

REPOSITORIO ACADÉMICO UPC

Inversión Privada vs. Regulación en Infraestructura. ¿Qué hace y qué no hace el Estado para atraer Capital Privado?

Item type	info:eurepo/semantics/article
Authors	Huapaya Tapia, Ramón; Marangunich Rachumi, Hjalmar; Bravo Orellana, Sergio
Publisher	Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)
Journal	Derecho & Sociedad
Rights	info:eu-repo/semantics/openAccess
Downloaded	8-jun-2016 23:15:21
Item License	http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/
Link to item	http://hdl.handle.net/10757/604685

Mesa Redonda: Inversión Privada vs. Regulación en Infraestructura. ¿Qué hace y qué no hace el Estado para atraer Capital Privado?

La presente Mesa Redonda se realizó el 4 de junio de 2011 en el Auditorio Armanda Zolezzi Möller de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y fue realizada por los siguientes panelistas:

Ramón Huapaya Tapia *

Sergio Bravo Orellana **

Hjalmar Marangunich Rachumi ***

PRESENTACIÓN:

Ramón Huapaya

Me han dado el gusto de poder estar acá y presentarles el objetivo de este evento. Ustedes saben que estamos *ad portas* de un proceso electoral muy importante donde se quieren hacer varias definiciones respecto al tema de la Constitución Económica y también sobre la inversión en infraestructura, eso implica analizar algunas cosas importantes, algunas cosas que se formulan no tanto con respecto a lo que es una posición política sino a temas específicamente técnicos. Uno de ellos, en principio, es el tema de la labor del Estado en cuanto a la promoción de la infraestructura, habiendo ahí un tema muy interesante respecto al caso reciente de la construcción del muelle norte donde hubo una norma del Ministerio de Transportes que ha evitado, usando la potestad regulatoria del Estado, que participe o, no evitar -no quiero adelantarme a fijar una posición- sino restringir la participación de otros operadores en el muelle norte. Esto ha generado un tipo de controversia legal pues se ha llegado a medidas cautelares, se ha llegado a un proceso judicial, lo cual ha generado bastante revuelo esta decisión del Estado.

Este es un tema que será analizado dentro de esta Mesa Redonda y que es importante, porque hay que condicionar un poco cual es el rol del Estado. ¿Su rol promover la regulación o es también limitarla en beneficio de la competencia? Hay que ver si realmente, en términos de promoción de la infraestructura, la labor del Estado es promover la competencia donde

sea posible o utilizar la regulación para limitar la competencia en beneficio de la operación portuaria que también puede ser una finalidad lícita.

El siguiente punto en discusión es el tema de la rigidez o no del marco legal de las asociaciones público-privadas, el Decreto Legislativo 1012 en específico. ¿Por qué?, porque en verdad creo yo, y es mi visión personal, y es que las APP's están reguladas de manera muy limitada en el Perú. Específicamente lo están como si fuera solamente asociaciones cofinanciadas, que es una de las modalidades que probablemente puedan haber de las APP's. En verdad, el Perú con ello ha regulado las APP's como una modalidad de colaboración que generalmente se instrumenta a través de concesiones o eventualmente, diría yo, de manera subsidiaria, a través de iniciativas privadas, pero se pierde la riqueza que puede tener la APP asociativa que implica, por ejemplo, que puedo tener títulos empresariales asociados mixtos entre el Estado y los particulares, algo que también es viable: sin embargo que en el Perú, por las limitaciones del principio de subsidiariedad y el rechazo fuerte que hay a la actividad empresarial del Estado, no se ha tomado así. De esta manera, no hay mucho camino para las APP's asociativas, perdiéndose algunos tipos de figuras que pueden ser interesante tener. Y, además, no solamente eso - que es una primera visión - sino también que en el Perú el marco legal de las APP's es bastante rígido para lo que es la promoción de la inversión. Generalmente, al final de cuentas, para promover la inversión se tiene que sacar periódicamente Decretos de Urgencia que exoneren de requisitos a las APP's, por ejemplo. Ustedes han visto últimamente un gran debate con respecto a los Decretos

* Abogado "summa cum laude" por la Universidad de Lima. Estudios concluidos de Maestría en Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima, de Régimen de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y en la Academia de la Magistratura.

** Ingeniero Mecánico por la Universidad Nacional de Ingeniería. MBA por la Universidad ESAN, con especialización en Finanzas en la University Of California de Los Angeles, UCLA. PhD en Business Administration por ESADE. Decano de la Escuela de Administración y Negocios para Graduados de la Universidad ESAN. Director de la Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo de ESAN, Director de la Maestría en Finanzas de ESAN, Director de Instituto de Regulación & Finanzas (FRI). Profesor del área de Finanzas, Economía y Contabilidad de la Escuela de Administración de Negocios para Graduados de la Universidad ESAN.

*** Viceministro de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios.

de Urgencia, el 01-2011 y el 02-2011, anteriormente, porque estos Decretos de Urgencia vienen desde el año 2008, en los cuales se exoneran de requisitos y/o se eliminan trabas. ¿Por qué? Porque el Decreto Legislativo 1012 no funciona solo.

En tercer lugar, tenemos el sistema de solución de controversias en lo que se refiere a la regulación en infraestructura. Básicamente, es el tema del arbitraje regulatorio que está generando mucha polémica en trabajos del profesor Alfredo Bullard y el profesor Mario Castillo y también han habido seminarios organizados tanto por ESAN y por la Universidad del Pacífico. Hay que definir cuál es su alcance porque pareciera que hay una tendencia del Estado a rechazar el arbitraje regulatorio, de señalar que es una suerte de intromisión en los actos administrativos reguladores. Ello tiene un lado negativo y uno positivo, porque yo creo que sería de locos arbitrar una sanción administrativa, por ejemplo. Eso es imposible, pues es una potestad de policía del Estado y eso no se puede arbitrar. Sin embargo, opiniones previas de un regulador, por ejemplo, previas a la modificación o a la interpretación de un contrato de concesión, me parece que son parte del contrato mismo, es decir, sin ser parte destinataria, el regulador es parte indirecta de ese contrato. Un poco por el artículo 14º del Código de Arbitraje podría ser que se pueda señalar que el regulatorio sea una parte no destinataria y, como tal, podría ser citado o incorporado dentro de los procesos arbitrales que hayan. Los problemas que han habido también es porque algunos tribunales arbitrales han hecho arbitrajes entre, por ejemplo, el Ministerio de Transportes y un concesionario, y no han incorporado a la relación procesal al regulador; sin embargo, discuten en el arbitraje que el regulador actuó bien o mal.

Finalmente esta es el tema de la eventualidad de la modificación de la Constitución Económica, si es necesario modificarla para validar el esquema de promoción de la inversión privada. Yo creo que no es necesario. Nuestra Constitución puede necesitar reformas; hace poco me gustó mucho leer un artículo del profesor Alfredo Bullard que señalaba que sí, la Constitución necesita cambios, pero necesita cambios en la parte de las relaciones del Congreso - Ejecutivo, necesita cambio en la parte electoral, ahí es en donde necesita cambios, en fortalecer la institucionalidad democrática antes de empezar en cambiar la parte de Constitución Económica. De repente podríamos discutir el afinar algunas cosas, pero como está la Constitución funciona al menos en la parte de Principios Generales del Derecho del artículo 58º al 65º. No es un límite al tema del desarrollo del legislador, ni siquiera del principio de subsidiariedad de pedido a la creación de empresas públicas; se ha creado hace poco el Banco Agrario, el Fondo Mivivienda se convirtió en empresa pública, se creó FAMESA, la fábrica de municiones del ejército que se reactivó para poder hacerlo con leyes del Congreso. Es decir, el artículo 60º no es un "cuco". Entonces, hay que tratar de centrar el debate en estos puntos al ser temas actuales.

INICIO DE RUEDA DE PREGUNTAS:

1. A propósito de la reciente concesión del Terminal Norte del puerto del Callao al operador portuario APM Terminals, en la cual se buscaba

la competencia intraportuaria a través de la regulación, motivo por el cual no se permitió la participación en el proceso de selección a DUBÁI Ports, ¿podríamos decir que el Estado promueve la inversión privada en infraestructura, o por el contrario la regulación es una limitación a la inversión privada?

Sergio Bravo Orellana

Ante todo muy buenas noches y agradeciendo la invitación a participar en el siguiente panel. Voy a hablarles basándome en mi experiencia en el tema de concesiones. Nosotros empezamos institucionalmente en el año 96 con la primera concesión que fue Mantaro-Socavalle, luego vinieron otras y prácticamente hasta hace año y medio estuve vinculado a ProInversión en diferentes cargos, como presidente de los comités de infraestructura y servicio público

Dada mi limitación, como ustedes han escuchado yo soy ingeniero, lo que les voy a hablar es un poco de experiencia respecto a haber armado los contratos, a haber desarrollado las diferentes cláusulas, básicamente económicas y financieras, y en función de eso vamos a analizar el caso y la pregunta que finalmente me han dirigido.

Yo me acuerdo de un evento que hubo en la biblioteca, donde se dio la adjudicación del muelle sur. Una expresión mía al leer la oferta de 135 millones de dólares, si mal no recuerdo exactamente, lo ofrecía DUBÁI para poder adjudicarse el muelle sur, que en realidad se estaba adjudicando un pedazo de agua, no había nada más que eso en ese momento. La inversión iba a ser plena, se comprometía a desarrollar todo lo que es el muelle, adicionalmente a las áreas de respaldo, a hacer inversiones de más de 60 millones de dólares en áreas comunes, en desarrollar todo el tema de grúas bajo los principios de un contrato de concesión, que es tener el índice de servicio en términos de atención y movimiento de contenedores, tiempo de espera, etc.

Entonces, para entender la problemática del caso, es bueno saber como fue el factor del concurso. Se concursó primero por una tarifa hasta un nivel tal que se prefijó previamente al concurso. Luego, si es que finalmente llegaban a esa tarifa mínima, tenían que poner un *afront*, o sea, un dinero en efectivo en un fondo para poder digamos adjudicarse, y ganaba el que ponía la mayor cantidad de dinero en ese fondo. Esto es importante para el tema digamos de interpretar lo que está sucediendo ahora. Que hubiese pasado si en vez de que pusiera ese dinero en el fondo para poder hacer obras, a nivel ya más general de todo el puerto, se hubiera sacrificado más tarifas para volverse más competitivo, en vez de poner ese dinero.

¿Por qué es importante esto? Porque cuando uno lanza el concurso del muelle norte, lanza con características totalmente distintas, ya no es un área de agua adjudicada para desarrollar un muelle nuevo, es un muelle existente. Ya no son grúas que tengo que poner sino son grúas que ya existen y simplemente tengo que

complementarlas. La ventaja competitiva que tiene alguien que va a invertir en el muelle norte por áreas adicionales o por inversiones adicionales no es la misma que el esfuerzo que se tiene en un área totalmente nueva, de ahí la discrepancia y sobre todo hay un tema de lo que se llama equilibrio económico.

¿Cómo definimos nosotros el equilibrio económico en un contrato? Por variación de una norma específica. Generalmente, los contratos se organizan de modo que todo lo que son ajustes variaciones ya están incluidas en diferentes cláusulas en el contrato, ajuste por precio, por tasa de interés, diversos ajustes; pero se deja una sola cláusula que es la cláusula equilibrio económico para variaciones, en lo que son las normas que pueda dictar el gobierno en el momento que se desarrolla la concesión.

“A veces el gran error es no saber aplicar un sistema regulatorio adecuado para una situación específica, usamos un modelo regulatorio que a veces no corresponde y terminamos en un problema como el que estamos”.

¿Qué pasa en este caso? De un modelo regulatorio guiado por lo que se llama “Price Card”, que pone un precio límite máximo a la tarifa, donde el operador del muelle sur podría bajar pero no subir encima de esa tarifa; pasamos a otro modelo regulatorio producto del concurso, que es un modelo regulatorio por competencia, es decir, realmente hemos redefinido todo el contrato, por que muchas de las cláusulas que finalmente se definieron para el muelle sur ya dejan de ser aplicables en un ambiente de competencia. Entonces, en realidad se da un cambio normativo de un sistema regulatorio que partía de un “Price Card” a un modelo regulatorio por competencia.

Por lo tanto, claramente hay un primer gatillo para interpretar que en esta ocasión se da un daño económico al operador del muelle sur. Entonces, el operador del muelle sur dice “yo entre con un muelle nuevo, no tenía ventajas, no tenía inversiones ya realizadas, por lo tanto mi posibilidad de competencias es menor a alguien que ya toma un puerto desarrollado, con demanda desarrollada, con clientes establecidos”. Es claro que la situación es totalmente distinta y nos hemos metido en una controversia que se calcula que es más o menos de 250 millones de dólares por este tema.

Entonces, cuando uno elige un sistema regulatorio, en realidad tiene que ser muy consistente y conocedor de lo que finalmente se regula. Esto en este caso no se ha dado, no se ha afinado, no se ha previsto las consecuencias que podían derivar de este esquema, más aún ante la oportunidad de hacer participar a DUBÁI dentro de la competencia, lo cual hubiera aliviado la situación. Se le hubiera por lo menos dicho que había participado en un

esquema donde ya conocía las reglas de juego sobre la mesa, pero se le evito la participación y ahí nace todo estas controversias que tenemos a nivel del Estado.

Yo creo como conclusión, que los sistemas regulatorios que existen y se conocen, son buenos en su esencia. A veces el gran error es no saber aplicar un sistema regulatorio adecuado para una situación específica, usamos un modelo regulatorio que a veces no corresponde y terminamos en un problema como el que estamos. Modelos regulatorios para monopolios existen, modelos regulatorios para dos empresas con área monopólica como puede ser Luz del Sur y Edelnor en el sistema eléctrico existen, se regulan, funcionan sin problemas, dan servicios en sus áreas de concesión sin problemas y finalmente, ni siquiera compiten entre ellas.

Todo parte nuevamente de conocer la base regulatoria para la aplicación que podamos hacer en el desarrollo de las concesiones. Yo no creo que falten normas, lo que falta es conocimiento de cómo aplicar adecuadamente la normatividad existente.

Ramón Huapaya

La verdad es que este tema tiene bastantes aristas, como bien lo ha dicho el doctor Bravo. Si bien es cierto, la intención en principio ha parecido loable, de buscar una competencia intra portuaria, porque eso es lo que buscaba el ejecutivo, buscar separar los dos puertos y buscar entregar el muelle norte a un competidor distinto, esto también podría no ser tan cierto. Y los argumentos que ha dado el doctor Bravo son muy convincentes. Entonces, hay una serie de desventajas en cuanto al diseño de esta concesión.

Esto es muy importante pues, como señala el Doctor Bravo, los factores de competencia son importantes para poder diseñar que es lo que se quiere al regular efectivamente al puerto. Otra cosa importante es que se dice que, y ese es el argumento de DUBÁI, que en realidad no hay una justificación específica para poder excluirlos porque lo que ha existido es un Decreto Supremo que lo que hacía en buena cuenta es excluir a la empresa de cualquier proyecto que se vaya a convocar sobre el muelle norte. Aunado a eso, hay un tema judicial de por medio que hubo por una cautelar que permitió la posibilidad que DUBÁI participe, pero la misma fue revocada y generó un pequeño revuelo mediático porque hubo todo un cuestionamiento a la autoridad de los jueces con respecto a si pueden o no pueden dictar medidas cautelares dentro de un procedimiento administrativo. Tal es así que se presentó un proyecto de ley para que los jueces no puedan conocer el tema del Estado y se conozca en Lima, lo cual es una reacción un poco exagerada del Ejecutivo por tratar de inmunizar este proceso de cualquier interferencia judicial, lo cual no es necesariamente viable. En otros países donde han existido procesos de privatización han habido medidas cautelares Acá se ha buscado descalificar al instituto en vez de descalificar al acto en concreto. Lo cierto es que DUBÁI perdió la cautelar, fue retirado del proceso ante la adjudicación y fue prácticamente descalificado. Al final se abrieron los sobres de los postores restantes calificados