

Inversión Privada Bajo Concesión en el Perú

Rossana Taquíá Gutiérrez

Abogada, docente universitaria.

1. Introducción

A partir de los violentos acontecimientos ocurridos en Arequipa al intentar privatizarse las empresas regionales EGASA y EGESUR, hechos conocidos por la opinión pública, las políticas de privatización cambiaron substantiva y estratégicamente.

En ese entonces la Comisión de la Promoción de la Inversión Privada (COPRI), entidad encargada de dirigir los procesos de privatización sufrió una serie de cambios en su accionar y entre sus directivos. Para empezar, varió su denominación y pasó a llamarse PROINVERSIÓN, y básicamente se redireccionó hacia las concesiones como una modalidad a partir de la cual se buscó darle un nuevo rostro al Estado frente a la sociedad en la forma de obtención de inversiones privadas dentro de una economía peruana carente de inversión, en que la brecha en infraestructura por servicios públicos asciende a \$18.000 millones de dólares, insuficiente inversión pública que asciende a \$1.300 MM, un pobre ahorro interno, necesitándose el ahorro externo para el crecimiento del 5.5% y existiendo una tendencia constante a la reforma del Estado a través de privatizaciones.

En este panorama, las concesiones con los esquemas que permite incorporar en ella, que

veremos más adelante, son en la actualidad una de las principales formas legales que se viene trabajando a nivel de Estado y que es de interés conocer por parte de los profesionales en Derecho.

Pues bien, en términos muy sencillos, señalaremos que entendemos la Concesión como un derecho a "conceder" del Estado a un tercero, actividades que tuvo clásicamente bajo su realización; en efecto, a través de éstos el Sector Público transfiere a una persona jurídica o persona natural la gestión directa de un servicio público, asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad concedida.

En la Concesión, el Estado sigue siendo el propietario, pero durante el periodo de vigencia del contrato la compañía privada tiene que financiar el proyecto y, por supuesto, administrar todo el sistema. Dadas estas características, cada vez más se propugna hoy porque las concesiones posean una obligación de otorgar propiedad al concesionario a efectos de facilitar la obtención de financiamiento al proyecto.

Esta forma contractual en la actualidad peruana, pronta a futuras elecciones regionales, le da un matiz nuevo a las posibilidades de desarrollo regional, ya que el Estado, entendiendo como tal no sólo al Gobierno Central sino a los

gobiernos regionales y locales viene otorgando, a través de PROINVERSIÓN -quien suscribe convenios con estos gobiernos- concesiones al sector privado.

Existe a la fecha como ejemplos, la pronta licitación del terminal terrestre de Chiclayo, habiendo sido PROINVERSIÓN quienes realizaron los estudios técnicos, financieros y legales, y quien otorgó recursos a la Municipalidad de esa localidad; otros trabajos también se han dado con la Municipalidad de Huancayo, con la CEPRI – Lima, etc, pues esta clase de trabajo conjunto es muy probable que se incremente con las próximas elecciones de autoridades regionales .

Entonces veamos cuáles son los esquemas que pueden incluirse en un contrato de concesión que lo hacen tan atractivo y versátil a los intereses que persigue el Estado en la promoción de las inversiones.

2. Las concesiones

En sentido estricto, la concesión es un acto administrativo o un contrato administrativo que otorga al particular el “derecho al goce de una cosa o competencia propia de la Administración, o también el acto administrativo que transfiere al particular potestades o facultades propias de la Administración”¹

Siendo así, el objeto de los contratos de concesión son actividades que son frecuentemen-

te consideradas como pertenecientes al Sector Público, siendo el concepto “servicio público”² el distintivo a la concesión, el cual se otorgará a un tercero en forma temporal para que la organice y haga funcionar, este tercero a cambio recibe una retribución, que puede ser el precio pagado por los usuarios o una subvención o garantía que le fueran reconocidas, prestandose el servicio público bajo la fiscalización de la autoridad administrativa.

La Concesión posee como principales características las siguientes:

- La concesión es o nace de un acto administrativo.
- La causa de la concesión consiste en la existencia de un interés público predominantemente económico, ya que el negocio entraña una compensación económica al concesionario.
- Es un acto jurídico que amplía las facultades o potestades de la administración para otorgárselas al concesionario, pero solo las necesarias para ejecutar y / o explotar la obra o prestación del servicio.
- El fin del Estado en la concesión otorgada a un privado es el mismo que si ella misma lo gestionara.
- La administración conserva potestades en relación con el objeto de la concesión y el concesionario, las cuales son:

- Facultad de supervisión y control al concesionario.
- Facultad de regular normativamente la administración y la gestión de la concesión.
- Facultad sancionadora, por la que la admi-

¹ Vargas José , *La Concesión de Obras Públicas*, Santiago: Ediciones Jurídicas La Ley 1997. P 22. Otra definición de la concesión en general es: “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de un remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas , valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en suma periódica única o porcentual y en general en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden” (Parra William . *Los Contratos Estatales*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996. p176C

² Aún no se encuentra en doctrina un concepto uniforme, no obstante señalaremos dos conceptos esbozados por Marcello Caetano y Andrés Serra Rojas respectivamente. “ Servicio público es el servicio administrativo cuyo objeto consiste en facilitar de modo regular y continuo(a cuantos carezcan de medios idóneos) la satisfacción de una necesidad colectiva individualmente sentida” y “ El servicio publico es una actividad técnica, directa o indirecta, de la administración publica activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar—de una manera permanente, regular, continua y sin propósitos de lucro—la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho publico”.

nistración puede hacer efectivas las garantías establecidas en las bases, así como penalidades por incumplimientos.

- Facultad de autorizar al concesionario la transferencia de su concesión, la constitución de hipoteca sobre ésta, y la constitución de garantías sobre sus ingresos.
- Facultad de reversión y sustitución, por la cual la administración puede en casos excepcionales y temporalmente cuando es de interés general, lo requiera tomar a su cargo la explotación de la obra o la ejecución del servicio objeto de la concesión.

- La concesión es temporal, tiene un fin.
- Es de naturaleza precaria ya que los derechos que confiere al particular además de ser temporales desaparecen en un momento indeterminado por decisión de la administración, ya sea que la misma se deba a causales imputables al concesionario o por razones de oportunidad.
- Es *intuitu personae*, ya que se otorga la concesión teniendo en cuanto las cualidades del concesionario a través del procedimiento de selección que se realiza.

Con esta reseña de los principales rasgos de los contratos de concesión, queremos advertir la necesidad cada vez mayor de conocer los abogados, los "esquemas" que generalmente se contienen en un contrato de concesión que suscribe el Estado peruano con un inversionista, como son los BOOT, BOT, BOO, BTO.

3. ¿ Qué es una Concesión BOOT?

Como premisa señalaremos que el término BOOT está formado por las siglas de las siguientes palabras: built, own, operate, transfer, y que en conjunto significan: esquemas obligacionales que pueden estar contenidas dentro de un contrato distinto. Por lo tanto, las siglas mencionadas significan construir, ser propieta-

rio, operar y transferir, y con las mismas a su vez se pueden generar otras variaciones, que conllevarán a esquemas obligacionales como: BOO, BOT y el BTO.

Sobre el esquema en mención, para algunos autores sólo lo denominan como "esquema o sistema" BOOT y consideran que no constituye por sí mismo un tipo de contrato con contenido propio, y por ello no es considerado incluso ni como contrato atípico. Para otros autores, significará que posee todos los elementos para ser un contrato típico al estar definidas las obligaciones y derechos de las partes contratantes.

Somos de la opinión al respecto, que los BOOT son esquemas obligacionales. En nuestro ejercicio profesional, hemos visto la conveniencia para los inversionistas privados y para el Estado, en incluir estos esquemas, que toman sus fundamentos principalmente en temas de orden financiero, siendo los contratos de concesiones los contratos "continentes", con los cuales a la fecha el Estado peruano ha venido realizando privatizaciones. La elección del esquema obligacional adecuado es analizado en la etapa del estudio del modelo de financiación de los proyectos a concesionar que se opta por parte del Estado peruano y posteriormente cuando el proyecto ha pagado su deuda y el consorcio inversionista ha recuperado su inversión, la propiedad y la administración de los servicios completos son transferidos del consorcio privado al Estado peruano.

Creemos que los BOOT pueden ser esquemas que se adaptan a toda clase de negocios y contratos, generalmente es incorporado en los Contratos de Concesión, pero ello no lo constituye en un contrato en sí, sino que le otorga un contenido diferente al contrato que lo contiene, por ello las partes pueden estar de acuerdo en el esquema a utilizar sin haber llegado a un acuerdo del " contrato" que suscribirán.

Existe experiencia en nuestro país sobre estos contratos de concesión con esquema BOOT. El primero fue el Contrato de Concesión de la Línea de Transmisión Mantaro – Socabaya, sector electricidad, el cual se ha venido ejecutando sin ningún inconveniente ya que posee un marco regulatorio especial. Hoy, el Estado peruano posee suscritos y vigentes otros contratos más al respecto, por ejemplo ; el Proyecto del Río Chillón y el Proyecto del Gas de Camisea, entre los más importantes.

En estos contratos generalmente el inversionista privado suele ser un extranjero y la empresa de servicio público es de todas formas una organización del Estado o una corporación estatutaria, siendo este esquema de invitación a la participación del sector privado en áreas que han sido exclusivas del sector público, habiendo a nivel de América Latina muy poca experiencia.

4. Conclusiones

Creemos que los sistemas y esquemas, en cómo captar recursos privados, ya sean privatizaciones o sean concesiones, pero no son

buenas ni malas, sino que es la manera como serán llevadas a cabo técnica y políticamente, las que brindarán los resultados esperado, cuales son la promoción de la eficacia y de la competitividad en los servicios públicos del Perú.

Ante estos hechos, los abogados debemos conocer las fortalezas y debilidades que podrían generarse ante una promoción de las Concesiones a nivel de gobierno central, regional o municipal, para actuar como agentes promotores de la justicia y el bien social, permitiendo que nuestra labor se encamine a marcos regulatorios más modernos, donde el equilibrio económico esté dado bajo marcos de seguridad jurídica para las partes contratantes. Por otro lado, las concesiones, generan más divisas para el país, ingresos fiscales, aumento de la competencia, y la cobertura de infraestructura en servicios públicos de calidad a la sociedad, ayuda a disminuir los niveles de pobreza toda vez que el Estado se ve liberado para invertir sus capitales en programas de ayuda social; pues por estos resultados pragmáticos, la Concesión es hoy día en el Perú, la modalidad preferida de aumentar el valor y los activos del Estado, que nunca pierde los derechos de propiedad en las inversiones.