

# Contratos incompletos, instituciones y regulación de Asociaciones Público-Privadas



**EUGENIO D'MEDINA LORA**

Licenciado en Economía y BsC en Ciencias Sociales por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Máster en Administración (MBA) por la Universidad de Quebec.

Candidato a Doctor en Ciencia Política y Relaciones Internacionales por la Universidad Ricardo Palma.

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de las Maestrías en Gestión Pública de la Universidad San Ignacio de Loyola y de la Universidad Continental.

Consultor internacional en Asociaciones Público-Privadas.



## SUMARIO:

- I. Las Asociaciones Público-Privadas.
- II. El espejo de las APP tiene dos caras.
- III. La transacción APP.
- IV. Contratos Incompletos.
- V. Los costos de transacción.
- VI. Sobreinversión.
- VII. Problemas de Agencia.
- VIII. El hold up.
- IX. Captura del regulador.
- X. Renegociaciones contractuales.
- XI. Obstáculos institucionales.
- XII. Conclusiones.

## I. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Existe una amplia gama de definiciones de lo que constituye una Asociación Público-Privada (APP). Para el Banco Mundial, una APP es “un contrato a largo plazo entre un particular y una agencia del gobierno, para proporcionar un bien o servicio público, en el que la parte privada tiene un riesgo significativo y la responsabilidad de gestión”<sup>1</sup>.

El *Public-Private Partnership in Infrastructure Resource Center*, perteneciente al *Worldbank Group*, define las APP como arreglos contractuales –típicamente de mediano o largo plazo– entre los sectores público y privado, mediante los cuales algunos de los servicios que se incluyen en las responsabilidades del sector público son proporcionados por el sector privado, con un claro acuerdo en objetivos comunes para la entrega de la infraestructura pública y/o servicios públicos<sup>2</sup>. El concepto de APP no incluye los contratos de servicios o contratos de construcción “llave en mano” –que se clasifican como proyectos de contratación pública– ni la privatización de los servicios públicos.

Por su parte, para el Fondo Monetario Internacional (2004), las APP son mecanismos por los que el sector privado suministra activos y servicios de infraestructura que tradicionalmente han sido proporcionados por el gobierno<sup>3</sup>. Para el gobierno, el financiamiento privado puede apoyar el aumento de la inversión en infraestructura sin impactar inmediatamente en al endeudamiento público y el stock de deuda. Eventualmente, una APP puede ser una fuente de ingresos del gobierno. Al mismo tiempo,

una mejor gestión en el sector privado y su capacidad para innovar, puede conducir a un aumento de la eficiencia, todo lo cual se debería traducir en una combinación de mejor calidad y servicios a menor costo. Para el sector privado, las APP negocio actual oportunidades en las áreas de las que era en muchos casos excluidos anteriormente.

También particularmente interesante es la definición de *The Canadian Council for Public-Private Partnerships* (2015), según la cual, una APP puede concebirse como un modelo de cooperación entre los sectores público y privado, construida en la experiencia de cada asociado que mejor se adapte a las necesidades públicas, y claramente definidas contractualmente a través de la asignación adecuada de recursos, riesgos y recompensas<sup>4</sup>. Volveremos más adelante a explorar más esta definición.

La institucionalidad y la legislación peruana sobre APP ha evolucionado notablemente desde las primeras reformas de los noventa amparadas en numerosos dispositivos<sup>5</sup>. En la actualidad, el marco normativo de las APP lo rige el Decreto Legislativo 1012, que consigna la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas–conocida como “Ley APP” en el Perú<sup>6</sup>– y su Reglamento, estipulado en el Decreto Supremo 127-2014-EF.

El artículo tercero de la Ley APP las define así:

*“Las Asociaciones Público Privadas – APP- son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se dis-*

1. Worldbank Institute. *“Public-Private Partnerships; Reference Guide”*. International Bank for Reconstruction and Development / International - Development Association or The World Bank. Washington DC: 2012, p. 11.

2. Public-Private Partnership in Infrastructure Resource Center. Ver: <http://ppp.worldbank.org/>.

3. International Monetary Fund. *“Public-Private Partnerships”*. Fiscal Affairs Department. Washington DC: 2004.

4. The Canadian Council for Public-Private Partnerships. Ver: <http://www.pppcouncil.ca/>.

5. D’MEDINA, EUGENIO. *“Institucionalidad PPP en el Perú: antecedentes, evolución y prospectiva”*. Revista de Economía y Derecho N° 15. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, invierno 2007.

6. Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 13 de mayo de 2008 y modificado por la Ley 29771, por el Decreto Legislativo 1016, por la Ley 30114 y por la Ley 30167.

*tribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos. Participan en una APP: el Estado, a través de alguna de las entidades públicas establecidas en el artículo precedente, y uno o más inversionistas privados”.*

Este artículo fue modificado por el artículo 1 de la Ley 30167, publicada el 2 marzo de 2014, cuyo texto es el siguiente:

*“Las Asociaciones Público-Privadas - APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos y/o prestar los servicios vinculados a éstos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, de acuerdo a las condiciones establecidas en el Reglamento de la presente norma. Participan en una APP: el Estado, a través de alguna de las entidades públicas establecidas en el artículo precedente, y uno o más inversionistas privados.”*

Las políticas APP en América Latina son “descendientes” de las políticas de incorporación del capital privado a actividades tradicionalmente llevadas a cabo por el sector público exclusivamente. Estas políticas se implementaron a raíz del *cambio de paradigma de desarrollo* a fines de los ochenta. Inicialmente asumieron dichas políticas la forma de privatización, tomando pie en las recomendaciones contenidas en el Consenso de Washington. Posteriormente, hacia mediados de los noventa, mutaron hacia la figura de las concesiones, las cuales en algunos países representan una entidad jurídica distinta a las de las APP, como es el caso de Chile, mientras que en otros, prácticamente se trata de dos conceptos

sinónimos, como en el caso de la normativa del Perú. En cualquier caso, las APP permitieron avanzar en esta línea de incorporar financiamiento y gestión privada al manejo de activos públicos sin las resistencias que provocó la privatización, por menor exposición política, en la medida en que no se enajenaban esos activos públicos en favor del sector privado. Luego, ya en los años dos mil, demostraron la necesidad de ser aplicadas teniendo en cuenta la transparencia con la sociedad civil y su participación en la aprobación social de la implementación de las APP.

La posibilidad de levantar recursos del sector privado es una de las ventajas que le da valor a las políticas APP. Entonces, si el gobierno tiene los recursos, ¿siempre debe hacerlo por sí mismo? ¿O en algunos casos, aun así, puede haber valor de hacer una APP? Efectivamente, hay otras fuentes de valor: la gestión diferencial que se espera que pueda ser mejor en el sector privado que en el público<sup>7</sup> y la posibilidad de transferir riesgos del sector público hacia el sector privado durante un horizonte temporal extenso. En tales casos, si una APP no puede ser autofinanciada por el mercado, se puede optar por un esquema de cofinanciamiento estatal al proyecto, a fondo perdido, sin requerimiento de retorno para los recursos estatales.

## II. EL ESPEJO DE LAS APP TIENE DOS CARAS

Al parecer, no habría una única razón por la cual llevar a cabo una APP para desarrollar un determinado proyecto público. Como tampoco hay una sola definición de ellas. Sin embargo, resulta por demás interesante comprobar que el énfasis de cada definición pone en relieve un aspecto clave de lo que son las APP, de lo que significan, de lo que son capaces de aportar a la gestión pública.

Considérese la definición consignada en la legislación peruana, por ejemplo, inspirada en *lo que puede hacer una APP*, en la misma línea de pensamiento que la del Banco Mundial y la del

7. Al menos en América Latina donde los aparatos estatales son precarios y suelen entregar malos servicios.

FMI. Definición que nos habla de cómo se puede atraer inversión privada para incorporar *"experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos y/o prestar los servicios vinculados a éstos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica"*. Para esto sirve, efectivamente, una APP. ¿Y para qué lo hace? Para conseguir una cosa fundamental: servicios públicos de calidad. No es infraestructura lo que compra el Estado, sino calidad de servicios para el ciudadano. Calidad que se reflejará no sólo en su comodidad, sino especialmente en su aumento de productividad, su mejora en competitividad y para muchos, en su esfuerzo por salir de la pobreza. Calidad que se puede comprar antes de esperar más tiempo sin contar con el servicio público. Todo esto puede hacer una APP, no simplemente desarrollar una infraestructura.

Exploremos ahora la definición del Consejo Canadiense para las APP. Esta definición hace más incidencia en los conceptos clave de "cooperación" y en el de hacer uso de la "experiencia" diferencial de cada asociado, que al final se va a traducir en la distribución de los riesgos entre las partes, que es el "centro neurálgico" de todo arreglo contractual de APP. Es una definición que habla de *lo que hace que sea posible una APP*, al final del día. Para hacerlo, llega a una conceptualización de las partes como lo dice la definición: asociados. Se trata de asociados que cooperan con base en sus experiencias diferenciales para sacar adelante un resultado –el servicio público deseado– durante un plazo determinado y conocido.

Estas son las dos caras del mismo espejo de las APP. Para conseguir los resultados en términos de servicios públicos de calidad, debe entenderse a las APP como relaciones cooperativas que han de sostenerse en el largo plazo, haciendo frente a las diversas contingencias que pudieran presentarse. No es un juego de suma cero. Todo lo contrario. Los sectores público y privado unen sus esfuerzos para cooperar entre ellos, no para ganarse algo para uno a costa del otro. Y esto es

muy importante que lo entienda tanto el sector público como el sector privado.

Como las entidades que negocian entre ellas, al final, se reducen a personas que interactúan, es de crucial importancia que las partes que elaboran ese traje a la medida que es una APP posean el conocimiento necesario para estructurar adecuadamente cada proyecto bajo esta modalidad. A ambos lados de la mesa les conviene que sus interlocutores sean especialistas en el tema a fin de confrontar los muchos escollos que una transacción de esta naturaleza conlleva en el tiempo.

De estas destrezas es que va a poder derivarse en acuerdos contractuales las muchas complejidades que acarrearán la estructuración de una APP y su posterior implementación. Sin embargo, no menos importante es el entendimiento de que los contratos pueden ser lo mejor elaborados que se pueda, pero aun así, no pueden contemplar todos los elementos que se pueden suscitar en el tiempo entre las partes, especialmente entre las entidades medulares del sector público y del sector privado. En otras palabras, los contratos APP tienen la característica de ser contratos incompletos.

Un contrato incompleto es todo contrato que regula un compromiso que no queda perfectamente delimitado bajo sus limitantes y en el que, debido a la complejidad de la transacción o a la incertidumbre del contexto en que la misma se realiza, a los límites prácticos de la racionalidad humana para prever todas las eventualidades que pueden presentarse o debido incluso a la imprecisión del lenguaje natural en que el mismo está redactado, contiene zonas grises y deja cabos sueltos o aspectos sin regular, al amparo de los cuales alguna de las partes puede sacar provecho. Volveremos sobre esta definición más adelante.

Los contratos incompletos exigen mucha actitud cooperativa entre las partes para sostenerlos y llevarlos a buen término, ya que no es posible predecir con exactitud razonable el futuro y sus múltiples contingencias que impacten al proyecto materia de la APP. Lamentablemente la naturaleza de "contratos incompletos" que caracteriza a

las APP abren las posibilidades a la aparición de una serie de incentivos perversos que pueden llegar a frustrar no sólo el término de un contrato de APP sino incluso, que se pueda llevar a cabo siquiera su firma antes de iniciar cualquier desembolso de inversión en obra física. Algunas de esas situaciones las vamos a revisar en el presente *paper*, porque afectan en gran medida la regulación de las APP. Por consiguiente, repetimos, las APP exigen mucha actitud cooperativa entre las partes para sostenerlos y llevarlos a buen término, además de profundo conocimiento de las partes involucradas.

### III. LA TRANSACCIÓN APP

Sea cualquiera la definición que se tome para una APP, lo primero que salta a la vista es que involucra una transacción compleja, donde intervienen varios actores. La Figura 1 muestra un esquema de los actores principales de una transacción APP. (ver figura 1).

Es de notarse que cada flecha punteada de doble sentido, involucra una relación contractual, siendo por mucho la relación contractual principal la que está representada por el Estado y el aliado privado, que constituye una empresa en la mo-

dalidad de una sociedad de propósito específico o una sociedad de vehículo especial. Tal relación toma la forma de un contrato que se denomina contrato APP. Dicho contrato debe sintetizar y subsumir todos los elementos que permitan esclarecer y determinar inequívocamente cómo se distribuyen los riesgos en tan compleja transacción. Por tal motivo, la elaboración de un contrato APP involucra mucho esfuerzo y gran talento jurídico para que el acuerdo resultante, balancee adecuadamente la distribución de los riesgos involucrados, el sostenimiento del equilibrio económico-financiero del participante privado, los intereses del Estado y al mismo tiempo, contemple las flexibilidades en el grado justo para que el contrato se pueda adaptar en el tiempo a los cambios del entorno que pudieran afectar el desarrollo del proyecto materia de la APP.

En el diagrama se observa que, además de este contrato, otros acuerdos son relevantes, lo que configura una red de contratos legales que, en la práctica, lo que hacen es asignar riesgos entre los involucrados en la transacción y establecer las responsabilidades contractuales del caso. Y esto es crucial para el funcionamiento de una APP. La esencia de un acuerdo APP es la distribución de riesgos. Central para cualquier APP



exitosa es la identificación de riesgos asociado a cada componente de la transacción y su asignación al socio público, al privado o a ambos. El equilibrio deseado para asegurar el mejor valor se basa en una distribución de los factores de riesgo a los asociados más capaces de manejar esos riesgos y por tanto minimizar los costos al tiempo que mejora el rendimiento.

#### IV. CONTRATOS INCOMPLETOS

La compleja transacción APP no solo refleja la existencia de contratos sofisticados e incompletos, sino además, la necesidad de una regulación económica adecuada, en vista que estos esquemas normalmente se aplican para proveer servicios públicos que operan bajo estructuras industriales del tipo de monopolios naturales, esto es, mercados imperfectos que justifican alguna vigilancia del Estado<sup>8</sup>.

La existencia de contratos sofisticados e incompletos, unida a la configuración del monopolio natural en las industrias de servicios públicos, obliga a siempre a algún tipo de regulación económica porque de otro modo se deja muy desamparado al usuario final ante el poder de mercado del titular de una APP. El modelo regulatorio más empleado es el de regulación por tasa de retorno en conjunción con incentivos a la competencia a lo Demsetz<sup>9</sup> a través de licitaciones públicas que establezcan una competencia ex ante –“por la cancha”, ante la imposibilidad de que ocurra “en la cancha” por las características de monopolio natural de los mercados en que se desarrollan– y es un mecanismo que se viene usando extensivamente en el campo de las APP.

Hasta aquí parece todo estar bien con la regulación de las APP. Si se optara por el modelo regulatorio de tasa de retorno, por ejemplo, de lo que se trataría simplemente es de calcular ese precio tope y conocer más o menos el perfil de ingresos y costos del concesionario privado y luego aplicarle el tope. La empresa concesionaria produciría al precio que le permitiría cubrir su costo medio. Lo demás sería diseñar el proceso regulatorio de tal manera que atraiga suficientes competidores por el derecho de desarrollar y explotar el proyecto.

Sin embargo, en la realidad, las cosas no son tan sencillas. Y de hecho, son muy complejas. Debe recordarse que el telón de fondo de todos los problemas de negociación en transacciones que involucran una APP, es el hecho de que ambos asociados, tanto público como el privado, enfrentan incertidumbre respecto del futuro, la cual se acrecienta conforme se amplía el horizonte. Dentro de esas incertidumbres, naturalmente también está la incertidumbre respecto al comportamiento del otro socio, de la contraparte principal en un contrato APP.

Esto incide en que los contratos suscritos entre ellos no puedan contener todas las previsiones de lo que, a futuro, afectará la marcha del proyecto. Es imposible prever eventos futuros a un horizonte propio de una APP, como pueden ser dos o tres décadas, que incluyen no son hechos de fuerza mayor como catástrofes naturales o alteraciones en la estabilidad política o económica, sino otros hechos como la acelerada evolución de la tecnología, prácticamente imposible de avizorar a horizontes menores todavía. Como hemos señalado, todo esto hace ineludiblemente que los contratos APP sean de por sí,

- 
8. ARROW, Kenneth. "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care". *The American Economic Review* Vol. 33, N° 5. Pittsburgh: diciembre 1963. BAUMOL, William. "On the Proper Cost Test for Natural Monopoly in a Multiproduct Industry". *The American Economic Review* Vol. 67, N° 5. 1977, pp. 809-822. BAUMOL, William, PANZAR, John y WILLIG, Robert. "Contestable Markets and the Theory of Industry Structure". San Diego: Harcourt, Brace, Joavanovich. 1982. PIGOU, Arthur Cecil. "The Economic of Welfare". Londres: MacMillan and Co., Limited, 1920. KAHN, Alfred. "The Economics of Regulation". Principles and Institutions. Londres, Cambridge: The MIT Press, 1993. WATERSON, Michael. "Regulation of the Firm and Natural Monopoly". New York: Basil Blackwell, 1988.
  9. DEMSETZ, Harold. "Why Regulate Utilities?". En: *Journal of Law and Economics*, Vol. 11, N° 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1968, pp. 55-65.

incompletos. Y serán, por las mismas razones, más "incompletos" a medida que el horizonte o plazo de la APP sea mayor.

¿Qué implicancias tiene este hecho para el diseño de contratos? Que los contratos deben ser suficientemente flexibles para incorporar estos vacíos. Si bien es cierto, existe bastante evidencia acerca de las existencia de negociaciones malintencionadas, únicamente para sacar ventaja especialmente al aliado privado (Guash<sup>10</sup>; Engel<sup>11</sup>), debe tenerse en cuenta que las renegociaciones no siempre implican intencionalidad de sacar ventajas, sino que perfectamente pueden corresponder a la necesidad de adecuar el contrato de APP a las nuevas condiciones de la economía y del mercado que afecten el equilibrio económico-financiero del concesionario.

## V. LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Pero esto siempre queda en el terreno de la especulación *ex ante*. Puede ocurrir que las renegociaciones involucren costos de transacción muy severos. Los costos de transacción son los costos explícitos e implícitos en que incurren los actores económicos al comprar o vender un bien o servicio en el mercado, es decir, al entrar al intercambio. Estos sobrecostos no pueden atribuirse al ofertante o al demandante, sino a factores externos a la materia de lo intercambiado y que se relacionan más al contexto institucional, a la infraestructura en que ambos operan y se relacionan e incluso, a factores de índole cultural de la sociedad en la cual ellos realizan la transacción. Y de hecho, si las incertidumbres son muy fuertes, podría no convenir una APP por los costos de transacción que involucra.

¿Por qué se incrementan los costos de transacción? Una primera causa puede ser porque la transacción representa una negociación costosa, por ejemplo, porque hay pocos agen-

tes con los que se puede comerciar o por la inexistencia de un precio de mercado y hay que negociarlo, como sucede en las adquisiciones muy especializadas por licitación, en las que hay que pagar especialistas en negociación, abogados, financistas, etcétera. Una segunda causa es la infra-inversión, cuando el nivel de inversión ejecutada puede ser menor que el óptimo porque no hay incentivos para invertir más, como sería el caso de invertir en una mejora en el sistema de drenaje de un puerto para incrementar el calado de los barcos que recibe, pero que se sabe que no podrá ser replicado en otro proyecto por las características especiales del entorno geográfico del mismo. Una tercera causa está en el oportunismo del comprador o el vendedor, que pueden aprovechar la naturaleza "hundida" de los costos y así el vendedor puede exigir más precio cuando el comprador ya invirtió o el comprador puede exigir menor precio cuando ya se ha producido la inversión.

Se pueden identificar tres fuentes de los costos de transacción en las APP: (i) los costos de información y búsqueda, que involucran la identificación y selección de postores con quienes se realizará la APP; (ii) los costos de negociación, que incluyen la redacción y estipulación de las cláusulas y condiciones de las bases de licitación y del contrato APP; y, (iii) los costos de garantía, que incorporan el aseguramiento del cumplimiento del contrato APP en el tiempo, por ejemplo, en la forma de sanciones, controles, garantías y seguros.

Asimismo, existen dos tipos de costos de transacción: *ex post* y *ex ante*. Ejemplo de los costos de transacción *ex post* en APP se da cuando el concedente y el concesionario tienen distinta calidad y cantidad de información, esto es, cuando existe un escenario de información asimétrica entre las partes que se traslada al poder de negociación de cada uno, lo cual puede poner

- 
10. GUASH, José Luis. "Concesiones en infraestructura". Cómo hacerlo bien. BOSH, Antoni (Editor). Washington D.C.: 2005.
  11. ENGEL, Eduardo; FISHER, Ronald y GALETOVIC Alexander. "Economía de las Asociaciones Público-Privadas". México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2014.

en riesgo la transacción. Ejemplo de los costos de transacción *ex post* en APP se produce cuando hay que llegar a acuerdos y plasmarlos en un contrato, ya que implica costos de preparar, negociar y redactar dichos acuerdos.

En suma, todo lo anterior incide en que puede fallar la propia regulación. ¿Por qué? Por un des-alineamiento de incentivos entre las partes involucradas. Existen cuatro tipos de problemas que pueden surgir desde lo económico: (i) incentivos a la sobreinversión en los activos materia de la APP; (ii) incentivos a desviarse de comportamiento acordado por las partes; (iii) incentivos a truncar el acuerdo entre las partes que constituyen una APP, principalmente entre el concedente y el concesionario privado; y, (iv) incentivos a la captura del regulador que tiene a su cargo la supervisión de la sociedad de vehículo específico. En adición, hay problemas desde el marco institucional de la regulación. Examinemos a continuación cada uno de ellos.

## VI. SOBREINVERSIÓN

La regulación por tasa de retorno, cuya racionalidad microeconómica Hemos explicado en otro trabajo<sup>12</sup>, conlleva algunos inconvenientes, siendo el más común de ellos el problema de los incentivos a la sobreinversión. Este es el efecto identificado por primera vez por Averch y Johnson<sup>13</sup>.

¿Qué establece el efecto Averch-Johnson? Al regular un tope de retorno se establece un máximo de beneficio contable sobre el capital invertido. A más capital, es decir, a más gasto en activos de capital, mayor el monto de ganancia que puede justificar el concesionario, dado un tope en la tasa de retorno permitida, definida esta como el cociente entre ganancia e inversión en capital. Para ganar más, por tanto, la empresa concesionaria debe seleccionar una mezcla in-

eficiente de insumos utilizando más capital del que necesitaría de no existir el tope regulado, ya que es sobre el monto de activos de capital que se calcula ese retorno que se le permite ganar.

¿Cuáles son los principales problemas del efecto Averch-Johnson? El primero es que la inversión excesiva requiere mayores tarifas a pagar por los consumidores, lo que "justifica" mayor precio cobrado por el servicio y muchos usuarios excluidos del servicio público que el gobierno quiere que sean utilizados por la gente. El segundo es una mala asignación de recursos que lleva a sobre-inversión o sobre-capitalización, lo que repercute en la posibilidad de construir "elefantes blancos", como carreteras en que transiten pocos vehículos o aeropuertos sobredimensionados para el tráfico aéreo que soportan.

Un tercer problema aparece cuando se regula una APP que ofrece varios servicios o productos, en cuyo caso la empresa regulada puede segmentar muchas veces distintos mercados. En esos casos, la regulación incide sobre la tasa de retorno promedio de todos los mercados, pero no sobre cada tasa de retorno de cada mercado. De esta manera, la empresa puede ser incentivada a vender a un retorno inferior al costo del capital en los mercados donde la demanda es más elástica mientras que puede vender a un retorno superior al costo del capital donde la demanda sea menos elástica<sup>14</sup>. Dado que uno de atributos que hacen que un bien sea más elástico es la presencia de sustitutos, entonces el concesionario podría ofrecer el servicio público por debajo del costo de capital en los mercados donde el mismo es menos necesario al existir sustitutos. Caso contrario al de mercados con elasticidad reducida, reflejo de lo altamente necesario que es el bien o servicio ofrecido, en los cuales el privado se verá incentivado a vender a un precio sobrevalorado justo a usuarios que necesitan con elevada urgencia el servicio

12. Véase "Fundamentos económicos de la regulación" del mismo autor, en el presente número de **ADVOCATUS**.

13. AVERCH, Harvey y JOHNSON, Leland. "Behavior of the Firm under Regulatory Constraint". En: *American Economic Review*, Vol.33, N° 5. Pittsburgh: diciembre 1962.

14. FRANK, Robert. "Microeconomía y Conducta". Segunda Edición, México D.F.: Grupo Editorial Iberoamérica, 1992.

o bien público. En otras palabras, justamente la población más vulnerable puede estar más sujeta a los incrementos de precios que aquellos que sí tienen alternativas al servicio.

La matemática demostrativa de estos tres problemas así como del propio efecto Averch-Johnson rebasa los límites de este trabajo, pero puede encontrarse desarrollos a nivel intermedio en Call y Holahan<sup>15</sup> y Frank<sup>16</sup>. En cualquier caso, el mecanismo de regulación por tasa de retorno, a pesar de los problemas que acarrea, sigue siendo el preferido por los entes reguladores, quizás porque la sensación de que las ganancias deben ser controladas en el caso de servicios públicos, sea prevaleciente en los funcionarios de gobierno así como en la gente común. Si esto otorga legitimidad a la actividad de la regulación, es algo que puede explicar la preferencia por este mecanismo, además de la facilidad relativa de su aplicación.

## VII. PROBLEMAS DE AGENCIA

La regulación del gobierno sobre el operador privado se enfrenta también a un problema clásico en economía: un problema de agencia. ¿Cuándo se produce? Cuando una transacción implica un acuerdo por el cual una de las partes –llamado el agente– deba generar un producto por encargo de otra parte –denominado el principal– y además, dichas partes tienen distintos incentivos y funciones objetivo y una de las partes contratantes dispone de información que desconoce la otra parte y la utiliza en su provecho. Quiere decir que el agente sabe más del negocio, oficio o profesión que desempeña, que el mismo principal.

Este es precisamente el escenario que se plantea en una transacción que conlleve a una APP. El

gobierno actúa de principal porque encarga a un privado –que hace de agente– la ejecución y la explotación de una infraestructura para brindar un servicio público. Y ambos tienen intereses distintos. Mientras el gobierno busca el mejor servicio para el usuario con el menor costo para facilitar su acceso<sup>17</sup>, el socio privado trata de maximizar su rentabilidad. Se trata de dos objetivos plausibles pero que no necesariamente convergen. Y no pueden ser eliminados en un contrato APP porque de alguna manera muy importante, esos intereses constituyen la base de la existencia y del funcionamiento de la misma.

El problema de agencia surge, en el fondo, de una situación de información asimétrica, esto es, cuando una de las partes posee más y mejor información que la otra respecto a los términos de una transacción. Sus manifestaciones principales son la selección adversa y el riesgo moral. Examinaremos brevemente cada uno.

Por selección adversa queremos significar aquellas situaciones previas a la firma de un contrato, en las que una de las partes contratantes, que está menos informada, no es capaz de distinguir la buena o mala calidad de lo ofrecido por la otra parte. Por tanto, al no poder dilucidar las buenas de las malas ofertas, se destruyen en el tiempo los incentivos para ofrecer algo bueno y de calidad. Y la transacción entonces se vuelve atractiva a los proveedores mediocres del servicio que pueden intentar la aventura de suministrarlo dado que los buenos y eficientes se desanimarán de competir.

Asimismo, por riesgo moral debe entenderse aquellas situaciones en las que una de las partes posee información privada acerca de las consecuencias de sus propias acciones, en el marco de un contrato que refleja los términos

15. CALL, Steven y HOLAHAN, William. "Microeconomía". Segunda Edición. México D.F.: Grupo Editorial Iberoamérica, 1983.

16. FRANK, Robert. *Op. Cit.*

17. Dejamos de lado comportamientos de las burocracias gubernamentales que se desvían de estos objetivos y asumimos, por conveniencia metodológica, que sus funciones objetivo coinciden con la del grueso de los ciudadanos.

de una transacción, con pleno conocimiento de que será la otra parte la que se hará cargo de las consecuencias de los riesgos asumidos, expresados en costos mayores asociados a la falta de esfuerzo o responsabilidad, debido a la ausencia de incentivos para esforzarse en asumir la responsabilidad del impacto de sus actos.

La presencia de estos problemas sugiere desafíos a los procesos de licitación y de regulación de las APP. En la licitación, la selección adversa puede atraer inversionistas aventureros, incentivar la colusión entre postores u ocasionar la "maldición del ganador"<sup>18</sup>, lo cual ya establece una base precaria para una buena regulación. De otro lado, en la regulación propiamente dicha, el riesgo moral puede dar lugar a prácticas de "lowballing", renegociaciones injustificadas y a problemas de captura, sobre los cuales vamos a profundizar seguidamente. En ambos casos, la asimetría de información juega en contra del sector público y dificulta todo el proceso regulatorio.

### VIII. EL HOLD UP

¿Qué es el *hold up*? Es una situación en la que dos partes, por ejemplo, un proveedor y un fabricante o el propietario del capital y los trabajadores o un operador privado y el Estado, pueden ser capaces de trabajar más eficazmente mediante la cooperación, pero se abstienen de hacerlo debido a la preocupación de que la otra parte puede hacer valer un mayor poder de negociación, una vez empezado el emprendimiento asociado y reducir así sus propios beneficios. En otras palabras, se configura un escenario en que una de las partes tiene tomada a la otra y le impone sus condiciones fuera del contrato suscrito entre ambas.

El problema del *hold up* surge del hecho de que toda APP incorpora, de una u otra manera, la presencia de activos de alta especificidad a la

transacción subyacente entre el concedente público y el concesionario privado. Estos activos tienen la peculiaridad de que son esenciales para una operación determinada y no pueden ser reasignados a otra transacción sin incurrir en un alto costo. Una vez que el activo de alta especificidad está ubicado donde está destinado a desempeñarse, en caso de desavenencia entre las partes, una de las partes no puede ser reemplazada sin incurrir en un costo significativo. ¿Por qué? Porque las partes están encerradas, cautivas, hasta cierto punto, en la relación. Es decir, los costos de deshacer la transacción original son muy elevados para alguna de las partes.

Existen diversas formas de especificidad de los activos. Para sólo citar ejemplos, una de ellas es la especificidad del lugar. Sucede cuando un activo solamente puede ser utilizado en un sitio físico y no en otro, o al menos, cuando trasladarlo es muy costoso. Por ejemplo, en el caso de una torre de control en un aeropuerto es prácticamente imposible trasladarla a otro aeropuerto una vez construida en el primero. Otra es la especificidad de activos dedicados a un único comprador, cuando algunas inversiones se hacen para satisfacer a un solo comprador, sin cuyo negocio la inversión no será rentable. Ejemplos pueden encontrarse en aeropuertos que invierten en activos para cumplir con las necesidades especiales de algunos clientes o la inversión de un contratista de defensa en las instalaciones para la fabricación de determinados sistemas de armas avanzadas.

El tema de la especificidad de los activos está muy relacionado a la existencia de lo que Hart señalaba como "derechos residuales de control"<sup>19</sup>. En efecto, según este enfoque, el titular de los derechos de propiedad sobre un activo tiene derechos de control residuales sobre ese activo, esto es, derecho a decidir todos los usos

18. La "maldición del ganador" representa una situación en la que el ganador de una licitación tenderá a pagar en exceso porque la oferta ganadora supera el valor del activo subastado o porque el valor de ese activo es menor que el previsto por el postor, en cuyo caso puede todavía obtener una ganancia neta, pero menor a la esperada.

19. HART, Oliver. "Incomplete contracts and the theory of the firm". The Nature of the Firm. Eds. WILLIAMSON, Oliver y WINTER, Sidney. New York: Oxford University Press, 1993, pp. 138-158.

de tal activo de cualquier manera que no sea incompatible con un contrato previo, con la costumbre o con la ley<sup>20</sup>. Los derechos residuales de control aparecen especialmente en los contratos incompletos, cuando existen altos costos de transacción que hacen prohibitivo “completarlos”. ¿Por qué?

Veamos. En un mundo sin costos de transacción, incluso bajo incertidumbre sobre el futuro, siempre se podrían suscribir contratos perfectos, esto es, contratos en los que no costara nada especificar todas las contingencias posibles. O incluso, si no se especificaran esas contingencias, no habría costos de transacción para corregir los revisar y ajustar esos contratos. Pero la existencia de costos de transacción –en especial, si son muy elevados– los contratos incompletos se vuelven la norma. Estos contratos incompletos asignan –a veces de forma explícita y otras implícitamente– derechos residuales de control ya que no pueden dichos contratos incorporar todas las aristas de la asignación total de los derechos de propiedad. Este es el caso de los contratos APP. Dado que en las APP la propiedad permanece en el Estado, su capacidad de “completar” contratos inclinándola a su favor se hace mayor a medida que se extiende más el plazo de explotación. Lo que incrementaría el riesgo y encarecería a las APP en términos de tarifa, cofinanciamiento estatal o plazo.

Normalmente, como hemos ya analizado, los procesos de adjudicación de APP involucran licitaciones, que se buscan que sean lo más competitivas posibles para lograr el efecto Demsetz, es decir, la competencia por el derecho a conseguir el monopolio regulado. En el proceso de licitación, esto es, antes de que se genere la inversión propiamente dicha, existen muchos jugadores en la

transacción. Cuando uno de los jugadores gana y se suscribe el contrato de APP, en especial una vez que se realiza la inversión, el escenario de la transacción se convierte en una situación de negociación con un reducido número de jugadores: básicamente dos, concedente y concesionario. Por tanto, los activos de alta especificidad causan una transformación fundamental en la relación real y efectiva entre las partes.

Supongamos el caso de una APP autofinanciada en que se cobra al usuario final el precio del servicio prestado. El concesionario privado realiza una inversión para la obra de infraestructura del Estado, al precio de cobro al usuario que acordó con el concedente público y que se estipula en el contrato. A ese precio, el privado puede obtener un beneficio económico de  $b_1$ . La obra se convirtió, una vez construida, en un activo de alta especificidad. Si el Estado incumpliera el acuerdo, el privado no podría recolocar la obra hecha en el mercado abierto. En ese caso, su beneficio económico será  $b_2$ , el cual, en este caso particular equivaldría a cero. La renta es la ganancia económica mínima necesaria para inducir al privado a entrar en este acuerdo con el Estado ( $b_1$ ). La cuasi-renta<sup>21</sup> es la ganancia económica por encima del mínimo necesario para mantener una relación entre las partes ( $b_1 - b_2$ ). Por tanto, el Estado tiene todo el incentivo para incumplir el contrato. Siempre que  $b_1 > b_2$ , el Estado puede beneficiarse de incumplir el contrato capturar la cuasi-renta por sí mismo. Como vemos, un contrato completo no permitiría la violación de los acuerdos, pero con contratos incompletos y con activos de alta especificidad, puede existir cuasi-renta y dar lugar al problema del *hold up*.

Nótese que el *hold up* puede operar también en sentido inverso si el licitante gana el contrato y es muy caro para el Estado volver a contratar en caso

- 
20. El ejemplo clásico es el del propietario de una casa que alquila a otra persona, la cual, para hacer alteraciones a la vivienda, requiere la autorización del dueño, como consecuencia del derecho residual de control que ejerce sobre el inmueble a pesar del contrato de alquiler.
  21. El concepto de cuasi-renta se refiere los ingresos netos adicionales que recibe un factor productivo cuando su demanda aumenta pero su oferta no puede incrementarse durante un periodo determinado normalmente corto. Bajo estas condiciones, la oferta del factor permanece fija y los demandantes tendrán que pagar un valor extra para obtenerlo. Ese valor extra es la cuasi-renta.

le falle con la obra. Peor si ya le entregó desembolsos que tendría posiblemente que resignarse a perderlo o intentar recuperarlos mediante un largo proceso legal. Además está el costo de paralizar la provisión del servicio o de retrasarlo, si el cambio de concesionario se determina, al cual hay que contratar mediante un proceso licitatorio. Y sumando a todo esto, hay costos políticos que afrontar por parte del concedente, pues el mensaje que entrega es que no supo escoger adecuadamente al socio privado.

Esta es la situación que plantea un escenario *hold up* en un proyecto APP en marcha, cuya solución es, normalmente, una renegociación contractual. Pero desde un punto de vista *ex ante*, el problema del *hold up* es que eleva la desconfianza en la cooperación mutua a comprometer en la APP, en la medida en que incrementa los costos de transacción. Eventualmente, esos costos de transacción pueden ser tan altos, que terminen compensando los ahorros conseguidos por elegir desarrollar el servicio público mediante una APP en lugar de la modalidad de obra pública tradicional. En consecuencia, en presencia de contratos incompletos, si las incertidumbres son muy fuertes, podría no convenir una APP por los altísimos costos de transacción que involucra. Y en estas circunstancias, se puede determinar, *ex ante* de la inversión, que la alternativa APP no es conveniente y no se opte por ella<sup>22</sup>.

En suma, ¿cómo impacta el *hold up* en las transacciones APP? A través de los costos de transacción. Las negociaciones contractuales se hacen más difíciles, los inversionistas sienten que deben estar preparados para mejorar su posición de negociación *ex-post*, el potencial *hold up* puede truncar acuerdos de APP e incluso si se lleva a cabo, en algún momento durante el plazo de la APP puede causar desconfianza permanente que obligue a las partes a tomar sal-

vaguardas adicionales. El impacto es que puede encarecerse el precio del servicio al usuario o haber menos inversión en obras reduciendo la calidad de ese mismo servicio.

Cuando existe la posibilidad de *hold up*, las negociaciones de contratos se hacen tediosas ya que cada parte intenta construir protecciones para sí. Las tentaciones de cualquiera de las partes para el *hold up* pueden conducir a las renegociaciones frecuentes. Esto podría encarecer aún más el intercambio por las interrupciones que supondrían en la marcha del contrato. En un acápite posterior trataremos brevemente el tema de las renegociaciones contractuales en el marco de los convenios de APP.

## IX. CAPTURA DEL REGULADOR

Hasta ahora hemos supuesto implícitamente que la regulación puede ser perfecta o también puede presentar problemas, pero siempre hemos asumido que tal regulación exista porque es posible regular. Para que esto suceda, existe un supuesto implícito previo: que los reguladores tienen buenas intenciones cuando implementan sus modelos y políticas regulatorias. Las fallas del mercado no se aceptan, sino que se corrigen porque hay un Estado que actuará de buena fe en tal cometido.

Stigler llamó la atención sobre algo que no teníamos en mente: podría perfectamente no ser posible regulación alguna. ¿Por qué? Porque el regulador puede no ser "benevolente" representando los intereses genuinos de la sociedad y, en vez de eso, responder a intereses particulares. Esto desnaturaliza inmediatamente el papel del regulador. La consecuencia ineludible, con el paso del tiempo, es que todo esfuerzo regulatorio del Estado, a cualquier nivel de relación con la sociedad, confronta el hecho de que los regulados, tarde o temprano, lograrán que el

22. Nótese que esta situación de imposibilidad de optar por la modalidad APP puede surgir con cualquier incremento desmesurado e incontrolable de los costos de transacción en general, sea que éstos se produzcan debido a situaciones de *hold up* o por cualquier otra causa. Por ejemplo, el costo político de confrontar a ciertos *stakeholders* puede ser determinante para incrementar los costos de transacción de llevar adelante una APP y muchas veces —como ha sucedido en la práctica— puede hacer que el gobierno retroceda en su empeño de sacarla adelante.

comportamiento de las entidades gubernamentales regulatorias alineen sus acciones con los intereses de los propios regulados. Stigler denominó "captura del regulador" a tal situación<sup>23</sup>.

Los regulados son empresas privadas –como por ejemplo, los concesionarios o más propiamente, las sociedades de vehículo especial constituidas para el propósito de la APP configurada– que son sujetos de regulación por parte de agencias estatales que, en teoría, persiguen una función objetivo que materialice el interés general. Es el caso, por ejemplo, de un servicio público que se entrega en concesión a un operador privado bajo una estructura de mercado monopólica, cuyo interés privado es el de maximizar beneficios económicos, pero en que el interés público, que puede ser mantener tarifas por debajo de cierto tope o garantizar niveles de calidad por encima de un estándar determinado, no es consistente con tal objetivo de maximización de beneficios del operador privado. En tal caso, la formulación tradicional de la teoría de la captura predice que el concesionario privado influirá en el regulador para que el resultado de su acción regulatoria sea convergente con la maximización de beneficios económicos del operador.

Interesante planteamiento de esta teoría es que los incentivos a la captura se retroalimentan en el tiempo, configurando una especie de "ciclo de vida" de la regulación. En efecto, al principio de una relación concedente-concesionario, se puede identificar una primera etapa en que se establece un ente regulador que empieza a desarrollar sus actividades en medio de muchos reflectores mediáticos, con gran intensidad, mucho entusiasmo, alto respaldo político y social y elevado grado de eficiencia. Posteriormente se pasa a una segunda etapa, cuando la atención pública se desplaza hacia otros temas, pues ya el organismo regulador pasó a ser visto como parte del entramado burocrático estatal. Es entonces cuando el respaldo político original comienza a declinar y el órgano regulador queda vulnerable a la dominación por los intereses

de los regulados, lo que lleva a que, con el paso del tiempo, sería inevitable que la regulación terminara por servir los intereses del segmento de la industria que se pretendía regular inicialmente involucrado. La respuesta "natural" ante este fallo en la regulación sería incrementar su intensidad desde el estado, mediante la implementación de otras normas con carácter taxativo y quizá con la ampliación del tamaño de la agencia regulatoria o del número de estas agencias, burocratizando el sistema regulatorio y haciéndolo más impenetrable a la rendición de cuentas. Como el centro de atención regresaba así a los entes regulatorios, se renovaría la intensidad de su accionar y se reducían las fuerzas de captura.

Sin embargo, es natural que, nuevamente con el paso del tiempo aparezcan otras prioridades políticas en la agenda pública y el monitoreo de los entes reguladores por parte de los parlamentarios o de los medios de comunicación se volviera a rebajar. La consecuencia sería un nuevo relajamiento de la regulación. ¿Por qué? Por un lado, porque los regulados se sentirían más fuertes para negarse a facilitar el trabajo de los reguladores, por ejemplo, facilitándoles información necesaria para realizar la propia labor regulatoria. Y por otro lado, por la eventualidad de la oportunidad laboral que para los reguladores representan las firmas bajo su directa regulación. En el tiempo, este proceso de relajamiento regulatorio se retroalimentaría y las entidades reguladoras terminarían sensibilizándose y representando los intereses de la industria bajo su vigilancia.

La posibilidad de captura crea incentivos a que las empresas, a través de lobbies, empleen recursos para influir en el proceso regulador, comprando voluntades de los funcionarios a cargo. Mientras menos institucionalizado sea el aparato estatal y más permeable a prácticas corruptivas, el incentivo a las empresas será mayor, en la medida que considerarán más rentable destinar recursos a la captura que a la innova-

23. STIGLER, George. "The Theory of Economic Regulation". En: *Bell Journal of Economics*, N° 2, 1971, pp. 3-21.

ción. Se esperaría que la captura apareciera en aquellos sectores más concentrados y mejor organizados, y en los que, paradójicamente, la regulación podría aportar más para hacerlos más eficientes. También es de esperarse que la captura se presente especialmente cuando los funcionarios encargados de la regulación son vulnerables salarialmente, en particular, cuando sus experticias desarrolladas en la labor de regulación es más especializada y la eventualidad de perder su puesto los confrontaría a un mercado laboral donde precisamente a quién están regulando es un potencial contratante futuro.

Hay que considerar, finalmente, que hasta el momento hemos supuesto que la captura la lleva a cabo el sector privado. Pero no tiene que ser esto necesariamente así. De hecho, el regulador puede ser capturado por el propio poder político del gobierno de turno. Si existen funcionarios de gobierno de alto nivel comprometidos con prácticas de corrupción, relacionados a intereses empresariales, podrían tener especial interés en que ciertos organismos reguladores se comporten de manera particularmente flexible con determinados regulados. O al contrario, si están esos funcionarios ligados a ideologías contrarias al mercado, es posible que quieran que el comportamiento de los organismos reguladores sea especialmente duro con los regulados privados. En ambos casos, buscarán influir en dichas entidades y habrá presiones para hacerlo desde el poder político.

## X. RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES

Los problemas regulatorios que hemos examinado conllevan generalmente a que los contratos APP se encuentren altamente expuestos a la posibilidad de renegociaciones durante el plazo del mismo. La renegociación ocurre cuando el impacto financiero de un contrato APP se ve significativamente afectado por alteraciones de los elementos económicos del proyecto previamente proyectados y estipulados como

base contractual, siendo el caso de que tales alteraciones son consecuencia de contingencias no previstas ni plasmadas en el contrato APP. Situación ésta totalmente previsible, por lo demás, dado el carácter de contrato incompleto con el que caracterizamos a los contratos APP.

Desde este punto de vista, la renegociación puede ser un instrumento positivo de corrección de la naturaleza incompleta de estos contratos y si se utiliza correctamente, puede aumentar el bienestar general al mantener vigente el suministro de un servicio público que genera la APP y que nunca es bueno interrumpir al ciudadano. No obstante esto, de abusarse de ellas, podría ser reflejo de un comportamiento excesivamente oportunista del gobierno o del inversionista privado, lo que socava la eficiencia de los procesos y el bienestar general<sup>24</sup>.

Como se ve, no todas las renegociaciones son iguales. Guash distingue la renegociación orientada genuinamente a restablecer el equilibrio económico-financiero de un contrato APP cuando se ha quebrado por imponderables, de la renegociación oportunista, que no se orienta a corregir la naturaleza incompleta del contrato APP sino al aprovechamiento de la situación –por ejemplo bajo un escenario de *hold up*– por alguna de las partes para apropiarse de ganancias extraordinarias<sup>25</sup>. Si los ofertantes perciben que esto es factible desde el mismo proceso licitatorio, pueden incurrir incluso en prácticas de *lowballing*, es decir, subvaluar sus pretensiones económicas en la fase de licitación para sacar a sus competidores de carrera y, una vez embarcados en el proyecto, solicitar renegociar contratos, con el propósito de imponer condiciones al Estado en un escenario en que su poder negociador es más limitado. De suceder esto, estarían destruyendo el efecto Demsetz, haciendo muy probable que mediante el proceso licitatorio no se seleccione al operador más eficiente para suministrar el servicio público, como era el propósito inicial.

24. GUASH, José Luis. *Op. Cit.*

25. *Loc. Cit.*

Como lo muestra la evidencia empírica, principalmente para América Latina a partir de los trabajos de Guash<sup>26</sup> y de Engel, Fisher y Galetovic<sup>27</sup>, normalmente quien termina cediendo más en las renegociaciones de este tipo, es el sector público, configurando un patrón de comportamiento reiterativo. Las razones son tan diversas como debilidad en los cuadros profesionales que defienden a los gobiernos frente a poderosos equipos de abogados y demás profesionales que suelen estar del lado del sector privado, hasta la presencia de fuertes lobbies de captura del poder político. El lector interesado en profundizar sobre esto puede consultar a estos autores, pero se puede decir aquí que es mejor para el sector público evitar en lo posible toda renegociación, teniendo como referencia los antecedentes indicados.

## XI. OBSTÁCULOS INSTITUCIONALES

Los problemas con la regulación que han sido expuestos tienen vinculación con la economía. Sin embargo, hay otros obstáculos de índole institucional que también conspiran contra una eficiente regulación. Para llegar a entenderlos, es preciso comprender la complejidad institucional que rodea a la regulación de APP. Y para ello, es necesario profundizar en los propósitos de la regulación y definir sus funciones. Es decir, ¿para qué hacemos regulación?

Hasta ahora hemos revisado especialmente la función económica de la regulación, la cual está referida a que los usuarios accedan en la mayor medida al servicio público pagando el menor precio posible y a un estándar de calidad adecuado. También está referida esta función, por tanto, a la protección del usuario en tanto consumidor de un bien público del cual espera un nivel de servicio adecuado. Y adicionalmente, esta función tiene que ver con la generación de la mayor competencia posible entre los proveedores del servicio contratado mediante un modelo de APP. Sin embargo, hay dos funciones

adicionales de la regulación, sobre las cuales no vamos a profundizar aquí. Por un lado, la regulación técnica, vinculada a la adecuada articulación de los medios de prestación del bien público. Supone vigilar que se dé cumplimiento a los requerimientos técnicos necesarios para que el bien llegue al usuario final en condiciones de nivel de servicio pactado en el contrato APP. Por otro lado, está la regulación ambiental, que busca que la prestación del servicio contratado con el asociado privado, se adecúe a los parámetros ambientales de la zona de impacto donde se desarrolla el proyecto materia del contrato APP.

Estas distintas funciones requieren tratamientos de especialistas, pero además, de instituciones de diversa índole, alcance y propósito. La Figura 2 esquematiza la intervención de tales instituciones en el andamiaje regulatorio. Los ministerios o secretarías de gobierno actúan normalmente como entidades concedentes, pero a veces también los gobiernos sub-nacionales lo hacen directamente. Por ejemplo, en México los estados pueden emprender por su cuenta procesos de APP. En este rol, dichas entidades formulan el planeamiento de los proyectos, establecen las políticas y diseñan la normatividad que rigen los procesos de APP en todas sus fases, desde la concepción hasta la operación y por supuesto, la regulación. Por su parte, las empresas concesionarias, en cuanto regulados directos, son el otro gran protagonista de este andamiaje regulatorio. (ver figura dos en la siguiente página)

Estos tres actores son indispensables. Por ejemplo, en Chile la promoción y la regulación la llevan a cabo los propios ministerios. Pero no son éstos los únicos que aparecen en muchas estructuras regulatorias, en los que el diseño institucional desconcentra la promoción y la regulación respecto de la planificación y el diseño sectorial. En esos casos, intervienen dos entidades más. Una agencia promotora de inversiones, que importa

26. *Loc. Cit.*

27. ENGEL, Eduardo; FISHER, Ronald y GALETOVIC, Alexander. *Op. Cit.*

**Figura 2**  
Instituciones de la regulación de una APP



para la regulación en tanto diseña las bases de licitación y el propio contrato de APP, además de llevar a cabo el proceso de adjudicación. Y el propio organismo regulador, separado de ministerios, secretarías o gobiernos subnacionales, que puede ser nacional o sectorial, encargado específicamente de monitorear y controlar al regulado. Este organismo regulador puede estructurarse de varias maneras, de acuerdo al grado de especificidad y enfoque que se busque. Puede optar por una estructura multisectorial, cuando existe una única agencia para todos los servicios públicos, o cuanto menos, para los de mayor impacto en la población. O puede tomar la forma de una estructura sectorial, en cuyo caso existe una agencia para cada sector<sup>28</sup>. El Perú es un buen caso ilustrativo de una organización institucional que incorpora esos cinco actores, y que además, asume un modelo regulatorio institucional de tipo sectorial, donde entidades como OSIPTEL, OSITRAN, OSINERMIN y otros actúan de organismos reguladores sectoriales<sup>29</sup>.

Como se observa, la regulación involucra complejidades institucionales que parte de las entidades involucradas. Estas entidades deben coordinar esfuerzos y no pocas veces, colisionan en sus propósitos. Sin embargo, la institucionalidad regulatoria de una APP se mantiene al nivel del concedente público y del concesionario privado. Y en ese nivel es que actúan esas cinco entidades. Pero el proceso regulatorio amplio no se agota en estos actores, sino que involucra también a los usuarios del servicio público, que es para quienes, al final, se regula. Estos actores, que se pueden agrupar en el Estado concedente, el aliado privado –en la forma de concesionario o sociedad de propósito– y los usuarios finales, como se muestra en la Figura 3, interactúan entre ellos y afectan e influyen en el organismo regulador, el cual debe configurar un balance de intereses entre estos tres grandes intervinientes en una transacción de APP. (ver figura 3 en la página siguiente)

28. En este caso hablamos separadamente del regulador de energía, el regulador de transporte, el regulador de telecomunicaciones, etcétera. Dentro de esta estructura, puede asumir mayor grado de especificidad si existe una agencia regulatoria separada para cada industria: energía eléctrica, gas e hidrocarburos, agua, telecomunicaciones, carreteras, ferrovías, puertos, aeropuertos, etcétera.

29. El primer organismo regulador creado en el Perú fue el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) a raíz de la privatización de la empresa de telecomunicaciones Entel Perú en 1991.

**Figura 3**  
**Balance de intereses de la regulación de una APP**



En efecto, el organismo regulador debe atender la relación de base que es entre el concesionario y el usuario y que se resume en asegurar la cobertura y la calidad del servicio público que recibe como fruto de la APP, a precios accesibles. Este es su propósito básico. Pero además, debe estar al tanto de las relaciones de estos dos actores con el Estado, en su condición de concedente. El Estado tiene el compromiso frente al aliado privado de garantizar las inversiones y proveer el entorno de estabilidad económica y jurídica necesario para un buen clima de inversión sobre el cual pueda operar la empresa concesionaria en el plazo de la APP. Además el Estado tiene el deber de proteger a los usuarios finales en su condición de consumidores. Estos compromisos adicionales también influyen en el desempeño del regulador y constituyen parte de su preocupación.

No obstante, no es un balance fácil de construir y esto suele ser fuente de problemas adicionales. Un primer problema surge de la relación de dependencia del regulador frente a otros estamentos de poder gubernamental que lo expone a presiones políticas<sup>30</sup>. Un segundo problema aparece de la relación con el regulado, con el cual van a gestarse relaciones tirantes porque

siempre va a estar poco dispuesto a una fiscalización estrecha de parte del regulado, para buscar mayores beneficios. Un tercer problema es la falta de rendición de cuentas del regulador ante otras entidades como el Congreso, la Contraloría, el Ministerio Público u organizaciones de defensa del consumidor<sup>31</sup>, todo lo cual puede facilitar escenarios de captura. Estos problemas requieren que el marco institucional regulatorio se diseñe a base de criterios de autonomía e independencia, transparencia y de una horizontal rendición de cuentas.

## XII. CONCLUSIONES

El presente *paper* solamente ha delineado algunos aspectos básicos de los problemas que confronta la regulación de APP. Sin duda, cada uno de los aspectos tratados merece un tratamiento extenso para lograr una detallada comprensión de los diversos obstáculos a la regulación. No obstante, lo consignado constituye una síntesis útil para introducirse a esta problemática.

La naturaleza de contratos incompletos hace que las APP sean especialmente vulnerables a fallos regulatorios. Al tratarse de contratos que deben prever circunstancias que se

30. Recuérdese lo que anotamos al final de la sección sobre la captura.

31. En el caso peruano, INDECOP<sup>1</sup> sería una de estas organizaciones.

desarrollan sobre un futuro incierto que se extiende en plazos prolongados, es imposible que incorporen todos los cursos de acción que se pueden presentar y que afectarían los términos de la relación entre el Estado y el socio privado, en particular, en lo que corresponde al sostenimiento del equilibrio económico-financiero.

La regulación de estos contratos es compleja particularmente por esta razón, lo que deviene en distintos problemas tanto de naturaleza puramente económica como otros de tipo institucional. Lo cual los hace proclives a las

negociaciones recurrentes y a la vulnerabilidad de prácticas oportunistas que pueden afectar la posición del Estado si no se toman precauciones en el manejo regulatorio.

La existencia de estos problemas de los obstáculos a la regulación hace que importe que el diseño regulatorio se geste desde antes de la puesta en marcha el proyecto. En realidad, el diseño regulatorio debe estar listo, antes de estar elaboradas las bases de licitación. Y de hecho, el organismo regulador debería participar del propio proceso de adjudicación del derecho a operar una APP.