptimos de dichos instrumentos, para lograr un adecuado equilibrio entre las siguientes metas:

- a. generar un claro entorno de seguridad jurídica y acotamiento de riesgos regulatorios, políticos e institucionales para la transacción, fomentando la inversión privada a costos financieros razonables o estándares para el proyecto que se pretende impulsar;
- b. incentivar la eficiencia en la construcción / ampliación y gestión de infraestructuras a través de la introducción de principios comerciales en tales fases;

- d. fomentar la introducción de nuevas y modernas tecnologías;
- e. mejorar la cantidad y calidad de los servicios prestados por el operador –según el tipo de operación de PPP implementada-, dando una mejor relación calidad/precio para éstos; y
- f. proveer flexibilidad para adaptarse a condiciones y circunstancias cambiantes, siempre esperables en contratos de largo plazo como son buena parte de las operaciones de PPP analizadas en el numeral 1. de este informe; en especial, hay que ser –como se dijo antes- realistas y tener en cuenta las dificultades para estimar con exactitud la realidad posterior del mercado a largo plazo y, con ella, las verdaderas necesidades de inversión a futuro.

5.1.2.11 Establecer un adecuado marco y mecanismos apropiados para el cumplimiento de las funciones de control sobre la actividad del contratista de la Administración

La implementación de mecanismos de PPP, al incorporar la participación privada debieran, como solución de principio, mejorar los parámetros de eficacia y eficiencia en la ejecución de las actividades que se cometen al contratista privado por dicha vía, respecto al funcionamiento que las mismas tenían al amparo del sistema tradicional de cumplimiento de dichas actividades por parte del Estado.

Ahora, lo que se viene de decir, es una verdad “a medias”; puesto que, en los hechos, podrá confirmarse la validez de dicha premisa, cuando el Estado es capaz de generar las condiciones necesarias como para que ello sea posible; de lo contrario, se corre el riesgo de que el nuevo sistema no funcione con la eficacia y eficiencia esperada, o bien, sea tan ineficiente o peor respecto del sistema vigente con anterioridad a su implementación; lo cual es algo que, con más frecuencia de la deseada, se ve en la experiencia de los últimos años en América del Sur. Y después, pasa lo que se ve regularmente: en países en los que se han cometido errores de este tipo, comienzan a articularse procesos de “desprestigio” de la aplicación de este tipo de herramientas, generándose voces cada vez más fuertes contrarias a la aplicación de estos sistemas, y proclamándose una vuelta a los tradicionales modalidades de cumplimiento de dichas actividades; y en definitiva, desperdiciándose oportunidades claves para la generación de una adecuada plataforma de cambio en los sistemas de construcción, mantenimiento, gestión y financiación de infraestructuras con participación privada.

En la generación de un entorno de incentivos adecuados para que tenga lugar la eficacia y eficiencia privada antes señalada, juega un rol fundamental el marco instituido para el ejercicio de las funciones de control / supervisión por parte de la Administración de las actividades ejecutadas por el contratista, así como la estructura y andamiaje de mecanismos previstos para ello.

A continuación, transcribimos, a modo de recomendaciones en este sentido, el que hemos denominado “Decálogo en el ejercicio de las funciones de control”, construido a partir de las experiencias –en el acierto y en el error– en la aplicación de sistemas de control en operaciones de PPP en diferentes países del mundo, y que entendemos fundamental para aquellos casos en que, como consecuencia de la operación de PPP, el contratista tiene a su cargo la gestión de determinadas infraestructuras, actividades o servicios (¹⁸²):

- Conocerás y delimitarás los distintos ámbitos de control a los que, en general, está sujeto el contratista, con especial énfasis en los de control de la competencia y acceso al mercado.
- Definirás los roles que en dicho marco de control general, le corresponden en la materia al ente regulador y/o al de control, y a la entidad pública promotora del proceso de PPP como consecuencia de cometer al sector privado actividades o servicios bajo su órbita competencial.
- Establecerás un claro marco jurídico - institucional para el ejercicio de las funciones de control sobre el contratista.
- Integrarás dichas instituciones con un staff de profesionales apropiados para las funciones de control que se ejercerán sobre el contratista.
- Comprenderás la esencia y alcance de las funciones de control que ejercerás sobre el contratista, distinguiéndolas de las tradicionales del control de operaciones ejecutadas al amparo de los tradicionales contratos de obra pública por la Administración (¹⁸³).

¹⁸² Extraído de la presentación de ARAGONE RIVOIR, Ignacio y MARINETTO CALVO – FLORES, Antonio, denominada “Otorgamiento de concesiones portuarias: ¿Qué hacer el día después? Nuevas reglas, nuevos actores, y nuevas funciones del sector público”, efectuada en ocasión de la Reunión Anual del Comité Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Puertos de la OEA; Montevideo, 3 al 7 de diciembre de 2002.

¹⁸³ En el ámbito de los proyectos PPP, el control específico del proyecto suele articularse – dependiendo del tipo de operación de PPP- en tres grandes ámbitos, a saber: control de aspectos técnico - operativos (en esencia, en lo relativo a la construcción/ refacción/ mantenimiento de obras, y forma de prestación de servicios, etc.); b) control de aspectos económico - financieros (básicamente, en lo relativo al cumplimiento del plan de inversiones del proyecto, régimen de pago de cánones o subvenciones si lo hubiere según los casos, régimen tarifario; etc.); y c) control de aspectos regulatorios (básicamente, referente al control del efectivo cumplimiento por parte del contratista del marco regulatorio -legal, reglamentario y contractual- aplicable a la operación, y sobre los contratos suscritos por éste con otros agentes (subcontrataciones, inversores, proveedores de equipamientos, etc.) en lo que hace razonablemente a este tipo de control. Al respecto, no debe olvidarse que en general, no existen instancias de control aisladas en dichos campos, sino que dicho tipo de controles deben verificarse en forma conjunta cuando tengan lugar las actuaciones correspondientes.

- Diseñarás mecanismos y procedimientos adecuados para el cumplimiento de las funciones de control, estructurados a partir de pautas de razonabilidad y congruencia (adecuación del medio al fin).
- Establecerás un claro régimen sancionatorio aplicable al contratista para el caso de incumplimiento de éste, y procedimientos transparentes y adecuados para su aplicación.
- Procederás con razonabilidad, eficacia y eficiencia en el ejercicio de las funciones de control y sancionatorias, respetando siempre los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad.
- Especificarás claramente, a través de la regulación contractual, legal o reglamentaria aplicable al contratista, los derechos de éste y las obligaciones y responsabilidades a que está sujeto en virtud de su condición de tal, evitando toda intervención innecesaria.
- Regularás adecuadamente los supuestos de renegociación o interrupción de los contratos de PPP.

5.1.2.12 Establecer un sistema adecuado de regulación de la actividad del contratista, así como instrumentos apropiados para el cumplimiento de tales funciones por la Administración

Tal como se ha señalado antes en este informe, la puesta en marcha por los distintos gobiernos de programas de incorporación de la participación privada a los sectores de infraestructuras básicas -como es el caso del transporte- a través de diferentes mecanismos de PPP, para que realmente a través de los mismos puedan alcanzarse los objetivos perseguidos en su día con su inicio, demanda nuevos sistemas institucionales y marcos normativos que, acompañando tales procesos, constituyan instrumentos eficaces para la consecución de los fines propuestos. En otras palabras, como contrapartida de una “batida en retirada” del Estado del cumplimiento de roles prestacionales en ciertos casos, se ha producido el fenómeno de intensificación de las potestades de regulación y control sobre los operadores privados ahora prestadores de servicios anteriormente en manos del Estado.

A diferencia de la tradicional concepción de los sistemas de regulación, , que partían de la base de que para solucionar los “fallos del mercado”, la solución pasaba por una intervención pública en la actividad y a partir de la cual la regulación sustituyera al mercado, en la actualidad, el sustrato de los nuevos modelos regulatorios parten de una concepción distinta: a) no puede sostenerse a priori que frente a un “fallo de mercado” la solución sea la intervención estatal a ultranza, pues ésta también presenta fallos: los denominados “fallos de Gobierno” que, la mayor parte de las veces, han generado efectos más nocivos que los fallos de mercado; y b) partiendo de la base de que el funcionamiento eficaz y eficiente del mercado es el mejor regulador, la regulación

debería hacer su aparición para: promover, defender y recrear el mercado y controlar y corregir su funcionamiento deficiente y/o sus efectos distorsionantes.

En este nuevo sistema, cumple una función fundamental la actividad desplegada por las instituciones reguladoras, en la medida en que a través de la emisión de las disposiciones normativas que se encuentran en su ámbito competencial, van desarrollando o completando la regulación legal y reglamentaria preexistente, así como la de carácter contractual establecida para el caso de la operación de PPP.

En el presente informe ya se efectuaron recomendaciones respecto del funcionamiento de los sistemas institucionales de regulación sobre la actividad de los contratistas en el marco de operaciones de PPP, así como respecto a la aplicación de los marcos regulatorios respecto de las actividades de éstos. Llegado a este punto, resta efectuar, aquí, recomendaciones respecto del ejercicio de la referida función de regulación por parte de dichas instituciones o entes reguladores que, en esencia, son del siguiente orden:

- Es imprescindible la previsión de mecanismos de contención de la actividad del ente regulador, a efectos de evitar situaciones de abuso o arbitrariedades, a través de: a) restricciones sustanciales a la discrecionalidad del regulador; b) restricciones formales e informales al cambio del sistema regulatorio; y c) la existencia de instituciones que aseguren el cumplimiento formal
- La función debe ejecutarse por funcionarios designados en función de sus aptitudes de carácter técnico; y no en función exclusiva de factores políticos, como muchas veces ocurre; y los cuales deben actuar conforme a un estatuto especial.
- La regulación no es un objetivo; es un remedio, debiendo evitarse la tendencia a sobreregular, como muchas veces ocurre para corregir errores, defectos o carencias de otras regulaciones existentes.
- Cualquier regulación además de beneficios, impone costos, algunos fácilmente estimados y otros no. Por eso, la valoración de las regulaciones existentes y formulación de nuevas normas debe partir de la aplicación de metodologías específicas, especialmente, de cuidadosos análisis “costo – beneficio”.
- En la actividad reguladora debería tenderse a la búsqueda de soluciones que equilibren los intereses de todas las partes. Estas han de encontrar su ajuste en un escenario pluralista y competitivo, dentro del cual cada sector pueda dinamizarse, los consumidores elegir y la innovación prosperar.

5.1.2.13 Establecer claros procedimientos de controversias entre la Administración y el contratista derivados de la ejecución de los contratos de PPP ⁽¹⁸⁴⁾

¹⁸⁴ Sobre el punto véase, fundamentalmente, lo dispuesto por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), en op. cit., Capítulo VIII – “Solución de Controversias”.

La existencia de mecanismos idóneos para la resolución de controversias constituye un aspecto fundamental para todos los agentes privados involucrados en un proyecto de PPP, especialmente los de mayor complejidad como es el caso de las concesiones; pues se sentirán inclinados a participar en aquellos proyectos en países en donde tengan certeza de que las controversias surgidas serán resueltas con imparcialidad, eficiencia y con la celeridad necesaria a efectos de evitar interrupciones innecesarias en la ejecución del contrato por el contratista.

Las controversias surgidas a partir de la ejecución de este tipo de contratos que implican el desarrollo de infraestructuras públicas presentan con frecuencia problemas que no suelen plantearse en las derivadas de otros tipos de contratos; y ello, en función de las peculiares características que reviste la inversión en tales proyectos vistas anteriormente.

Las cuestiones que pueden dar lugar a controversias entre la Administración y el contratista son de variada índole. De todas ellas, las más comunes son las relativas a determinar si una de las partes ha incumplido sus obligaciones contractuales, y en caso afirmativo, cuáles son las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento, las que versan sobre cuestiones sumamente técnicas relacionadas con los procesos de construcción, con las tecnologías aplicadas a las obras y las condiciones de explotación de las infraestructuras, y las relativas a determinar si se han cumplido o no las condiciones a partir de cuya configuración, la Administración o el contratista deben o están facultados a realizar determinados actos.

Frente a supuestos de relaciones contractuales prolongadas y complejas como son las derivadas de la ejecución de tales contratos de PPP, una buena medida sería establecer un mecanismo extrajudicial de resolución de controversias que incluya varias etapas y métodos combinados.

En efecto, la Administración y el contratista pueden estipular una serie de etapas sucesivas que comienzan con la notificación practicada por una parte a la otra de aquellas cuestiones que, a su juicio, pueden llegar a convertirse en una controversia a menos que ambas partes adopten las medidas correspondientes para impedirlo.

Cuando la controversia surge, las partes intercambian información y tratan, a través de una *negociación*, de componer amigablemente las diferencias.

Para el caso de que no pueden resolver el diferendo por dicha vía, se determina la intervención de un conciliador -tercero independiente e imparcial- encargado de reordenar canales de comunicación y ayudar a las partes a buscar una solución. Según sea la naturaleza del diferendo, las partes pueden haber convenido que determinados casos concretos (por ejemplo, en los que la controversia se focaliza en temas exclusivamente técnicos) sean sometidos a un grupo o junta de expertos ("*Dispute Review Board*") previamente integrado, al que se le hayan dado facultades de emitir dictámenes sin fuerza vinculante sobre el fondo de la cuestión.

Para el caso en que, luego de las etapas antedichas no se hubiera resuelto el conflicto, las partes podrán haber convenido acudir al arbitraje. Al respecto, es relativamente frecuente que se requiera por parte de agentes privados extranjeros que en lugar de las normas regulatorias del arbitraje en el país en el que se lleva a cabo el proyecto, se acuda a las normas y procedimientos de la Corte Internacional de Comercio.

5.2 Recomendaciones vinculadas a las condiciones básicas requeridas con carácter general por el sector privado para participar en proyectos PPP en el sector del transporte en América del Sur

5.2.1 Consideraciones generales

Por todo lo que hasta aquí se ha dicho, a la hora de articular un proyecto de inversión privada en infraestructuras a través de una operación de PPP, resulta fundamental contar con un claro conocimiento de: a) quiénes serían los posibles participantes en los proyectos que se pretenden licitar (constructoras, operadoras, instituciones financieras, etc.), b) cuáles son sus expectativas básicas para participar en este tipo de procesos, y c) cuáles son los roles que se esperaría por la Administración que se cumplan por parte de ellos; y a partir de allí, prevenir o conocer probables focos de conflicto y sus posibles consecuencias en caso de que andado el proceso, se verifiquen expectativas insatisfechas de uno o más de dichos actores).

En general, existe consenso en cuanto a que la implantación exitosa de un proceso de tales características está determinada por la satisfacción de los intereses o expectativas básicas de los actores principales de estos procesos (Estado, agentes privados y usuarios). Para que los mismos prosperen y se desarrollen con eficiencia y eficacia, se requiere de la actuación coordinada de aquellos. Todos aportan elementos que son imprescindibles, y que actúan como una suerte de requisitos mínimos para la implementación adecuada de estos proyectos.

Dentro del sector privado, los promotores son los “empresarios” del proyecto y, en definitiva quiénes deben “crear” los mismos. Estas entidades participarán intensamente en la ejecución del proyecto en su fase inicial, y su capacidad para cooperar entre sí y obtener la participación de otros potenciales socios de reconocido prestigio y solvencia internacional, será esencial para la oportuna y exitosa terminación y puesta en marcha de las infraestructuras. La expresión “promotores” comprendería a las empresas constructoras, proveedoras de equipamiento e instalaciones, grupos o sociedades de capital-riesgo y, no siempre necesariamente, operadores y financiadores (éstos últimos comúnmente asociados a operaciones de capital-riesgo)

El primer requisito que se le exige es que tenga capacidad suficiente para construir, montar y operar las infraestructuras a su cargo con eficacia y eficiencia. Por otra parte, también se les exige una determinada capacidad financiera para comprometerse como “inversores” del proyecto (fundamentalmente, inversores de capital o “equity”).

Por un lado, los promotores deberán comprender que se requiere de su parte que gestionen los proyectos concedidos sobre la base de principios comerciales, que asuman riesgos y, en definitiva, que actúen sujetos a las implacables reglas del mercado en lo que hace a la recuperación de su inversión dentro del período de vigencia del contrato; que introduzcan cambios tecnológicos en la explotación, que reduzcan costos, que flexibilicen los servicios prestados en función de los cambios en la demanda; y que no pueden pretender que el 100% de la financiación se aporte a través de entidades financieras y/o mercados de valores. Su compromiso directo como inversores en determinadas fases críticas del proyecto es esencial.

Por otro lado, también es cierto que el interés de los promotores en participar en este tipo de proyectos se hará efectivo en la medida en que los mismos sean tanto o más atractivos desde el punto de vista de las cuatro expectativas básicas de inversión (liquidez, seguridad jurídica, riesgo y rentabilidad), que otros proyectos de similares características a los que habitualmente canalizan sus inversiones, ejecutados en entornos macroeconómicos y políticos también similares.

A su vez, los agentes financieros -expresión bajo la cual se engloba a los proveedores de financiamiento con destino a proyectos de inversión en infraestructuras públicas, y que entre otros son los Organismos Multilaterales, Agencias de Cooperación Financiera Internacional, Bancos comerciales, Bancos de inversión, Fondos de Inversión, Fondos de Pensión, Compañías Aseguradoras, Agencias de Crédito a la Exportación, etc.- constituyen una pieza clave en la estructuración de este tipo de procesos; especialmente, en aquellos grandes proyectos de inversión como los que frecuentemente tienen lugar a través de concesiones. Es más, para llevar a cabo una política adecuada de financiación privada de infraestructuras es fundamental incluir al sistema financiero en este negocio subyacente a los contratos de PPP. Ocurre que hoy son de tal magnitud las inversiones requeridas para buena parte de los proyectos que resulta muy difícil obtener los fondos necesarios de las empresas promotoras; que por cierto, lo suyo no es financiar sino construir, operar y proveer equipamiento.

Ahora bien; el interés de los inversores en financiar un determinado proyecto de infraestructura se hará efectivo en la medida en que el mismo sea tanto o más atractivo que otros proyectos, instrumentos y sectores de la economía hacia donde habitualmente canalizan sus recursos financieros. Y para efectuar dicho análisis partirán, fundamentalmente, de la ponderación de las cuatro variables básicas y propias de todo acto de inversión: a) seguridad jurídica, b) riesgo, c) rentabilidad, y d) liquidez.

Por lo general, en países que cuentan con sistemas poco desarrollados de participación privada en este tipo de proyectos, quienes estructuran e implementan los mismos no suelen otorgarle mayor trascendencia a los agentes financieros y, evidentemente, a lo que son sus expectativas básicas. Sin embargo, dada la complejidad y características de las financiaciones que actualmente se emplean para este tipo de proyectos, que influyen decisivamente en los mismos y pueden llegar a configurarlos otorgándoles un perfil específico, se debería considerar a los agentes financieros como parte interesada independiente, al menos para el proceso de preparación y viabilidad de la operación de

PPP, ya que sin su aquiescencia a los modelos planteados, la viabilidad será discutible, por no decir imposible (¹⁸⁵), al faltar una fórmula adecuada de financiación para el proyecto.

Más allá de que unos y otros tipos de actores participen formalmente en diferentes instancias del proceso, lo cierto es que se recomienda fuertemente que, en las fases iniciales del proceso, se efectúen los respectivos contactos y sondeos a nivel de promotores e instituciones financieras –o asociaciones o grupos representativos de éstos-, nacionales o internacionales, a fin de evaluar el grado de interés de unos y otros y especialmente, los requerimientos esenciales para una adecuada financiación de los proyectos.

5.2.2 Expectativas básicas de los agentes privados involucrados en los proyectos de PPP

Los proyectos de inversión en infraestructuras públicas constituyen, como se ha dicho, negocios económico-financieros de características muy peculiares. Todos aquellos que aporten fondos con destino a su financiación serán, en buena medida, “socios” del proyecto y, por tanto, interesados directos en su adecuado desenvolvimiento.

Sin financiamiento no hay proyecto; por tanto, su diseño debe abordarse a partir de los requerimientos de los agentes financieros y/o inversores de los mercados financieros internacionales y potenciales proveedores de financiamiento con destino a este tipo de proyectos. En efecto, la vinculación entre uno y otro extremo de la relación es tan grande que sería impensable la posibilidad de lanzamiento de proyectos de dicha naturaleza bajo fórmulas económico-financieras que no fueren plenamente adaptables a los estándares internacionales.

En efecto, en un contexto tremendamente competitivo en la búsqueda de capitales como en el que estamos es fundamental, para atraerlos hacia proyectos en América del Sur, dar satisfacción a las expectativas básicas de los agentes del sector privado involucrados en este tipo de proyectos.

Como regla Así, el interés de éstos en participar en un determinado proyecto en la región se hará efectivo en la medida en que el mismo sea tanto o más atractivo que otros proyectos, instrumentos y sectores de la economía hacia donde habitualmente canalizan sus recursos financieros. Y para efectuar dicho análisis partirán, fundamentalmente, de la ponderación de las cuatro variables básicas y propias de todo acto de inversión, que son a) seguridad jurídica, b) liquidez, c) riesgo y d) rentabilidad; enfocadas sobre las

¹⁸⁵ Existen opiniones muy específicas en este sentido; tanto, que dan lugar a pliegos de bases que, para proyectos –como los de concesión, por ejemplo- que demandan inversiones de gran envergadura, establecen que los agentes financieros potencialmente ligados a la financiación de tales proyectos deban asistir a la instancia del *data room* del procedimiento licitatorio y dar su conformidad a las condiciones del pliego, llegándose, en algunos casos, a extremos en los que se ha establecido que sin la conformidad de sus respectivos agentes financieros, los licitantes precalificados no quedan habilitados a seguir en el proceso de licitación.

peculiares características del negocio que subyace detrás de los contratos de PPP, según el tipo de operación que en particular se implemente (¹⁸⁶).

A los efectos de clarificar la presentación de dichos requerimientos esenciales, los mismos son enfocados a partir de la instrumentación de un contrato de concesión, pues se trata ésta de la variante que mayores complejidades presenta en su instrumentación, de los diferentes modelos de PPP antes enunciados. A partir de allí, las conclusiones que se formulen, serán aplicables, en lo compatible, a las demás modalidades PPP antes enunciadas (numeral 3. precedente de este estudio).

5.2.1.1 Seguridad jurídica

En general, la expectativa de “seguridad jurídica” alude al requerimiento de los inversores de la existencia de un marco jurídico confiable y adecuado para una eficiente canalización de sus inversiones, y para su recuperación -dentro de ciertos parámetros- en los términos inicialmente pactados.

El elemento reseñado puede analizarse desde la perspectiva de las relaciones a) “concedente – concesionario”(o sea, los promotores del proyecto luego de haber suscrito el respectivo contrato de concesión), b) “concesionario – instituciones financieras”, y c) “concedente – instituciones financieras”. Si bien los agentes financieros son ajenos a la primera de dichas relaciones, es evidente que son afectados por la forma en que se desarrolle la misma.

A. Relación “concedente – concesionario”

Desde esta perspectiva, los requerimientos fundamentales tanto del promotor o concesionario y de sus agentes financieros pasan, básicamente, por

- a. el establecimiento de un marco regulatorio – contractual para la operación lo suficientemente claro y estable, con la flexibilidad necesaria para procesar los ajustes requeridos durante la “vida” del contrato, y el cumplimiento riguroso del mismo por parte de la Administración;
- b. la implementación de procedimientos licitatorios de carácter objetivo, transparentes, ágiles y de rápida ejecución;
- c. el mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, en los términos previstos en cada caso;
- d. el funcionamiento de apropiados mecanismos de regulación y control post-contrato sobre la actividad del contratista, fundamentalmente ejercido a través

¹⁸⁶ Véase al respecto ARAGONE RIVOIR, Ignacio en “Desarrollo de infraestructuras públicas en Latinoamérica a través de concesiones: pautas para el diseño de proyectos financiados”; en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo VIII; Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000.

de adecuadas metodologías, técnicas e instrumentos apropiados, y bajo esquemas de contención de la discrecionalidad administrativa en tales casos; y

- e. la previsión de sistemas de resolución de controversias derivadas de la aplicación del contrato ágiles y eficientes.

Sobre tales puntos no cabe la pena extenderse en mayores comentarios, habida cuenta que los aspectos que constituyen el substrato de dichas consideraciones, ya fueron tratados en el numeral 5.1 anterior al enumerar los recomendaciones para la eficaz y eficiente estructuración de operaciones de PPP.

B. Relación “concesionario – instituciones financieras”

Desde esta perspectiva, los requerimientos de ambas partes (pues los agentes financieros tendrán, en principio, mayor seguridad para la recuperación de los créditos y, por consiguiente, el concesionario podrá acceder a fuentes de financiación, en principio, a tasas de interés más bajas) pasan por una adecuada regulación de instrumentos de garantía de recuperación de los créditos tomados por el concesionario de los agentes financieros, así como de mecanismos ágiles de ejecución de las mismas en caso de incumplimiento del concesionario a su respecto.

Tal como se ha señalado precedentemente, en una operación de concesión, las infraestructuras concedidas constituyen bienes que integran, fundamentalmente, el *patrimonio estatal* (sea en carácter de bienes del dominio público o privado del Estado).

Esta circunstancia, tiene una incidencia notable en las técnicas de financiamiento susceptibles de ser utilizadas respecto de este tipo de proyectos, pues para contraer pasivos con destino a su financiación, al ser dichos bienes de titularidad pública, no pueden ser gravados con garantías reales constituidas por parte del concesionario. Por el contrario, el concesionario podrá financiar el proyecto constituyendo tal tipo de garantías sobre bienes propios y/o de terceros (por ejemplo, una prenda constituida sobre las acciones de la sociedad concesionaria de propiedad de los promotores del proyecto) con el consentimiento de éstos, y sobre la totalidad de los derechos emergentes del contrato de concesión, tales como, entre otros, el derecho de explotación de la concesión, los créditos, ingresos, o flujos de caja futuros provenientes de la explotación de la actividad principal objeto del contrato de concesión o de actividades conexas al mismo, así como sobre pagos o subsidios a percibir por el concesionario de parte del Estado.

Por las razones expuestas, la técnica usualmente utilizada para financiar infraestructuras básicas es la conocida como “*Project Finance*”, cuya característica principal consiste en que la misma se estructura y utiliza como garantía básica de la operación, el flujo de fondos (“*cash flow*”) generado como consecuencia de la explotación de la concesión (y, por tanto, sin perjuicio de otras medidas tendientes a añadir garantías adicionales - “*credit*

enhancement”- a efectos de mejorar los activos que constituyen el respaldo principal del financiamiento) (¹⁸⁷).

Así pues, el principal activo sobre el cual se finca la recuperación de la inversión efectuada es el conjunto de derechos emergentes del contrato; y cuya generación en los términos proyectados depende, en buena medida, de la actividad desempeñada por el contratista.

Por ello, es fundamental que por la vía de la regulación legal, reglamentaria o contractual de las concesiones, según el caso, se habilite:

- a. *la previsión de instrumentos adecuados para afectar, con fines de garantía, los derechos emergentes de la explotación del proyecto; lo cual es posible realizar en forma directa sobre tales derechos económicos mediante la constitución de garantías reales (“prenda de la concesión” (¹⁸⁸), “hipoteca de la concesión” (¹⁸⁹) o “prenda de los derechos económicos del concesionario emergentes del contrato de concesión” (¹⁹⁰), según las denominaciones aplicadas en los diferentes países de la región) sobre los mismos, o a través de la instrumentación de operaciones de cesiones fiduciarias con tal fin (fideicomisos de garantía) de dichos activos; o bien, en forma indirecta, a través de similares mecanismos a los antes enunciados pero, en lugar de hacerlo directamente sobre los derechos económicos emergentes del contrato, recayendo sobre las acciones de la sociedad concesionaria;*
- b. *la regulación de procedimientos ágiles para la constitución de dichos gravámenes, así como para su ejecución en caso de incumplimiento del*

¹⁸⁷ En efecto, en este tipo de financiamiento, más que en los bienes o activos generales o en la capacidad de endeudamiento de las entidades privadas involucradas en la ejecución del proyecto, los inversores basan la evaluación de su decisión de inversión en la capacidad de éste de generar el flujo de fondos suficiente para la cobertura de los gastos correspondientes, la remuneración del capital aportado al proyecto, y para la cancelación de los pasivos contraídos; y en la capacidad del proyecto de funcionar como una unidad autónoma o independiente. En definitiva, a través de esta técnica, el proyecto financiado puede ser llevado adelante por una entidad concesionaria que, al mismo tiempo ejecute otros proyectos, o bien, por una entidad jurídica con objeto social acotado al desarrollo de un solo proyecto en particular. La primera alternativa es menos recomendable que la segunda, y requiere que el proyecto (y sus activos y pasivos correspondientes) pueda ser segregables económicamente de los demás proyectos de una entidad determinada, de modo tal de lograr el propósito de aislar el riesgo del proyecto del de sus promotores.

¹⁸⁸ En este sentido, la legislación chilena a través del artículo 43 y concordantes del Decreto Supremo No. 900 de fecha 31/10/96 que fija el texto refundido del Decreto con Fuerza de Ley (DFL) del Ministerio de Obras Públicas No. 164 de 1991 – Ley de Concesiones de Obras Públicas, y del artículo 67 y concordantes del Reglamento del DFL MOP No. 164 de 1991 de fecha 6/10/97.

¹⁸⁹ En este sentido, la legislación peruana a través del artículo 3 de la Ley No. 26.885 de fecha 3/12/97.

¹⁹⁰ En este sentido, la legislación ecuatoriana a través del artículo 107 del Decreto Ejecutivo No. 2328 de fecha 2/12/94 – Reglamento General de la Ley No. 50 de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, de fecha 31/12/93 (LM).

contratista frente a sus agentes financieros; con acotamiento de la discrecionalidad de la Administración en tales casos; y para lo cual, deviene imprescindible una regulación adecuada de, básicamente, i) los requisitos formales y sustanciales a cumplirse en cada una de dichas instancias por parte de la Administración, y que su actuación se limite a efectuar un control de legalidad (vale decir, si se cumple o no con los requisitos exigidos en cada caso) (¹⁹¹), ii) los procedimientos administrativos que deben tramitarse efectos de obtener las respectivas autorizaciones en cada instancia, y iii) los efectos derivados de situaciones de “silencio administrativo” (esto es, cuando hubiere transcurrido un determinado plazo sin existir una respuesta –favorable o no- de la Administración), que a juicio de los Consultores, debería equipararse a una aprobación ficta o tácita; y

- d. *la previsión expresa del derecho de los agentes financieros a sustituir al concesionario en la explotación de la concesión*; sea para operar la misma por intermedio de terceras empresas subcontratadas para la ejecución de las fases de construcción y/o construcción, según los casos; sea para posteriormente ceder el contrato de concesión a un tercero con la autorización previa de la Administración, otorgada en los términos estipulados en el contrato) en caso de ejecución de dicha garantía. En tales casos, resulta absolutamente necesaria una adecuada regulación de i) los mecanismos necesarios para la sustitución del operador por los agentes financieros, ii) de las obligaciones que asumen éstos frente a otros acreedores del concesionario, y iii) de las consecuencias derivadas de los casos en que no ha tenido lugar dicha situación (sea por falta de ejercicio de la opción de sustitución por los agentes financieros, sea por incumplimiento de parte de éstos de los requisitos impuestos para que la misma tenga lugar), y de la forma en que se resarcirá a los acreedores ante tales circunstancias (¹⁹²).

C. Relación “concedente – instituciones financieras”

¹⁹¹ Ello implica que, a diferencia de los casos en que la Administración está habilitada a ejercer un control de legalidad y de mérito, si se cumplieran con todos los requisitos establecidos en la regulación para el otorgamiento de la autorización respectiva, la Administración debe necesariamente otorgar la misma, y no rechazarla alegando razones de “oportunidad” o “conveniencia”.

¹⁹² Al respecto, en opinión de los Consultores, se podría prever en la regulación (legal/reglamentaria o contractual, según los casos), que en caso de que tales acreedores no hagan uso de la opción citada o, ejerciéndola, la autorización correspondiente les fuere legítimamente denegada, la Administración deberá: a) rescatar la concesión para continuar por sí misma con la ejecución de las actividades objeto de dicho contrato, en cuyo caso deberá cancelar la totalidad de los pasivos existentes con dichos acreedores en la forma determinada en el contrato de prenda; o b) rescindir el contrato de concesión para efectuar un nuevo llamado a licitación dentro de un plazo determinado contado desde la declaración judicial o arbitral del incumplimiento del concesionario, y resarcir a dichos acreedores con el producto que eventualmente se obtenga de la misma, en carácter de pago inicial del concesionario relacionado con el valor no amortizado de la inversión efectuada por el anterior concesionario. En el caso de no poderse fijar el citado precio inicial, el nuevo concesionario quedará obligado a concertar con dichos agentes financieros la forma de resarcimiento de la deuda inherente al contrato de concesión, con carácter previo al inicio de sus actividades, pudiendo hacerlo mediante cualquier medio o acuerdo de pago admitido en derecho o por vía de un nuevo contrato de financiamiento de la concesión, incluso con los mismos agentes financieros.

En general, los marcos regulatorios de las concesiones o los contratos de concesión establecen la potestad de la Administración concedente de rescindir unilateralmente los mismos en caso de acaecimiento de determinados eventos como ser, entre otros, un incumplimiento calificado del concesionario, y rescatar, en consecuencia, la concesión.

En la medida en que, como se ha dicho, la única o principal garantía de recuperación de las inversiones por los acreedores es el *cash flow* del proyecto, a éstos les preocupa especialmente el riesgo de rescisión del contrato por dicha causa antes de que la totalidad de los pasivos hayan sido cancelados. Así, en caso de verificarse tales supuestos, estarán interesados en asegurarse la continuidad en la explotación de la concesión en forma rentable, pues de lo contrario, las garantías referidas en el numeral anterior tendrán una eficacia meramente relativa.

A tales efectos, es requerimiento usual –especialmente de parte de los agentes financieros, pero en interés también de los promotores por la razón de que, como ya se dijo antes, pueden acceder a fuentes de financiación en condiciones más favorables- que la regulación (legal/reglamentaria o contractual) prevea que, en caso de un incumplimiento del concesionario que diera lugar a la rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración y al rescate de la concesión, ésta otorgará a los agentes financieros acreedores del concesionario que hubieren financiado el proyecto a través de los instrumentos mencionados en el numeral B. anterior, el derecho a optar por asumir la explotación de la concesión a efectos de que: a) continúen con su explotación en forma directa o indirecta, o bien, b) asumir la explotación en forma transitoria para ceder, posteriormente y con la debida autorización de la Administración, el correspondiente contrato a un tercero.

En este caso, siguiendo la misma línea de comentarios expresados en el numeral B. anterior, el texto normativo debiera, a su vez, especificar: a) los procedimientos a seguir para la sustitución del concesionario, b) las causas por las cuales la Administración concedente podría rechazar al concesionario sustituto, c) las obligaciones que asume el concesionario sustituto y/o los referidos acreedores del concesionario respecto de los demás acreedores de aquél, y d) las consecuencias derivadas de la hipótesis en que los acreedores no hicieren uso de la opción propuesta por la Administración, entre otros aspectos.

Es asimismo importante regular los supuestos de interrupción de la actividad por el concesionario, de ocurrencia factible en casos como el antes referido. Una solución interesante en tal sentido, y de clara protección de los intereses de tales acreedores, podría consistir en establecer que hasta tanto no se arribe a la solución que en cada caso prevea la normativa aplicable, la Administración concedente procederá a designar a un interventor con experiencia en la actividad de que se trate, únicamente con facultades para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, y mantener el giro de dicho negocio.

5.2.1.2 Liquidez

En términos generales, la expectativa de “liquidez” respecto de una inversión alude al requerimiento por parte de los inversores de contar con la posibilidad de negociar (o “desinvertir”) la misma en cualquier momento, y sin que ello se derive necesariamente en un costo económico para ellos.

En el ámbito de la financiación privada de proyectos de inversión en infraestructuras, el término “liquidez” tiene connotaciones distintas, en función del tipo de inversor/agente privado –en sentido “amplio”- considerado, y desde cuya perspectiva se evalúe la inversión.

Así por ejemplo, desde la perspectiva del concesionario, la expresión “liquidez” alude al requerimiento de parte de éstos de, por un lado, a) poder transferir la concesión a un tercero, previo cumplimiento de ciertas condiciones y a través de procedimientos específicos expresamente regulados en las bases de la licitación y/o contrato de concesión; y b) poder ceder a un tercero todo o parte de los derechos de cobros futuros (esto, usualmente, en el marco de operaciones de securitización o titulización).

Desde el punto de vista de los promotores que integren la sociedad concesionaria en carácter de accionistas, la “liquidez” alude a la posibilidad de “salirse” de su participación social en la sociedad concesionaria una vez concluidas las actividades a su cargo en el marco del contrato de concesión.

Desde la perspectiva de quiénes revisten el carácter de accionistas de la sociedad concesionaria con carácter general, en cambio, la expectativa de “liquidez” dice relación con el requerimiento de parte de éstos de poder negociar su participación bajo ciertas condiciones y procedimientos preestablecidos, que deberán ser distintas dependiendo de que el accionista sea o no integrante del grupo de control de la sociedad concesionaria, según se verá más adelante.

Por último, en el caso de los agentes financieros acreedores del concesionario, la expectativa de liquidez refiere al requerimiento, de parte de éstos, de poder ceder sus correspondientes créditos a terceros conforme a los procedimientos habituales en función de la naturaleza de los instrumentos que documentan los mismos (contratos de préstamo, bonos u obligaciones negociables emitidos en régimen de oferta pública o privada, etc.).

La liquidez, pues, constituye un requerimiento básico en cualquier tipo de inversión, y más aún, respecto de las realizadas a largo plazo, como son las que tienen lugar, a través de diferentes mecanismos y por distintos agentes, en proyectos de financiación privada de infraestructuras. Cuando no se satisfacen adecuadamente los requerimientos de los agentes privados al respecto, ello se traduce, indudablemente, en sobrecostos financieros cargados al proyecto y, en definitiva, a los usuarios, según se ha expresado antes en este documento.

Veamos a continuación con más detalle los requerimientos de liquidez en dichas situaciones.

A. Liquidez en operaciones de financiación del concesionario

Para acceder a un adecuado financiamiento por parte del concesionario (o promotores) al sector financiero en términos de montos, plazos y costos implícitos, constituye un factor clave la existencia de una efectiva oferta de fondos que, en general, coincida con las características de la demanda de fondos para proyectos de inversión en infraestructuras públicas; que como vimos, es de largo plazo.

En general, en grandes líneas puede decirse que es regla del negocio bancario, que los plazos de los créditos otorgados deben guardar cierta nivelación con los plazos de los fondos tomados de terceros pues, de lo contrario, se generan riesgos de desequilibrio o descalce financiero o asincronía entre los plazos de sus activos y pasivos (“*gap funding*”).

Por ende, más allá de que existan alternativas razonables para financiar con cuantiosos volúmenes de recursos financieros, proyectos de concesión de infraestructuras a plazos de más de 15 años, es deseable la regulación de instrumentos y alternativas que permitan dotar de liquidez a los préstamos otorgados en tales casos. Así pues, la aplicación de técnicas de “desintermediación” y esquemas operativos que permitan la movilización de activos financieros de baja liquidez facilita, no sólo la posibilidad de eliminar riesgos de descalce financiero, sino también, entre otras cosas, la revolvencia de recursos financieros a tales entidades para atender nuevas demandas de financiamiento, así como la posibilidad de transferir a terceros los riesgos crediticios asociados a dichas inversiones.

Al respecto, cabe hacer referencia a las prácticas existentes en otros mercados financieros en materia de “securitización” (técnica también conocida como “bursatilización” o “titulización”) de activos (¹⁹³); proceso que ha revolucionado los mercados de valores de diversos países del mundo al contribuir enormemente a ampliar y profundizar el acceso a fuentes de financiamiento más cuantiosas y con mayor inclinación hacia las inversiones de largo plazo, a través de instrumentos que en la mayoría de las ocasiones son de menor riesgo que la inversión original, en función de las mayores coberturas o

¹⁹³ Al respecto puede consultarse, entre otros a: LISOPRAWISKY, Silvio y KIPER, Claudio en “Fideicomiso, Dominio Fiduciario y Securitización”, Ed. Depalma; Buenos Aires, 1995; CASAS SANZ DE SANTAMARIA, Eduardo, en “La Fiducia”; Ed. Temis, Bogotá, 1997; CARVAJAL CORDOVA, Mauricio en “Aspectos Jurídicos de la Titularización de Activos”, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1996; FABOZZI Frank J. y MODIGLIANI Franco: “Capital Markets” 2nd. Edition (International Edition); Ed. Prentice Hall, New Jersey, 1996; FABOZZI Frank J. y MODIGLIANI Franco: “Mercados e Instituciones Financieras”, Ed. Prentice Hall Hispanoamericana; México, 1996; MARTORELL, Ernesto Eduardo en “Tratado de los Contratos de Empresa”, Tomo II, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996; ALMOGUERA GOMEZ, Angel en “La titulización crediticia”; Ed. Civitas, Madrid, 1995; STONE, Charles, ZISSU, Anne, y LEDERMAN, Jess en “The Global Asset Backed Securities Market”; Ed. Probus Publishing Company, Chicago, Illinois, 1993; y BUJEDA LANZAS, Jesús en “Apuntes sobre la Bursatilización en México” en Estudio de Derecho Bursátil en homenaje a Octavio Igartúa Araiza”; Ed. Porrúa, México D.F., 1997.

mejoramientos crediticios que acompañan este tipo de operaciones (“*credit enhancement*”).

La expresión “securitizar” proviene de “*security*”, que significa “valor negociable”. En consecuencia, como su nombre lo indica, securitizar un activo o conjunto de activos consiste, en principio, en emitir valores negociables –con fluido mercado secundario- con la peculiaridad de que los derechos que otorgan a sus titulares (de crédito, de propiedad, etc.), tienen como respaldo el flujo de fondos generados por dicho activo o conjunto de activos. Por ello, en el derecho anglosajón, a los valores emitidos en un proceso de securitización se les denomina “*asset backed securities*”.

Una operación de securitización de préstamos con destino al financiamiento de proyectos de concesión, básicamente, podría articularse de la siguiente forma:

Los agentes financieros titulares de un préstamo contra la sociedad concesionaria lo ceden –y, con ello, no sólo dotan de liquidez a dicho activo sino que trasladan los riesgos asociados al mismo- a cambio de un precio a una entidad jurídica distinta –fondo de inversión o fideicomiso, según las previsiones normativas de los distintos países- al que se le denomina “vehículo con propósito especial” (“*special purpose vehicle*”). Al ingresar dicho activo financiero al patrimonio de esta entidad jurídica, la misma emite valores mobiliarios que coloca entre los inversores (tanto institucionales como minoristas) a través de los mercados de valores.

Los instrumentos emitidos, pueden dar lugar a un derecho de crédito contra la entidad jurídica emisora (“*asset backed bonds*”), un derecho de participación o de copropiedad sobre ese activo subyacente y, por ende, sobre los beneficios de éste (“*pass throughs securities*”), o a un derecho de carácter mixto (“*pay throughs securities*”). El ingreso proveniente del flujo de fondos generado por el activo subyacente (el préstamo al concesionario con todas sus garantías), se utiliza para atender el servicio financiero de los valores emitidos, constituyendo a su vez la garantía de su repago.

En función de la complejidad que entrañan las operaciones de referencia, es imprescindible contar con una adecuada regulación normativa, lo más clara y transparente posible, a fin de evitar posteriores cuestionamientos sobre la legitimidad o validez de las mismas.

B. Liquidez respecto de los derechos económicos emergentes del contrato de concesión

Los derechos económicos del concesionario emergentes del contrato de la concesión tales como los créditos, ingresos o flujos de caja futuros derivados de la explotación de la actividad principal objeto del contrato de concesión, de actividades conexas o de pagos o subsidios a percibir por el concesionario de parte del Estado, también ser transferidos a terceros (en estos casos, al igual que los anteriores, utilizando como SPV a un fideicomiso o fondo de inversión, según las legislaciones de los diferentes países) con el fin de ser securitizados.

A través de este tipo de operaciones, el concesionario logra hacer líquida su inversión en la concesión, pues a cambio de la cesión de todo o parte de sus derechos económicos obtiene el precio correspondiente y, a su vez, transferir determinados riesgos asociados a dicho tipo de operaciones; fundamentalmente, los vinculados a la explotación de la concesión (riesgos comerciales). En tales casos, el concesionario asumiría los riesgos y beneficios típicos de contratos “llave en mano” de obra (para la fase de construcción del proyecto de concesión), y de gestión de las infraestructuras concedidas (para la fase de explotación de la concesión).

En cuanto a la forma en que se puede implementar la operación, caben las mismas consideraciones efectuadas precedentemente; y los mismos comentarios en cuanto a la necesidad de regular los diferentes aspectos de la operación lo más claramente posible ⁽¹⁹⁴⁾.

C. Liquidez respecto del contrato de concesión

El diseño, la construcción y explotación de infraestructuras públicas constituyen -se ha dicho- proyectos de gran envergadura, expuestos a una amplia gama de riesgos, que requieren la inversión de ingentes sumas de dinero y que, en contrapartida, suelen conllevar largos períodos para la recuperación total de las inversiones efectuadas con más la rentabilidad correspondiente.

En períodos tan dilatados de tiempo puede producirse un sinnúmero de eventos (la casuística puede llegar a ser innumerable) que, de un modo u otro, lleven al concesionario a la conveniencia o necesidad de realizar anticipadamente su inversión en la concesión (por ejemplo, para acometer otro u otros proyectos de inversión; la existencia de variaciones en la composición del grupo o grupos a los que pertenecen los promotores accionistas de una determinada sociedad concesionaria que impliquen cambios de estrategia operativa y, por dicha causa, deban ceder un determinado contrato de concesión; la superveniente falta de interés de los promotores en permanecer ligados a una concesión por un período muy prolongado de tiempo; dificultades financieras del concesionario y/o sus accionistas integrantes de su grupo de control que ponga en riesgo el fiel cumplimiento del contrato de concesión; etc.)

Frente a tal estado de cosas, es evidente que las cesiones de contratos de concesión no deben verse como hechos extraordinarios -como usualmente ocurre en las tradicionales regulaciones legales, reglamentarias y/o contractuales de la figura de la concesión- (la mayor parte de las veces, como consecuencia de la tendencia a la asimilación de este tipo de contratos a otros modelos como los contratos de adquisición de bienes/servicios por el Estado), sino como supuestos de ocurrencia normal en este tipo de operaciones. Por otra

¹⁹⁴ Son pocas las legislaciones que regulan detalladamente la securitización de este tipo de activos, siendo el ejemplo más relevante el caso de Colombia, en donde a través de la Resolución No. 400 de fecha 22/5/95 de la Superintendencia de Valores de Colombia se regulan en detalle los procesos de titularización y los denominados “Fondos Comunes Especiales de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos”. En el reciente Proyecto de Ley de Concesiones y Modalidades Alternativas de Participación Público- Privada” a presentarse próximamente al Parlamento en Uruguay, se ha regulado también dicha posibilidad.

parte, bien vale tener en cuenta que por el mero hecho de que se procure por todos los medios posibles por parte de la Administración que a lo largo de todo el plazo de vigencia de un contrato de concesión permanezca el mismo concesionario original, no le asegura de por sí que el contrato vaya a ser cumplido fielmente por este último. Para ello existen otros mecanismos más eficaces que deben ser previstos en el propio contrato de concesión y/o en los acuerdos financieros suscritos entre el concesionario y los agentes financieros.

Así pues, partiendo de tales bases, las más modernas regulaciones de la figura de la concesión –al influjo de recomendaciones de organismos y agencias multilaterales como UNCITRAL, CEPAL, OCDE, BID, y Banco Mundial, entre otros-, vienen adoptando criterios cada vez más flexibles respecto a la admisibilidad de los supuestos de cesión de contratos de concesión.

Por cierto que la flexibilidad a la que internacionalmente se tiende no implica absoluta libertad para ceder contratos por parte de los concesionarios, sino el establecimiento de la posibilidad amplia de hacerlo, previo el cumplimiento de determinados requisitos establecidos de antemano, y procedimientos administrativos ágiles para la concertación de tales acuerdos. Con ello, se procura compatibilizar las necesidades del tráfico jurídico y económico actual antes expuestas, con el legítimo interés de la Administración en evitar que por la vía del abuso en la utilización de esta figura, se desvirtúen los objetivos perseguidos por la Administración en su día para la selección de sus co-contratantes.

En general, los marcos normativos de los diferentes países de América del Sur admiten la cesión de los contratos de concesión, condicionándolas a la autorización previa de la Administración quién, en general, se reserva absoluta discrecionalidad para resolver otorgar o denegar solicitudes en tal sentido.

Como regla general, a efectos de generar un entorno de mayor seguridad jurídica y transparencia para los agentes privados involucrados en este tipo de procesos, lo deseable sería el acotamiento de la discrecionalidad de que muchas veces goza de la Administración para el otorgamiento de las autorizaciones de cesión de contratos de concesión, debiendo regularse claramente:

- los requisitos formales y sustanciales que deben ser cumplidos por el concesionario para obtener una respuesta favorable de la Administración (control de legalidad), así como las causales de denegatoria o rechazo de su solicitud en tal sentido;
- el procedimiento a seguirse para la tramitación de dichas solicitudes de autorización (que debe ser ágil y transparente);
- los plazos en que debe pronunciarse la Administración y los efectos del denominado “silencio administrativo” (en cuyo caso, lo recomendable sería prever que, transcurrido un cierto plazo razonable desde que fue presentada la solicitud por el concesionario y sin haber tenido lugar un pronunciamiento

expreso de parte de la Administración, la solicitud de autorización se entenderá tácitamente -o “fictamente”- otorgada); y

- los mecanismos de que dispone el concesionario para impugnar la resolución de la Administración en caso de disconformidad con la misma (lo recomendable sería prever, en estos caso, la vía arbitral).

En lo que dice relación con los requisitos a exigirse para el otorgamiento de este tipo de autorizaciones, en las más modernas regulaciones existe consenso en cuanto a que debe procurarse el correspondiente balance entre los intereses de la Administración y de los agentes privados. La tendencia natural en la región a establecer pesadas cargas o excesivos requerimientos a los concesionarios para el otorgamiento de autorizaciones de cesión de contratos de concesión, debería sopesarse con los beneficios que, en última instancia, se derivarían para los usuarios (reducción de costos financieros del proyecto), como consecuencia de prever requerimientos acordes con las expectativas básicas de este tipo de agentes privados en materia de liquidez de su inversión.

D. Liquidez respecto de las participaciones accionarias en la sociedad concesionaria

a. Consideraciones generales

Según se ha señalado antes, una de las alternativas básicas de financiación de proyectos de inversión consiste en la realización de aportes de capital a la sociedad concesionaria. Por sus propias características y los indudables efectos positivos que esta vía de financiamiento produce en múltiples ámbitos (eleva el índice de ahorro interno, dinamiza la economía, desarrollo del mercado de valores, reduce el riesgo de quiebra de la concesionaria etc.), la misma es fomentada por los gobiernos de diferentes países.

Los proveedores de capital son quiénes asumen el mayor riesgo financiero. Al mismo tiempo, son quienes tienen la mayor participación en los beneficios del proyecto, una vez pagada la inversión inicial. Por tanto, de la misma forma en que existen inversores interesados en el fondeo de la sociedad concesionaria a través de operaciones crediticias, existen otros que, por sus propios perfiles de riesgo y de inversión, están interesados en realizar inversiones en acciones de compañías operadoras en sectores infraestructurales o estratégicos

Los proveedores de financiamiento crediticio y la Administración ven con agrado las inversiones sustanciales en el capital social, en la medida en que ayudan a reducir la carga del servicio de deuda del concesionario y sirven de garantía de tales pasivos.

Pero por otra parte, el hecho de contar con inversiones de capital de inversores en general es una posibilidad que interesará sobremanera a los promotores adjudicatarios del proyecto. Basta pensar simplemente en proyectos de concesión que demanden grandes montos de inversión, y en donde si no se logra una estructura adecuada de activos y pasivos, de existir un apalancamiento excesivo, el mayor precio requerido para la

financiación del proyecto a través de operaciones crediticias (tasas de interés) podría llegar a un punto tal, que retraería la inversión a través de dicha forma de financiamiento o bien haría inviable el proyecto mismo.

Ahora bien; los aportes de capital a la sociedad concesionaria pueden ser realizados tanto por los promotores adjudicatarios de la concesión, como por inversores en general; y eventualmente, también por parte del Estado, según se ha señalado antes en este documento.

La mayor parte del capital aportado al proyecto suele provenir de los promotores; esto es, las partes que se beneficiarán directamente con la operación del proyecto.

El grado de apalancamiento (determinado por la ratio recursos propios / recursos ajenos) de un proyecto de inversión en infraestructura es por lo general bajo durante la primer fase del mismo (etapa de construcción), en donde la proporción de financiación mediante aportes de capital a la sociedad promotora suele ser alta (¹⁹⁵).

Cuando se recurre a terceros en general para la colocación de acciones de la sociedad anónima concesionaria, en tal caso, los fondos pueden ser aportados tanto por inversores institucionales (“*institutional investors*”) como por inversores minoristas (“*retail investors*”).

Los primeros son aquellas entidades que encauzando grandes caudales de ahorro, en forma forzosa o voluntaria según los casos, llevan a cabo inversiones financieras con significativos volúmenes de recursos, propios o ajenos dependiendo del tipo de entidad de que se trate. Dentro de éstos, cabe hacer referencia a, entre otros, los Bancos de Inversión, Bancos Comerciales (¹⁹⁶), Fondos de Inversión, Fondos de Pensión o de Ahorro Previsional, Compañías Aseguradoras, etc. Por su parte, los inversores minoristas son aquellos pequeños ahorradores que canalizan sus fondos a las entidades emisoras de valores -en este caso, de acciones-, sea directamente, sea a través de inversores institucionales (por ejemplo, invirtiendo en un Fondo de Inversión que, posteriormente, hace posición en determinados valores) (¹⁹⁷).

¹⁹⁵ El grado de apalancamiento puede influir en el costo financiero del concesionario: un apalancamiento excesivo puede elevar los tipos de interés de los recursos ajenos a un punto tal en el que el proyecto resulte inviable. En general, el ratio promedio a lo largo del proyecto suele ser del orden del 10% - 90% al 30% - 70% según se ha señalado antes.

¹⁹⁶ La inclusión de los Bancos comerciales dentro de este elenco de inversores, obviamente corresponde en aquellos casos de países cuya regulación permite a dichas entidades tomar posición en instrumentos financieros o valores mobiliarios.

¹⁹⁷ La canalización de fondos mediante emisión de acciones colocada entre el público en general, usualmente tiene lugar luego de cumplida la fase de construcción y comprobada inicialmente la viabilidad del proyecto.

En cualquier caso, el precio de la inversión en acciones refleja el grado de riesgo asociado a dicha inversión.

Con ello se consigue no solamente cumplir con el requerimiento establecido en materia de realización de un aporte de capital mínimo a la sociedad concesionaria sino también, reducir el impacto financiero del servicio de deuda y el grado de apalancamiento –cuando es excesivo- que un proyecto pueda tener. Por otra parte, se generan instrumentos financieros como alternativas de inversión para la comunidad, que permiten dinamizar la economía y elevar el índice de ahorro interno en el país.

Hasta hace algún tiempo, como consecuencia del fracaso de determinados proyectos el sector privado se mostraba reacio a participar a través de la inversión en acciones. No obstante, en los últimos tiempos, ha vuelto a participar a través de fondos especializados en infraestructuras en sectores estratégicos, como lo evidencian ciertos proyectos de concesiones de terminales de contenedores en países asiáticos. En este sentido, en los mercados financieros internacionales existen Fondos de Inversión cuyo objeto consiste en realización de inversiones en acciones de entidades gestoras de proyectos de desarrollos de infraestructuras; varias de ellas focalizadas en países de economías “emergentes”. Estos inversores institucionales tuvieron un crecimiento explosivo en los últimos años como consecuencia de la tendencia desreguladora de estos sectores, hasta que fueron drásticamente afectados por una serie de crisis financieras internacionales que comienzan en la pasada década del 90 con la desencadenada a partir de la mexicana (popularmente conocida como “efecto tequila”). Dentro de ellos, existen Fondos de Inversión en proyectos de infraestructura en general, así como también, otros especializados en sectores infraestructurales específicos (dentro de estos últimos prevalecen los del sector energético).

Ahora bien, para acceder a ese mercado a largo plazo, es necesario prever instrumentos financieros para la canalización de tales inversiones –en el caso, acciones- que tengan liquidez. Por más estrategia de inversión a largo plazo que pueda tener un determinado inversor, es vital para sus intereses saber que cuando lo desee, pueda negociar libremente dicha inversión en un mercado secundario.

b. Requerimientos básicos

En este sentido, se considera que, sobre la base de permitir que en el capital de la sociedad concesionaria participen accionistas ajenos al grupo promotor (por más de que éstos deban tener el control de la sociedad), y de que los intereses de unos y otros en el proyecto son diferentes, debieran establecerse regímenes diferenciales para la transferencia de las participaciones accionarias en uno y otro tipo de situaciones.

i. Participaciones accionarias pertenecientes al grupo promotor

En general, las regulaciones legales/reglamentarias o contractuales, en lugar de requerir que la totalidad del capital integrado sea de titularidad de los promotores (como ha ocurrido en varios casos de proyectos de estas características en infraestructuras de transporte en América del Sur), debieran fijar un porcentaje del capital integrado que, como mínimo debieran aportar los integrantes del grupo oferente –por ejemplo, en

función de sus porcentajes de participación en dicho grupo- de modo tal que les otorgue el control societario (al que denominaremos “paquete de control” ⁽¹⁹⁸⁾).

El resto del capital integrado de la sociedad concesionaria, podría ser integrado tanto directamente por los promotores como canalizado desde los mercados de valores locales y/o internacionales, estando sujeto al régimen que se describe seguidamente.

Si bien es de total lógica establecer restricciones respecto a la transferencia de las acciones que representan el referido capital integrado mínimo, sería una alternativa conveniente en aras de una mayor eficiencia en la asignación de las inversiones por esta vía, establecer determinadas medidas que permitan flexibilizar tales restricciones en algunos casos.

En este sentido, podría establecerse que una vez cumplida a conformidad una determinada fase del proyecto, o bien, con posterioridad al transcurso de un cierto tiempo después de ello, el integrante del grupo promotor responsable del desarrollo de dicha fase, quedara facultado para transferir libremente su participación en el capital mínimo. Pongamos como ejemplo en tal sentido el caso de las empresas constructoras o proveedoras de equipos, que por la dinámica de los negocios y la circunstancia de que no poseen recursos financieros ilimitados, necesitan salir de dicha inversión una vez cumplidas las fases o actividades a su cargo para acometer nuevos proyectos.

Otras alternativas pasarían por establecer, con carácter general, los requisitos, condiciones, y procedimientos a seguir para que los titulares del paquete accionario de control, puedan transferir en todo o en parte sus respectivas participaciones a terceros. En este sentido, tales aspectos deberían ser regulados sobre la base de los mismos parámetros antes mencionados para la regulación de las situaciones de cesión de contrato de concesión; en el entendido de que la transferencia de dicho paquete accionario en su totalidad, en los hechos, constituye una vía de “cesión indirecta” del contrato (permanece intacta la figura del concesionario pero cambian las personas que están detrás y que, en definitiva, fueron a quiénes se les adjudicó el respectivo contrato de concesión).

ii. Participaciones accionarias pertenecientes a inversores en general

La transferencia de estas acciones debiera ser libre, pues no tiene mayor sentido establecer restricciones en estos casos. De lo contrario podría llegar a ser inviable, en los hechos, esta vía de financiamiento de proyectos de concesión, pues pese a que existan

¹⁹⁸ En relación al punto, las soluciones pueden variar dependiendo de las circunstancias de cada caso en concreto. Podría, por ejemplo, seguirse el criterio de que el tipo de control que debiera ejercer el grupo promotor o “núcleo duro” de la concesión, sea de carácter “interno” y “de derecho”, lo cual se obtendría a partir de una participación accionaria no inferior al 51% de la totalidad del capital integrado de la sociedad. En otros casos, considerando los ausentismos frecuentes a las sesiones de Asambleas de Accionistas (y en el entendido, también, que la tenencia de acciones de la sociedad concesionaria está fragmentada en un mayor número de manos), podría preverse un tope menor al mínimo exigido; fijándose un porcentaje tal que le permita al grupo ostentar un control “interno” y “de hecho”, lo que en determinadas circunstancias, podría tener con una participación de, digamos, un 35%.

inversores con estrategias a largo plazo y con la intención de permanecer en la posición hasta el vencimiento de la misma, igualmente quieren tener la certeza de que si quisieran negociar su inversión en cualquier momento, así pueden hacerlo.

5.2.1.3 Riesgo

Con un alcance muy general, el riesgo puede definirse como la probabilidad de ocurrencia de un determinado evento (acto o hecho) que se traduzca en un daño o pérdida.

Sin lugar a dudas que, como ya se ha señalado antes, uno de los aspectos esenciales a la instrumentación de proyectos de concesión pasa por la realización de adecuados análisis de riesgos implícitos en la operación que se pretende instrumentar, así como de los posibles mecanismos y alternativas existentes para más eficaz y eficiente gestión.

Una distribución adecuada de los riesgos de un proyecto de concesión constituye un factor esencial para reducir sus costos y garantizar el éxito de su ejecución.

Para ello, es fundamental la consideración y comprensión de los intereses de las diferentes partes involucradas en el proyecto, y su visión o perspectiva acerca del mismo (en el caso en particular, acerca de qué tipo de riesgos están dispuestos a asumir y a qué costos); lo cual pone de manifiesto la importancia, en la estructuración de un proceso de concesión, de prever diferentes instancias de participación de dichos actores en el mismo, como se ha señalado en recomendaciones anteriores, a fin de tener la certeza de trabajar, en este proceso, de cara a la realidad (¹⁹⁹). En esencia, dichas partes son: a) Administración concedente; b) promotor – futuro concesionario (puede estar conformado por uno o más de las entidades referidas en los literales c. a e. siguientes); c) empresas constructoras; d) empresas operadoras; e) organismos financieros multilaterales e instituciones financieras nacionales e internacionales; f) usuarios; y g) tras entidades públicas nacionales o municipales con competencia en determinados aspectos o fases del proceso

Básicamente, los tipos de riesgos presentes en un proyecto de concesión de infraestructuras viales son los siguientes: a) riesgo de desarrollo (“*development risk*”); b) riesgo de diseño y construcción (“*design and construction risks*”); c) riesgo de puesta en marcha (“*start – up risk*”); d) riesgo político (“*political/country risk*”); e) riesgo

¹⁹⁹ La práctica internacional pone de manifiesto de forma invariable la existencia de proyectos de concesión que, al estructurarse por la Administración “de espaldas” a las expectativas básicas de las demás partes del proyecto, tienen por resultado el desinterés de parte de éstas, siendo en consecuencia postergados sucesivamente los plazos de presentación de ofertas, hasta, finalmente, terminar por declararse desiertos ante la falta de ofertas. En estos casos, el impacto negativo de la ineficiencia en la estructuración del proceso no se limita a dichos proyectos en particular, sino que tiene repercusiones importantes en la imagen de la Administración Pública en su conjunto en dicho país, y obviamente, tenderá a opacar la percepción pública de proyectos de concesión lanzados en el futuro por el mismo Gobierno; ni que decirlo, si la operación ya viene precedida de otros fracasos, en el mismo u otros sectores distintos.

institucional (“*institutional risk*”); f) riesgo regulatorio (“*regulatory risk*”); g) riesgo de mercado (“*traffic risk*”); h) riesgo de sobrecostos operativos (“*operating overrun cost risk*”); i) riesgo tarifario (“*tariff risk*”); j) riesgo financiero (“*financial risk*”); k) riesgo cambiario (“*currency risk*” o “*monetary risk*”); l) riesgo medioambiental (“*environmental risk*”); m) riesgo de impacto social derivado de reformas estructurales generadas como consecuencia de la implementación de procesos de concesión de infraestructuras portuarias (“*social risk*”); n) riesgo de falta de provisión pública de bienes o servicios (“*procurement risk*”); y o) riesgo de caso fortuito o fuerza mayor (“*force majeure risk*”).

Ahora, en el proceso de asignación de riesgos, debe ponderarse especialmente los intereses de i) la entidad concedente, ii) el promotor, y iii) los agentes financieros. En sentido lato, como ya se ha señalado, todos ellos conforman una auténtica “asociación de intereses público - privados”, en la que son colaboradores en el buen fin del proyecto.

Entre ellos, es usual que se planteen situaciones de conflictos de interés en la fase de asignación de riesgos, pues tanto una como los otros tratarán de cubrirse de todos los riesgos posibles. Así, en tanto los agentes privados requerirán condiciones que la entidad concedente considere inaceptables, ésta, a su vez, establecerá condiciones que aquellos juzguen inconvenientes.

Ocurre muchas veces en este tipo de situaciones que el Estado –en general- tiende a sobreprotegerse en materia de riesgos y, por ende, a trasladar todos los posibles a los agentes privados. Se pierde de vista que si la inversión es importante para el Estado, mucho más lo es para los agentes privados, y que para asumir riesgos mayores -aún cuando puedan adoptar medidas para mitigarlos (por ejemplo, a través de la contratación de seguros)-, éstos demandarán niveles de rentabilidad muy superiores (que incluye no sólo lo correspondiente a la cobertura puntual de los riesgos asumidos, sino también, un “plus” en carácter de “prima de riesgo”), lo que implicará un encarecimiento innecesario del proyecto ⁽²⁰⁰⁾, según se ha mencionado antes.

Por otra parte, cabe pensar que ese superior costo financiero derivado de la mayor transferencia de riesgos a los agentes privados, se compensaría por la circunstancia de que el Estado -y, por tanto, la colectividad- estaría reduciendo su exposición a los mismos. En este caso, lo importante es determinar si los sobrecostos compensan los riesgos que se transfiere.

En todo caso, debe tenerse presente en el diseño financiero del proyecto de inversión que los inversores que aporten fondos con destino al mismo han de requerir la obtención de una tasa de rentabilidad libre de riesgo equiparable a otras alternativas similares que ofrezca el mercado. Si el conjunto de circunstancias contempladas hace a este tipo de inversiones demasiado riesgosas frente a otras opciones de inversión de similares características, los fondos no serán obtenidos.

²⁰⁰ Desde un punto de vista conceptual, existe una relación de proporcionalidad directa entre el riesgo y la rentabilidad, pues a mayor riesgo, mayor será la rentabilidad exigida por los inversores.

En suma, como se viene de manifestar, una apropiada distribución de riesgos constituye una cuestión clave para el buen fin de un proyecto de concesión, y un requerimiento básico de los agentes del sector privado. Cuando, por el contrario, dicha distribución se realiza en forma inadecuada, la misma puede comprometer la viabilidad financiera de dicho proyecto o dificultar una gestión eficiente de los mismos, incluso al punto de generar el desinterés de los agentes privados. En relación al punto, nos remitimos a lo expresado en el numeral 5.1.2.7 de este documento.

5.2.1.4 Rentabilidad

La expectativa de “rentabilidad” del concesionario, refiere al requerimiento por parte de éste de que la inversión realizada en el proyecto de concesión tenga la capacidad de incrementar su respectivo patrimonio en forma proporcionalmente directa al riesgo asociado a la misma.

La rentabilidad es en definitiva, el “precio” requerido por el concesionario en contrapartida de su inversión y operación, y para establecer ese precio respecto de cada proyecto en particular y frente a los financiadores del mismo, a los que el inversor debe asegurar los pagos de su financiación, es fundamental que estén claramente identificados los riesgos que afectan el proyecto en cuestión, y definida la forma en que se realizará su asignación entre las partes, según se ha señalado antes.

En el ámbito de proyectos del sector del transporte y, específicamente, en materia de concesiones viales, o portuarias, por ejemplo, la rentabilidad de los proyectos ofrece la seguridad adicional de que las inversiones son de larga vida, y que los avances tecnológicos no influyen de forma determinante en la depreciación por obsolescencia las infraestructuras, como ocurre en otro tipo de actividades, (por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones) sino más bien en los equipamientos, en determinados casos, que tienen un tratamiento de amortización diferente. Por ello, los valores residuales de la inversión son grandes y con ello mejoran las condiciones de garantía de la financiación, aunque a los financiadores no les agrada ampliar los plazos de sus préstamos, dado que en ese tiempo adicional, mantienen su riesgo en el negocio, lo que no les interesa si pueden lograr la misma operación de financiación en un plazo más corto. Pero de todas formas, el tratamiento de los riesgos no es tan drástico como en otros negocios y, máxime, si el contrato de concesión recoge garantías para el financiador en caso de fallo del contratista en el pago de sus deudas o en el cumplimiento del contrato.

En términos generales, en el ámbito de proyectos ejecutados a través de concesiones en América del Sur, son tasas internas de retorno mínimamente aceptables para agentes privados internacionales (que por otra parte, son quienes se involucran en los grandes proyectos), aquellas situadas en el entorno del 15% al 25%, según los casos (considerando las situaciones de países, y de proyectos en particular ejecutados en los mismos; incluso, en circunstancias excepcionales, el requerimiento en materia de TIR suele llegar a ser superior); elevadas, en general, si se consideran las TIR usuales para este tipo de proyectos en el mundo desarrollado (por ejemplo, en el ámbito de la Unión

Europea, los requerimientos estándares pueden oscilar entre el 7% y 10%, según los casos).

Sobre estas consideraciones corresponde hacer el distingo, entonces, entre los denominados:

- a. proyectos autofinanciables; que son aquellos en los que los fondos obtenidos a consecuencia de la explotación de la concesión son, por sí mismos, suficientes para cubrir los costos y gastos correspondientes a la ejecución del proyecto, la cancelación de los pasivos contraídos para financiar el proyecto, y la adecuada remuneración del capital aportado por los socios; y
- b. proyectos no autofinanciables; que son aquellos que por su escasa, nula o incierta rentabilidad, no son susceptibles de ser financiados por el sector privado, pura y exclusivamente sobre la base del *cash-flow* generado a partir de la explotación del proyecto.

Dentro de este tipo de proyectos cabe, a su vez, distinguir los siguientes:

- i. proyectos que no son autosustentables en ningún caso, razón por la cual, en la medida en que tengan una importante rentabilidad económica y social, debieran igualmente ejecutarse financiados totalmente por el sector público; y
- ii. proyectos que pudieran llegar a ser financiados fundamentalmente por los agentes privados en la medida en que -en función de su significativo impacto económico y/o social- se articule alguna modalidad de cooperación pública – privada a su respecto, con el objeto de mejorar las condiciones de inversión llevando el proyecto a estándares aceptables para aquellos (elevando la rentabilidad esperada y/o reduciendo la incertidumbre) en función del tipo de inversión a realizar.

El ámbito típico para la articulación de esquemas de “contribución pública” o “ayudas públicas” (a las que antes hacíamos referencia), como también se les suele denominar, es, precisamente, este último tipo de proyectos; y será un requisito ineludible para que tenga lugar la participación privada en aquellos casos en que se vislumbran como de elevado riesgo o baja rentabilidad (²⁰¹). Es más, la tendencia a la exigencia de este tipo

²⁰¹ En general, son numerosos los casos de proyectos que la comunidad está demandando, y que a pesar de ser rentables desde el punto de vista económico y social, no pueden llevarse a cabo por no presentar una rentabilidad financiera aceptable para los agentes privados. Es precisamente en estos casos cuando está plenamente justificada la aplicación de nuevos sistemas de financiación mixta o compartida entre el sector público y el privado; los cuales tratan de compatibilizar los objetivos socioeconómicos que persigue la Administración Pública con los estrictamente financieros del sector privado, quebrando así el tradicional antagonismo que ha venido enfrentando a los partidarios de la financiación estrictamente pública con los defensores de la financiación privada.

En definitiva, la participación que asuma el Estado en tales casos, tendrá el carácter de compensación por los beneficios sociales o económicos que obtiene con el desarrollo de los respectivos proyectos, y

contribuciones o apoyos públicos, es hoy, la tendencia, respecto de grandes proyectos de inversión en infraestructuras; sobre todo, a partir de los desastres financieros provocados a partir de algunas experiencias de concesiones en Europa como el caso comentado del Eurotúnel.

Ahora bien, no es posible afirmar que exista una modalidad de participación pública aplicable con el mismo éxito en todos los casos. Deben analizarse uno a uno para, posteriormente, a través de la aplicación de adecuadas metodologías en aras de proteger los legítimos intereses de todas las partes (Estado, usuarios, contribuyentes, agentes privados), determinar la fórmula más idónea en cada caso.

En general, en el ámbito de proyectos de concesiones viales, podrían asumir alguna de las siguientes modalidades:

- a. realización de aportes de capital a la sociedad concesionaria;
- b. otorgamiento de subsidios en dinero o recursos financieros equivalentes a la sociedad concesionaria, en forma de una partida fija o variable, con carácter general o ante la ocurrencia de determinadas circunstancias (“cláusula gatillo”);
- c. otorgamiento de anticipos al concesionario, que deben restituirse por éste en caso de verificarse determinadas circunstancias;
- d. otorgamiento de préstamos subordinados al concesionario, a tasas de intereses significativamente inferiores a las del mercado;
- e. garantía estatal de percepción de un nivel mínimo de ingresos por el concesionario;
- f. garantía o aval otorgado por el Estado en beneficio de determinados acreedores a fin de asegurarles el repago de los pasivos contraídos con éstos por el concesionario a efectos del financiamiento de la concesión;
- g. otorgamiento al concesionario del derecho a explotar líneas de negocio conexas al objeto principal de la concesión (por ejemplo, áreas destinadas a esparcimiento como hoteles y restaurantes; publicidad; emprendimientos urbanísticos; puertos secos; zonas francas; gestión de tendidos de cables de fibra óptica a los márgenes de las vías; etc.)⁽²⁰²⁾ ⁽²⁰³⁾;

permitiendo de esta forma que los promotores o concesionarios que intervengan alcancen una adecuada tasa de rentabilidad, al mismo tiempo que los niveles tarifarios sean adecuados para los usuarios.

²⁰² Beneficios de dicho tenor se han previsto, por ejemplo, en materia de proyectos de transporte transnacionales en América del Sur, en el artículo 18 del Tratado entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina para la construcción de un puente sobre el Río de la Plata, según el cual, “el concesionario podrá utilizar las estructuras del puente para apoyar instalaciones propias o de terceros, de transmisión y transporte de energía, líquidos, gases y otras sustancias, de conformidad con lo que se

- h. otorgamiento de varias concesiones a un mismo concesionario, a fin de compensar los flujos deficitarios de alguna o algunas de ellas con el superávit producido por las más rentables (subsidios cruzados); sea en el mismo subsector (o sea, conectando dos o más proyectos viales); sea en el ámbito de diferentes subsectores (por ejemplo, que la concesión de todo o parte de los tramos viales menos rentables, se ligen a uno o más proyectos de concesiones portuarias);
- i. acuerdo para la reversión onerosa al vencimiento del contrato de ciertas infraestructuras, instalaciones y/o equipos afectados a la concesión;
- j. otorgamiento de exoneraciones tributarias; y
- k. otorgamiento de otros tipos de beneficios que sin ser contribuciones directas o indirectas del Estado, constituyen autolimitaciones impuestas a su accionar en beneficio del concesionario, como ser derechos de preferencia para la explotación de determinadas concesiones en el futuro, o exclusividad bajo determinadas condiciones, etc..

5.3 Mejores prácticas aplicables a proyectos transnacionales – Recomendaciones específicas

5.3.1 La consideración de los proyectos transnacionales en el ámbito de la Unión Europea

establezca en el contrato de concesión. El concesionario podrá, asimismo, prestar en el área delimitada conforme a lo previsto en el artículo 6 párrafo 2, servicios relacionados con el uso del puente tales como la explotación de lugares de comida, tiendas libres de impuestos o estaciones de servicios, de conformidad con lo que se establezca en el contrato de concesión”.

²⁰³ Otras variantes allí citadas en relación a este tipo de contribución estatal a proyectos de inversión en infraestructuras públicas, es la conocida en la literatura anglosajona como técnica de “*development gain*”, o “ganancias de desarrollo inmobiliario”, respecto de la cual ISRAEL señala el siguiente ejemplo en el continente asiático: “Using this technique, some of the positive externalities of new infrastructure investment are internalized by giving the private investor the right to develop adjoining property and thus enjoy some of the benefits the investment creates - notably higher property values. This technique, which requires large land holdings and a sophisticated property development sector, has been used successfully in Hong Kong and is proposed in Thailand. Hopewell Holdings, one of the major players in BOTs has gained cabinet-level approval on a \$ 2.8 billion bid to span Bangkok with 60 kilometers of mostly elevated rail and 48 kilometers of highway. The proposal is for a BOT- like contract in which the government would provide neither equity nor financial guarantees. Hopewell would put in equity worth 10 to 15% of project costs and would earn much of its return through building and leasing retail space in the rail stations. Some income from the real estate developments would also subsidize rail fares. Hopewell would pay the state rail system which owns the properties, a fee for access to these properties over the anticipated thirty - year life of the contract”; en “Issues for Infrastructure Management in the 1990s”; World Bank Discussion Papers No. 171, pág. 62; Washington D.C., 1992.

Debido a su condición geográfica y al fuerte impulso de integración económica entre sus países, Europa es la región que ha desarrollado con mayor fuerza prácticas de coordinación para proyectos transnacionales, ya que sus países rápidamente han comprendido que la existencia de una apropiada infraestructura de transporte es la clave para el éxito futuro de los mercados internos y para la competitividad de toda la región.

Por esta razón, desde la conformación de la Unión Europea se han ido generando instancias de coordinación para abordar los proyectos de infraestructura de transporte desde una perspectiva sistémica, donde la priorización de proyectos es realizada en función de objetivos generales de la región y no de un país en particular.

En este contexto, la entidad responsable de definir las políticas y proyectos de infraestructura de transporte, es la Comisión de Transporte y Energía de la Unión Europea, la cual, con el objetivo de movilizar la inversión en infraestructura se ha puesto como meta una definición clara de cuáles son los proyectos prioritarios que tienen que estar funcionando para el 2010 y que sirven al transporte entre los Estados miembros y asegurar de esa manera el desarrollo sustentable de la región.

A partir de esta definición, esta comisión, dentro de otras tareas, estableció a principio de la década del 90 los lineamientos para el desarrollo de la red trans-europea de transporte y la priorización de sus proyectos. ⁽²⁰⁴⁾ A partir de estos lineamientos, los requisitos solicitados a los proyectos transnacionales seleccionados son que ellos tienen que contribuir a mejorar sustancialmente las condiciones de tráfico de los principales corredores transfronterizos, removiendo los cuellos de botella de las principales rutas y promoviendo la interoperabilidad entre las redes regionales, tomando además debida cuenta del medio ambiente.

Considerando estos criterios, esta comisión ha estado impulsando proyectos basados en una preselección propuesta por cada país miembro, teniendo en consideración los aspectos técnicos, ambientales y de financiamiento de cada proyecto.

Este último tema, el del financiamiento, ha sido uno de los principales obstáculos que enfrenta la Unión Europea en la actualidad, para llevar adelante este tipo de proyectos transnacionales, lo cual ha arrojado como resultado a la fecha que de la lista de proyectos programados para estar operativos el 2010, sólo un 20% está terminado.

Tradicionalmente este tipo de proyectos ha sido construido con financiamiento públicos sobre la base de tres fuentes de fondos: regional o local; nacional; y/o comunitario, por lo tanto, es la sociedad como un todo la que contribuye a su financiamiento. Sin embargo los fondos necesarios para desarrollar los proyectos más prioritarios de esta red trans-europea, superan los €10 billones, los cuales no pueden ser abordados sólo con

²⁰⁴ Los primeros proyectos identificados y que posteriormente han estado siendo materia de constante revisión, son los proyectos transnacionales propuestos en 1994 y 1996 en el Consejo Europeo de Essen y Dublín, respectivamente. Recientemente se formó un grupo de trabajo que asesora a la Comisión de Transporte y Energía de la Unión Europea, el cual tiene como misión presentar a fines del presente año una propuesta actualizada de los proyectos y las forma de financiamiento para su realización.

financiamiento público, por lo que el uso de sólo este tipo de recursos ha significado que algunos proyectos hayan tenido que ser seleccionados a costa de otros, por ejemplo se ha definido como criterio dar prioridad a líneas ferroviarias de alta velocidad entre los países miembros, como es el caso del tren de alta velocidad París-Strasburgo (TGV).

Los fondos comunitarios se han utilizado principalmente para estudios y como aporte directo a los proyectos, para apalancar otras fuentes de financiamiento, tanto nacionales de los países, como privados. Este aporte se ha limitado a un máximo del 10% de la inversión requerida.

Sin embargo, de la experiencia que se ha tenido hasta ahora con los proyectos, este aporte comunitario no ha sido suficiente incentivo para movilizar inversión privada, por lo que existe una propuesta de subirlo a un 20% de la inversión necesaria, en especial, para proyectos críticos, que representan un alto valor agregado a la red trans-europea, pero con bajo retorno socioeconómico a nivel nacional. Los tipos de proyectos que son candidatos a este mayor aporte son los que consideran cruces de barreras naturales, tales como montañas o extensiones fluviales o marítimas, que requieren obras civiles de mayor envergadura, tales como túneles o puentes.

El fondo comunitario para el período 2000-2006, para abordar proyectos de la red trans-europea, es de €4,2 billones, el cual cubrirá una pequeña parte de los requerimientos, siendo el saldo necesariamente cubierto por una combinación de fondos nacionales de los respectivos países y fondos privados de inversionistas nacionales e internacionales.

Por lo anterior, y dado lo limitado de los recursos comunitarios, el criterio de selección de los proyectos juega un rol fundamental, donde requisitos tales como la garantía de interconexión de redes de infraestructura claves para el desarrollo; la interoperabilidad; la contribución al desarrollo de la intermodalidad; la mayor seguridad; y la recuperación del aporte comunitario, cuando alguno de estos requisitos no es cumplido, son fundamentales para hacer un proyecto elegible a utilizar estos fondos.

Con estos recursos de apalancamiento, mas otras medidas regulatorias y contractuales, se espera atraer a inversionistas privados, para estos megaproyectos, situación no fácil, ante la reticencia de los inversionistas a involucrarse en proyectos sin un respaldo importante de los gobiernos promotores. La experiencia de proyectos, como el Eurotúnel, es muy sensible en el mundo privado, el cual no está dispuesto a asumir todos los riesgos en proyectos de estas características que generalmente involucran un largo período de construcción, antes de empezar a obtener ingresos, y un alto riesgo de tráfico.

Ante esta situación se han dado señales importantes para asumir estos proyectos transnacionales, en un enfoque mucho más acorde a lo que se espera de una participación público privada en el tratamiento y asignación de sus riesgos. Es así, que algunos proyectos transnacionales, como el puente-túnel Oresund (²⁰⁵), se han abordado considerando este principio y donde las garantías son tales, que el riesgo es casi completamente tomado por el Estado.

²⁰⁵ Puente-Túnel fronterizo entre Suecia y Dinamarca.

Por lo tanto, introduciendo nuevas formas de contratos, la Comisión espera alcanzar una mayor participación del capital privado en el financiamiento de este tipo de infraestructura, para ello se ha abocado a la revisión de la regulación de los contratos públicos y a una clarificación de las reglas aplicables a concesiones de obras públicas, lo cual debiera resultar en una participación del sector privado desde las etapas iniciales de planificación de los proyectos y en una mayor certeza legal de como se rige esta participación público privada.

Una de las alternativas que se está estudiando al interior de este comité, para poder cumplir con el objetivo de hacer atractivos estos proyectos al capital privado sin tener que recurrir a aportes del presupuesto público, es el concepto de concesiones de redes de infraestructura, donde el principio básico es destinar parte de los ingresos de peajes de infraestructura existente para financiar la construcción de nuevos tramos críticos de la red. Bajo este concepto, los recursos provienen de un fondo común y sirven para financiar los compromisos de la red de infraestructura como un todo, por lo que nuevos proyectos se beneficiarían de tener ingresos, antes de que entren en etapa de operación, provenientes de peajes en otras rutas de esta red y que tienen niveles de tráfico importante. Este fondo puede servir como garantía para levantar los recursos necesarios en el mercado de capitales

De acuerdo a lo anterior, con este enfoque, las autoridades de los países fronterizos definen las redes o áreas en sus respectivos países, el plan de inversiones de infraestructura en ellas y los puntos de cobro y niveles de tarifa para este “sistema” de infraestructura. Los recursos entonces son de todo el sistema y sirven para financiar los distintos proyectos pertenecientes a él. En algunos casos pueden haber áreas que tengan rutas con peajes y que ya se haya amortizado o esté por amortizarse su inversión²⁰⁶, y en otros casos se puede tratar de rutas existentes que no tengan peajes y que en función de este plan de inversiones, se carga un peaje, para abordar las obras de la red. Este sistema aparece como una interesante solución que incentivaría a los países interesados a mejorar sus conexiones fronterizas en una visión sistémica que permita agregar proyectos de infraestructura como carreteras y ferrocarriles considerando un tratamiento conjunto de sus riesgos.

En resumen, la Unión Europea ha dado un paso importante en la forma de abordar estos proyectos transnacionales, estableciendo mecanismos claros de coordinación para la identificación y priorización de los respectivos proyectos, sin embargo se ha enfrentado con un obstáculo difícil de superar, el cual es poder obtener la participación del sector privado en el desarrollo de esta infraestructura, que permita movilizar capitales privados y no presionar los presupuestos públicos de los países miembros, los cuales tienen que cumplir con rigurosos requerimientos que la propia Unión Europea se ha dado para su desarrollo económico global.

²⁰⁶ Esta situación es una alternativa a considerar en los países que ya tengan un sistema de concesiones en funcionamiento y se acerquen algunos proyectos a su periodo final.

5.3.2 Recomendaciones especiales respecto de proyectos transnacionales

A lo largo de este estudio, se ha destacado la continua búsqueda de nuevas fuentes de financiación y aplicación de esquemas de PPP por los diferentes gobiernos para acometer grandes proyectos de inversión en sectores de infraestructuras en general, y de transporte en particular; ante la imposibilidad de los Estados de ejecutar la totalidad de dicho tipo de proyectos con recursos propios. Esta situación, común a los países de América del Sur, no es ajena a los países de la Unión Europea, como se ha visto antes; tanto en materia de proyectos nacionales como transnacionales ⁽²⁰⁷⁾.

Ahora bien; si bien la utilización de modalidades de PPP representan una alternativa muy interesante y ventajosa para la ejecución de grandes proyectos de inversión de carácter transnacional ⁽²⁰⁸⁾, no es menos cierto que tratándose de proyectos de dichas características, las dificultades y obstáculos para su instrumentación aumentan; especialmente cuando se pretende aplicar fórmulas calificadas como de “financiación íntegramente privada” (como por ejemplo, a través de concesiones instrumentadas en sus versiones más tradicionales), y de inversiones de gran envergadura. En estos casos, experiencias como las del “Eurotúnel” analizadas en el numeral 4.2.4.6 precedente, ha puesto de manifiesto inequívocamente dicha circunstancia ⁽²⁰⁹⁾. Similares

²⁰⁷ Así por ejemplo, en referencia a las redes transeuropeas de transporte, en la COM (2003) 132 - Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la Generalización y la Interoperabilidad de los Sistemas de Telepeaje de las Carreteras en la Comunidad (Bruselas, 23/04/03), se puede leer lo siguiente: “La puesta en práctica de los proyectos de la red transeuropea se tropieza con el problema de su financiación. El costo estimado de únicamente la red transeuropea de transportes se eleva ya a cerca de 350.000 millones de euros para el conjunto de proyectos que deben realizarse en el período comprendido hasta 2010, a los que se añaden los más de 100.000 millones de euros de los proyectos de los futuros Estados miembros. Aunque los objetivos fijados por la Unión para el desarrollo de las redes son muy ambiciosos, los resultados se quedan muy por debajo de las expectativas, con un índice de realización de proyectos prioritarios de transporte que, a finales de 2001, no superaba un 25% del costo previsto para dichos proyectos. Sólo se han llevado a cabo tres de los catorce proyectos prioritarios refrendados por los Jefes de Estado y Gobierno en Essen en diciembre de 1994, y entre los 11 restantes, algunos todavía se encuentran en fase de estudio preliminar. Los principales retrasos se centran en los tramos transfronterizos de dichos proyectos (menos rentables y menos prioritarios que los nacionales)...”, en pág. 7 y sigs..

²⁰⁸ Véase al respecto, entre otros, a KINNOCK, Neil en “Las redes transeuropeas y las asociaciones público-privadas”; ponencia realizada en la Conferencia Internacional sobre “Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público”, organizada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; Madrid, 8 de noviembre de 1996. Sobre este mismo tema, véase también los contenidos de la COM (97) 453 – Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones relativa a las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la Red transeuropea de Transporte.

²⁰⁹ Al respecto, en el anteriormente citado documento del Consejo de las Comunidades Europeas, se dice textualmente: “La experiencia demuestra que una financiación íntegramente privada de las infraestructuras de transporte no es la mejor opción para realizar proyectos de gran dimensión. Uno de los raros ejemplos significativos recientes es el del túnel bajo el Canal de la Mancha que, independientemente de su indudable valor técnico, no puede constituir un modelo, desde el punto de vista financiero, para los inversores que quisieran lanzarse en la aventura de la realización de este tipo de infraestructuras. Por las

consideraciones pueden realizarse respecto de algunos casos en proceso en nuestra región, como el caso del proyecto de la concesión (BOT) del Puente “Buenos Aires - Colonia”, actualmente en suspenso (²¹⁰).

Así pues, resulta claro que los modelos de PPP no pueden concebirse y/o presentarse como una especie de receta milagrosa; pues cuando este tipo de estructuras ha sido mal instrumentada, se generan sobrecostos, obstáculos y dificultades de variada índole, con diferentes tipos de resultados negativos, según los casos.

En principio, cualquiera de las modalidades de PPP planteadas en el numeral 3. de este estudio puede ser aplicada a la instrumentación de proyectos transnacionales. En general, la más aplicada a nivel internacional ha sido la figura de la concesión, por las ventajas que reporta a las Administraciones Públicas desde el punto de vista que permite descargar en el sector privado, la construcción, gestión y financiación (así como los riesgos correspondientes a dichas actividades) de las infraestructuras.

A continuación se enuncia, entonces, una serie de recomendaciones de carácter puntual para los casos de estructuración de este tipo de proyectos; basadas en experiencias concretas de América del Sur y la Unión Europea en la materia.

5.3.2.1 Recomendaciones sobre aspectos instrumentales - procedimentales

Desde este punto de vista, cabría tener presente los siguientes aspectos:

a. Es necesario adoptar, en el ámbito interno de cada país, la correspondiente resolución de instrumentar el proyecto, por parte de la entidad pública competente en cada caso. Posteriormente, establecer el convenio respectivo con el país con el cual se pretende ejecutar el proyecto internacional.

En este último caso, desde un punto de vista puramente normativo, en principio, no sería necesaria la suscripción de un Tratado entre ambas partes. No obstante, es usual su suscripción en este tipo de proyectos por la sencilla razón de conferir mayor seguridad jurídica a la operación, y establecer claramente el marco de compromiso de las partes

limitaciones inherentes a las mismas, las inversiones en grandes infraestructuras de transporte no se prestan a ser financiadas únicamente por el sector privado. Aparte de las elevadas cifras en juego, los riesgos de explotación y los vinculados a la fase de construcción, la larga amortización de las infraestructuras y su rentabilidad aleatoria y a largo plazo son factores que no abogan por una financiación exclusivamente privada de este tipo infraestructuras. Las administraciones públicas no tienen el reflejo de buscar soluciones a base de una financiación mixta (pública y privada). Esta visión tradicional no ayuda, por lo tanto, a promover la inversión privada”; en pág. 11.

²¹⁰ En diferentes instancias preparatorias de la operación, se manifestaron por diferentes potenciales inversores interesados en el proyecto, sus dudas respecto a la viabilidad del proyecto para ser ejecutado bajo un esquema de concesión a total “riesgo y ventura” del concesionario y sin que, por ende, se articulen a su respecto, modalidades realmente relevantes de contribuciones públicas al proyecto.

(fundamentalmente, las obligaciones que asume cada una de ellas) respecto de la ejecución del proyecto.

b. Complementando las actividades anteriores, resulta necesario la definición de la entidad intergubernamental que llevará adelante el proceso; definición de su ámbito de atribuciones y competencias, derechos, deberes y responsabilidades respecto de la ejecución del proyecto, la radicación de su sede, su presupuesto, y estatuto aplicable a los funcionarios que integren la misma.

5.3.2.2 Recomendaciones sobre aspectos regulatorios

Al respecto, cabría tener especialmente en cuenta los siguientes aspectos:

a. Es fundamental determinar claramente cuál es el régimen jurídico aplicable a la futura actividad del contratista; y que en esencia, estará determinado por el propio Tratado suscrito por los Gobiernos y sus correspondientes anexos, protocolos o acuerdos adicionales; la documentación del procedimiento licitatorio (bases de licitación, circulares, respuestas, etc.); el respectivo contrato de PPP; la oferta del contratista adjudicatario; las normas de derecho internacional que se hubieren especificado por las partes; y regulaciones emitidas por el propio contratista para la operación y el uso de las infraestructuras gestionadas, debidamente aprobadas por la unidad o comisión intergubernamental constituida para la gestión del proyecto; y disposiciones normativas de los países parte de la operación, en aquellos casos y circunstancias en que así se hubiere especificado. Si existieran referencias a principios generales del derecho en el marco regulatorio aplicable a la operación, debería definirse específicamente cuáles serían dichos principios, y la solución a seguir para el caso de que existan diferencias entre los contenidos de dichos principios en uno y otro país. En cualquier caso, debe tenerse presente que aquellas situaciones que en la legislación de un país u otro de los involucrados en el proyecto, presenten soluciones normativas distintas, como regla, debieran estar claramente reguladas a nivel contractual, a modo de evitar posibles focos de conflictos ⁽²¹¹⁾.

b. Debe establecerse un claro régimen de interpretación de las disposiciones del contrato de PPP utilizado en el caso, a efectos de evitar posteriores discusiones respecto a los caminos a seguir.

c. Las bases de licitación y el contrato de PPP deben redactarse en concordancia con la normativa regulatoria de dicha operación en uno y otro país, a efectos de evitar posteriores cuestionamientos respecto de la legalidad los contenidos de tales documentos. Precisamente por dicha causa, se recomienda por parte de los Consultores, avanzar en la

²¹¹ Este y otros de los problemas que se enuncian al plantear las recomendaciones precedentes, ha estado presente, por ejemplo, en el caso del proyecto de concesión de obra pública del enlace ferroviario Figueras (España) – Persignan (Francia), con un monto de inversión estimada del entorno de los 800 millones de euros (comprende un tramo de unos 45 kms. de longitud, con un túnel de 8 kms.. en Le Perthus), y recientemente declarado desierto, luego de haberse adjudicado al grupo Euroferro.

revisión y modificación de los marcos regulatorios nacionales de las operaciones de PPP, de modo tal de converger sin mayores dificultades a soluciones comunes; lo suficientemente atractivas a los ojos de los agentes privados, y lo razonablemente protectoras de los intereses de los Estados y los usuarios, articuladas sobre la base de pautas internacionales estándares para este tipo de operaciones ⁽²¹²⁾.

d. Resulta también necesario, el delimitar el ámbito de potestades de la comisión intergubernamental durante toda la conducción del proceso de instrumentación de la operación de PPP, del procedimiento licitatorio en sí, y especialmente, de la fase post – contrato. En este último caso, es a su vez importante la definición de las potestades y ámbito de atribuciones de los gobiernos nacionales, especificando los casos en que se reservan jurisdicción.

e. Otro aspecto que debiera ser adecuadamente regulado desde el punto de vista de ofrecer las mayores seguridades a los agentes privados pasa por la regulación de apropiados mecanismos de solución de controversias.

f. Es necesario establecer claramente el estatuto jurídico al que estará sometida la sociedad constituida por el contratista para la ejecución del proyecto ⁽²¹³⁾.

g. Es también de la mayor importancia una adecuada regulación de la titularidad de los bienes afectados a la actividad del contratista privado. En general, suele establecerse que determinados tramos claves de las infraestructuras constituyen una copropiedad internacional de los Estados que forman parte de la operación (ello, con la intención de que la obra no quede “fraccionada”), en tanto que respecto de los demás, se prevé la propiedad de cada uno de dichos países según corresponda.

²¹² Similares recomendaciones se efectúan en el marco del documento del Consejo de las Comunidades Europeas antes citado, que prevé textualmente: “La Comisión considera que es conveniente difundir prácticas correctas y, a mediano plazo, poner al día el marco reglamentario vigente con el fin de que los regímenes de las asociaciones público – privadas sean aún más atractivos, especialmente para los inversores privados...”; en pág. 12.

²¹³ Es interesante, en el ámbito de la Unión Europea, la aprobación por parte del Consejo de las Comunidades Europeas con fecha 8/10/01, del estatuto de la Sociedad Europea (SE), lo cual se estima que permitirá, desde el momento de su aplicación -2004-, una gran simplificación, así como la realización de grandes economías de escala a la hora de establecer sociedades encargadas de gestionar los proyectos transfronterizos. Al respecto, en el citado informe del Consejo de fecha 23/04/03, se señala que: “El establecimiento de una estructura jurídica coherente es un paso fundamental para aumentar las posibilidades de éxito, y especialmente para encontrar la financiación necesaria para los proyectos transfronterizos. En este sentido, la Sociedad Europea dispondrá de grandes ventajas, con una personalidad jurídica única que le permitirá operar en varios Estados de la Unión. Este aspecto había sido ya evocado por Eurotúnel como una ventaja para evitar, más adelante, tener que atenderse, de manera acumulativa, a las obligaciones de derecho británico y francés. En este sentido, la Sociedad Europea gozaría además de una ventaja psicológica: por ejemplo, en caso de ser absorbida una sociedad francesa por una sociedad italiana, la sociedad resultante no sería italiana sino europea. La Sociedad Europea quedará regulada por una legislación comunitaria directamente aplicable en todos los Estados miembros y, en su defecto, por el derecho de su lugar de registro”; en pág. 19.

h. Por último, es también importante establecer sistemas de tarificación armonizados, orientados fundamentalmente a partir del principio “el que usa paga”; y de modo tal que se generen distorsiones en el uso de las infraestructuras por dicha causa a cargo del contratista y que afecten su operativa.

5.3.2.3 Recomendaciones generales referentes a aspectos puntuales de la instrumentación de los proyectos

Al respecto, pueden destacarse las siguientes:

a. Es fundamental la existencia de un total compromiso de los Estados involucrados en el proyecto con el buen fin de la misma; a través de una voluntad política claramente definida, y generando las condiciones necesarias a efectos de que exista, entre el sector público y el privado, un ámbito de cooperación eficaz y eficiente. Por cierto, que no basta con que dicho compromiso exista hasta el momento de adjudicación del contrato de PPP, sino que es por demás necesario que los mismos se mantengan durante todo el plazo de vigencia del contrato.

b. Deben realizarse adecuados estudios de viabilidad del proyecto, y estar claramente definida la asignación de riesgos entre todas las partes del proyecto, y así contemplado en la correspondiente regulación aplicable a la operación.

En materia de riesgos, y especialmente en relación al denominado “riesgo – país”, cabe tener presente que la conjunción de las políticas económicas seguidas por los gobiernos, además de los riesgos no económicos propias de cada país, no permiten estructurar una visión homogénea del riesgo a nivel agregado, lo cual lleva a los conglomerados a discriminar entre uno y otro país ⁽²¹⁴⁾. Por lo tanto, y en el caso particular de proyectos transfronterizos, es necesario generar instrumentos de cobertura bilateral o multilateral que permitan minimizar el riesgo que puedan estar apreciando los inversionistas. Un caso en donde se puede apreciar tal dicotomía de riesgo país y en donde es necesario generar este tipo de instrumentos es el caso del proyecto en estudio “Tren Trasandino Central” ⁽²¹⁵⁾ que uniría las localidades de Mendoza (Argentina) y Los Andes (Chile), dado el distinto nivel de riesgo país que tienen hoy en día Argentina y Chile.

c. El proyecto debe haber sido razonablemente dimensionado, y la definición de sus aspectos esenciales, claramente establecida. Es relativamente usual la preparación de proyectos por demás ambiciosos por parte de los Gobiernos en este tipo de proyectos, que

²¹⁴ En el caso de Colombia, por ejemplo, la rentabilidad exigida por los inversionistas extranjeros alcanza al 18%, en el caso chileno ésta es de un 12%.

²¹⁵ El caso del “Tren Trasandino Central” cuya inversión estimada asciende a cerca de US\$ 250 millones, permitirá unir las localidades de Mendoza y Los Andes (250 Kms.), y el cual posibilitará el transporte de carga entre ambos países, ya fue descrito en el numeral 4.2.4.6 anterior de este documento.

no tienen una adecuada justificación desde el punto de vista de la necesidad de obras de dichas magnitudes.

d. Es en este caso fundamental, el establecimiento de procedimientos licitatorios que posibiliten el tendido de claros canales de comunicación entre los sectores público y privado, de modo tal de conocer a cabalidad a través de diferentes instancias – preparatorias o de ejecución- de los procedimientos, los requisitos, expectativas e intereses básicos de los agentes del sector privado. Al respecto, conviene recordar que conforme a lo señalado en el numeral 5.1.2.9 anterior de este estudio, el procedimiento que cumple de mejor modo con dicho objetivo es el denominado de “data room” interactivo.

5.3.2.4 Recomendaciones generales referentes a algunas cuestiones claves de la financiación de los proyectos

En relación a este punto, cabría tener especialmente en cuenta:

a. Contribuciones públicas: Por sus especiales características de riesgo e inversiones, cuando se pretenda instrumentar este tipo de proyectos a través de esquemas que impliquen transferir al sector privado la financiación, construcción y gestión de un proyecto y sus riesgos asociados, como por ejemplo, las concesiones, salvo que se trate de proyectos altamente rentables, es recomendable la evaluación y aplicación de importantes medidas de contribuciones públicas a dichos proyectos, con el objetivo de mejorar el retorno y/o reducir el impacto de determinados riesgos ⁽²¹⁶⁾ ⁽²¹⁷⁾.

b. Garantías y plazos: El desarrollo de proyectos binacionales implica un conjunto de nuevas restricciones que tienen que ver con homologar las condiciones en los Estados participantes en la iniciativa. Para el caso de transporte en general se pueden distinguir al menos dos casos importantes de mencionar:

²¹⁶ En este sentido, expresa KINNOCK que en tales casos “...resulta obvio que se requieren medidas de salvaguardia, porque no sería realista dejar la construcción de las inmensas infraestructuras del transporte a la iniciativa privada y al beneficio como motivo propulsor. Esto es aún más cierto dado que se precisarán sustanciales aportaciones públicas, en cualquier caso, para poner en marcha muchos de estos proyectos. Y el sector público continuará, naturalmente, siendo responsable de garantizar que la infraestructura resultante cumpla con las necesidades más amplias de la sociedad y la economía”; en op. cit.

²¹⁷ De similar forma, en el citado informe del Consejo de las Comunidades Europeas se expresa: “Hay que señalar, en particular, que la financiación de proyectos a través de asociaciones público-privadas se ha venido limitando fundamentalmente a infraestructuras, cuyo costo es bastante inferior al costo de los grandes proyectos transeuropeos de infraestructuras actualmente en estudio. Cuando más aumenta la participación del sector privado en estos proyectos, más necesario se hace instaurar unos mecanismos de garantía; las APP más recientes comportan unos sistemas de compensación financiera para la empresa explotadora si el tráfico real es inferior a lo previsto, lo que puede resultar bastante oneroso para el Estado en ciertos casos. Por ello cabe decir que es difícil establecer un modelo único de APP, teniendo en cuenta la diversidad de proyectos posibles, por lo que sería preferible un enfoque caso por caso...”; en pág. 14.

- i. Proyectos autónomos: Estos se caracterizan por ser auto sustentables en cada uno de los estados participantes es decir la concreción de las etapas del proyecto en su parte extranjera sólo generan una mayor demanda por sobre el proyecto original.
- ii. Proyectos complementarios: En este caso es imprescindible la concreción del proyectos en todos los estados involucrados para que este tenga sentido, por ejemplo un corredor bioceánico ya que la falta de un tramo hace perder el sentido del proyecto.

En ambos casos hay algunos elementos que son fundamentales para la correcta ejecución del proyecto.

En los proyectos en el marco de la APP se pueden distinguir generalmente tres etapas:

- Licitación
- Construcción
- Operación

Dependiendo del tipo de proyecto que se este enfrentando, es necesario tomar en cuenta ciertas consideraciones para cada una de estas etapas:

	AUTONOMO		COMPLEMENTARIO		
	Plazo	Garantías	Plazo	Garantías	
Licitación	En este caso la licitación no necesariamente debe ser realizada en forma coetánea ya que la inexistencia de la parte del proyecto fuera de un Estado no afecta la factibilidad del mismo; si es necesario señalar el momento de inicio del proyecto complementario con el objeto de dimensionar bien los requerimientos del proyecto.	En la medida en que los proyectos no generen externalidades sobre su complemento, se pueden entregar garantías aisladas de cada Estado.	No es fundamental que las licitaciones sean coetáneas, pero los primeros adjudicatarios comenzaran sus gastos, sólo cuando se haya concretado la última licitación.	Se deben entregar para enfrentar la finalización del proyecto en todas sus etapas.	COMPLEMENTARIO
Construcción	No es un elemento relevante en la medida que la existencia del nuevo proyecto no genere externalidades		El inicio no es relevante en la medida que todas las etapas se concreten al mismo tiempo.	Garantías cruzadas con el objeto de asegurar los plazos	
Operación	No es un elemento relevante en la medida que la existencia del nuevo proyecto no genere externalidades		Si bien los plazos pueden ser distintos es necesario asegurar la continuidad de la obra en los estándares comprometidos para no alterar los flujos de los proyectos complementarios	Garantías cruzadas(1) con el objeto de asegurar los estándares en todas las etapas del proyecto y su mantención durante toda la concesión, considerando esta como el fin de la última licitación comprometida.	

* * * * *