

CONSIDERACIONES EN TORNO AL LENTO AVANCE DE LAS CONCESIONES EN COSTA RICA

Resumen

El presente escrito analiza las características y bondades de la figura de concesión de obra pública y, contra ella, las de la alternativa de fideicomiso para los mismos efectos y presenta conclusiones de política pública. El documento señala que, antes de dar en concesión cualquier obra, ha de realizarse un estudio financiero (conocido internacionalmente como *Value for Money-VfM*) para verificar que ella sea la mejor opción. Como las concesiones (a) tienen costos de exclusión que no tienen las obras financiadas por la vía tradicional y por las cuales no se cobra a los usuarios, (b) por aparejar la exclusión pérdidas de bienestar colectivo y (c) porque el costo del capital de un proyecto concesionado es superior al costo típico de endeudamiento de un gobierno, se concluye que *no* siempre la concesión es lo que más conviene a un país. El escrito presenta una posible estrategia para, con éxito, dar en concesión obras de infraestructura.

THELMO VARGAS

ExMinistro de Hacienda de Costa Rica.
Asociado de Academia de
Centroamérica.



ÍNDICE

A. INTRODUCCIÓN	3
B. SOBRE LA FIGURA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA	6
I. Concesión de obra pública y APP	6
II. Beneficios esperados	7
III. Factores de interés general.....	9
IV. Sobre el Concesionario.....	10
V. Partes interesadas en las APP y su interacción	11
VI. <i>Project (or Cash-Flow) Finance</i> , riesgos y asignación	13
VII. Importancia del proceso de licitación y de adjudicación.....	16
VIII. Garantías usuales en <i>Cash-flow finance</i>	16
IX. Responsabilidades típicas de la Administración Concedente.....	18
C. FIGURAS ALTERNATIVAS A LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.....	20
I. Fideicomiso red vial San José-San Ramón.....	20
II. Proyecto de reforma legal para concesionar activos existentes.....	23
III. Comentarios al Reglamento para la Colaboración Público Privada.....	25
D. CONCLUSIONES	27
I. No toda obra pública califica para APP según el criterio VfM.....	27
II. Una posible estrategia para concesionar	29
REFERENCIAS	31

A. INTRODUCCIÓN

Lo usual en materia de financiamiento, construcción y administración de obras de infraestructura públicas importantes, como son las carreteras, puentes, puertos, aeropuertos, escuelas, cárceles, fue que ello corriera por cuenta del Estado. Sin embargo, en países cuyo sector público opera con déficit corriente (i.e., los gastos de consumo superan los ingresos corrientes) y con deuda pública alta y creciente, el confiar en el financiamiento estatal para estas obras es cada vez menos recomendable. Por otro lado, el limitar la construcción de dichas obras opera como un obstáculo al desarrollo del país y, en los que como Costa Rica han apostado a la apertura económica, la insuficiencia de obra pone al sector privado doméstico en condición de desigualdad *vis-á-vis* el extranjero.

La obra pública de calidad no solo estimula a la economía cuando se construye sino, principalmente, cuando entra en operación plena y elimina obstáculos y cuellos de botella que afectan el proceso productivo y de consumo.

En la actualidad el Gobierno Central de Costa Rica opera con un déficit global superior al 6,5 por ciento del Producto Interno Bruto (y un déficit corriente alrededor del 5 por ciento del PIB). Su endeudamiento es de casi un 54 por ciento del PIB (el cual tiende a ubicarse en un 59 por ciento del PIB en 2019) y no es procedente aumentarlo por el efecto que ello tendría en la calificación de riesgo país y por el impacto que una carga creciente de intereses tendría sobre otras partidas del presupuesto nacional.

Según el *Reporte Global de Competitividad 2015-2016*, del Foro Económico Mundial, Costa Rica se ubica en la posición 109 en aeropuertos y 115 en carreteras, de un total de 140 países analizados. Esto ha obligado al país a buscar alianzas público-privadas para que la obra que el progreso requiere pueda en lo posible ser construida y financiada con recursos de inversionistas privados, que no ponen presión sobre el presupuesto nacional. También que la administración y explotación de dichos activos esté a cargo de especialistas privados.

La expresión Alianza Público-Privada (APP)¹ suele utilizarse para designar muchas formas de participación, aunque –como se expone en este escrito– más precisión contienen los nombres Concesión de Obra Pública y Fideicomiso de Obra Pública, que son las figuras en las que se centra nuestro análisis. En el presente documento se analizan las principales características de la figura de Concesión en general y, en particular, lo que dispone la *Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos* (Ley N° 7762 del año 1998 y reformas) y contra ella se estudian las disposiciones de la *Ley de Desarrollo de Obra Pública Corredor Vial San José-San Ramón y sus Radiales Mediante Fideicomiso* (N° 9292, del año 2015) la cual, valga mencionar, es considerada por algunas autoridades como replicable casi sin cambios para las carreteras San José- Cartago y San José-Heredia. También se presenta un breve análisis del Decreto 39965- H-MP *Reglamento para los Contratos de Colaboración Público-Privada* (Dic. 2016) y de un proyecto de reforma a la ley 7762 para permitir dar en concesión activos existentes.

Este escrito analiza las principales características de la figura de Concesión de Obra Pública, su razón de ser, las ventajas que ofrece, los riesgos que apareja y los cuidados que han de ejercerse en su uso para maximizar sus bondades y controlar los riesgos. Contra esa figura se analiza la otra normativa para derivar conclusiones y recomendaciones de política pública.

Para los efectos, conviene tener presente que al Estado se le suele asignar la función de suplir bienes públicos, que son bienes o servicios, deseados por la sociedad, a los cuales *no* aplican los principios de *exclusión* (“quien no paga por ellos no los recibe”) y de *rivalidad* (“el que algunos los consuman reduce la cantidad disponible para otros”) que operan para los bienes privados. Bienes públicos típicos naturales son el aire que respiramos y la luz del Sol. Entre los producidos por el ser humano están los faros, los juegos de pólvora, la televisión y radio tradicionales. También muchas obras de infraestructura física (por ejemplo, caminos vecinales) y servicios (campañas de salud pública, administración de la justicia, etc.) tienen algunas de las características de los bienes públicos. Al no poder, en el caso de bienes públicos, negársele el servicio (o el ser muy caro hacerlo) a quien no quiera o no pueda pagar por ellos, es de esperar que el consumidor promedio se abstenga de hacerlo.

En mucho, la dificultad de excluir depende de las características del producto o servicio. Algunos bienes públicos, si bien tienen costos fijos de producción altos, tienen costos marginales bajos, por lo que socialmente conviene que –una vez producidos– sean usufructuados por la mayor cantidad de personas. Por tanto, la forma típica de financiar los bienes públicos es mediante impuestos, no con precios.

1 En inglés se utiliza la expresión “Public Private Partnership (PPP)”.

Si bien no tiene sentido económico cobrar por el uso de caminos vecinales, o dentro de una ciudad, que tienen muchas entradas y salidas, sí es posible hacerlo en autopistas, puentes, puertos y aeropuertos (entre otros), dado que en estos sí se puede excluir del consumo a quienes no pagan por el servicio.

En materia de construcción y financiamiento de obra pública pueden darse las siguientes posibilidades, que van desde totalmente público a totalmente privado:

- a) El Estado (por ej., El Ministerio de Obras Públicas y Transportes o el de Educación Pública) diseña, financia y construye con personal de planta y equipo propio las respectivas obras. El riesgo que ello apareja corre en su totalidad a cargo del Estado y el costo de las obras es soportado por los contribuyentes,
- b) El Estado financia la obra, pero contrata la construcción (vía *outsourcing*) con privados. El riesgo es sólo parcialmente trasladado al privado (por ej., riesgos de construcción) y el costo sigue a cargo de los contribuyentes,
- c) El Estado da en concesión la obra a privados, quienes construyen, financian y asumen la mayoría de los riesgos. El costo de la obra lo pagan los usuarios del servicio, con precios, no los contribuyentes, con impuestos.
- d) Privatización: Los privados financian, construyen las obras y soportan todos los riesgos que ellas aparejan. Los usuarios del servicio pagan por ellos. A diferencia de las tres primeras opciones, en que la propiedad de las obras *no* sale del Estado, en la privatización los dueños de los activos son personas físicas o jurídicas privadas.

En principio, nada dice que la opción (c) sea siempre mejor que la (b) pues, por ejemplo, el endeudamiento del Estado suele ser más barato que el costo de capital (costo ponderado del capital accionario y el de la deuda) de un concesionario privado. Además, la obra concesionada requiere incurrir en el costo de exclusión (e.g., peajes) que no opera para las que se disfrutan de manera gratuita. Para determinar cuál es más favorable, debe realizarse un análisis costo-beneficio que permita determinar cuál opción apareja un mayor valor por el dinero invertido (*Value for Money-VfM*).

Las dos primeras posibilidades citadas impactan las finanzas públicas (pueden elevar el déficit fiscal y el endeudamiento público), no así la (c) y –por ello– en igualdad de condiciones se opta por ésta. Sin embargo, como más adelante mostraremos, no siempre la concesión resulta ser la mejor opción a la luz del criterio *VfM*.

B. SOBRE LA FIGURA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

I. Concesión de obra pública y APP

Dos definiciones sobresalen de concesión de obra pública y de ellas se pueden extraer las principales características técnicas y financieras de dicha figura jurídica. La primera es la que contiene el art. 1 de la Ley 7762, de *Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos* de Costa Rica:

“Contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente”.

Por su parte, el Banco Mundial² suele utilizar la siguiente definición:

“Acuerdo mediante el cual una empresa obtiene del gobierno el derecho a suplir un servicio particular bajo condiciones de significativa fuerza de mercado”.

Como se observa, la concesión puede otorgarse a un ente privado o a un ente público (algunas dependencias públicas de Francia han participado como concesionarias), que se encarga del diseño (aunque a veces el diseño se lo reserva la Administración Concedente, para licitar con una base común la obra), la planificación, la construcción, la conservación y la administración de la obra, a cambio de cobros a los usuarios del servicio o al propio Estado. En el caso de carreteras el cobro se hace a los usuarios; en el de cárceles, escuelas y hospitales el cobro es al Estado concedente. Los riesgos de la figura varían en uno y otro caso.

La distinción –“usuarios pagan” *vs* “Estado paga”– es importante. En la jerga suele denominarse Concesión el caso en que los usuarios finales pagan por el servicio y Alianza Pública Privada (APP) cuando quien paga es el Estado o una empresa pública, por ej., el Instituto Costarricense de Electricidad por energía que compra a productores privados. Aunque la definición no lo dice, se entiende que los riesgos de construcción, mantenimiento y operación de la obra –o al menos la mayoría de ellos– corren a cargo del concesionario. En algunos países (por ej., Brasil, Francia) opera normativa un tanto diferente para las concesiones y para las APP. En otros la misma legislación opera para uno y otro caso.

2 Kerf, Michael et al, (1998), Banco Mundial.

Tan importante es que el riesgo corra a cargo del privado, que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha dispuesto que cuando tal no sea el caso, no se está en presencia de una concesión, sino ante un contrato de obra tradicional, como los enunciados en (b) de la Introducción de este escrito.

La definición del Banco Mundial introduce el concepto de “condición de significativa fuerza del mercado” para designar las concesiones. Esto excluye concesiones donde no se tiene fuerza de mercado, como son las de ondas de radio, concesión para vender licores o licencias de taxis. Esta característica de monopolio o cuasi-monopolio es la que llama a regularlas.

Una y otra figura (concesiones y APP) operan tanto para proyectos de iniciativa del gobierno como de inversionistas privados.

Las concesiones pueden aparejar construcción o rehabilitación de obra, o solo el mantenimiento y administración de obras existentes. Los primeros son los que tienen mayor interés financiero. Conforme a esto, ellas se suelen agrupar así:

Concesión de obras existentes (*Brownfields*):

- M&O (Maintain and operate)
- ROT (Rehabilitate, operate and transfer)
- RLT (Rehabilitate, lease and transfer)

Concesión de nuevas obras (*Greenfields*):

- BOT (Build, operate and transfer)
- BROT (Build, rehabilitate, operate and transfer)
- BTO (Build, transfer and operate)
- BLT (Build, lease and transfer).

II. Beneficios esperados

Si son bien diseñadas, las concesiones y las APP ofrecen grandes beneficios sociales, entre los que sobresalen:

- a) Aportan “competencia *por el* mercado” en casos en que no se puede dar “competencia *en el* mercado”. Este es un requisito clave y el proceso de licitación es el llamado a satisfacerlo,

- b) Traen inversión privada (IED) para financiar obras de infraestructura, en particular cuando se trata de *greenfields*,
- c) Aportan conocimiento especializado (*know-how*) de diseño, construcción y administración de obras, que podría ser escaso en el país anfitrión,
- d) Las obras concesionadas se pagan con *precios*, no con *impuestos*. Ello permite construir infraestructura física sin impactar el balance fiscal ni el endeudamiento público. Esto es muy importante en el caso de países como Costa Rica, que enfrentan elevados déficits públicos,
- e) Mejoran el servicio a los usuarios.

El primero de los beneficios esperados –aportar competencia *por el* mercado– es tan importante que conviene profundizar un tanto en él. Esto se logra básicamente por el proceso licitatorio, cuyo fin es crear suficiente competencia *ex ante* como para que los concursantes viertan todo (o casi todo) el conocimiento que sobre la actividad tengan y coticen las condiciones que más favorezcan a los usuarios futuros del servicio. Esto lleva a que el proceso de licitación sea muy competido. Sin embargo, en casos de proyectos complejos, en los que el costo de preparar ofertas es muy alto, conviene operar con un esquema de “lista corta” de concursantes de reconocida experiencia (3 o a lo sumo 4) y reconocer a quienes no resulten favorecidos con la adjudicación un alto porcentaje, por ej., 80-90 por ciento, del costo en que razonablemente incurrieron en la preparación. Eso hace que las ofertas sean muy bien fundamentadas y ello reduce la materialización del riesgo conocido como “la maldición del ganador”, en que el contrato se adjudica a quien más bajo cotice aunque sea por desconocimiento de todas las características técnicas del proyecto y que muy tarde descubre que lo cotizado no le permite cubrir costos.

Como norma prudencial, los contratos no deben renegociarse una vez adjudicados, excepto que medien condiciones de fuerza mayor. Cuando esto se ha permitido, la experiencia latinoamericana muestra³ que los beneficiarios son los concesionarios que de ello se aprovechan, no los usuarios. También, para mantener vivo el estímulo a la competencia por el mercado, conviene someter los proyectos a re-licitación periódica, por ej., cada ocho años, reconociendo (claro está) al adjudicatario que pierda en el futuro esa condición, el valor presente del flujo de beneficios futuros previsto, pago que estará a cargo del adjudicatario de la re-licitación.

3 Kerf, Michael *et al*, (pág. 44) muestra que en A.Latina en algún momento más del 50 por ciento de las concesiones fueron renegociadas, en promedio a los 2.2 años a partir de su adjudicación, y que de ellas los beneficiados fueron los respectivos concesionarios.

III. Factores que acompañan a las concesiones

Los factores que acompañan a las concesiones suelen hacerlas un tanto controversiales y, si no se manejan bien, las controversias pueden dar al traste con ellas.

Factores de interés general

- a) Las concesiones se dan en áreas de gran importancia social (e.g., puertos, carreteras, acueductos, aeropuertos, hospitales, telecomunicaciones, energía), lo que las expone al escrutinio público constante,
- b) Operan en condiciones cercanas al monopolio y suelen ser objeto de regulación –general o detallada. Cuando la ley es amplia, los contratos son livianos; cuando la ley no dice mucho, los carteles de licitación y los contratos tienen que incluir lo que falte,
- c) Puede, y suele, mediar asimetría de información. En general, los concesionarios poseen mejor información que las otras partes,
- d) Si el régimen jurídico no es adecuado, las concesiones podrían estar sujetas a politización y a “captura del regulador por parte del regulado”,
- e) Suelen ser aceptadas por grupos de derecha del espectro político, quienes ven en ellas una opción de participación privada; y también de izquierda, quienes reconocen que los activos concesionados no salen de las manos del Estado, es decir, no se privatizan. Suelen ser criticadas por unos y otros cuando consideran que el concesionario ha tomado ventaja (por ej., en garantías estatales y rentabilidad altas) de su posición o cuando la autoridad concedente, por falta de agilidad o arbitrariedad, no desempeña apropiadamente su rol.

Factores de interés financiero

- f) Los plazos de los contratos suelen ser largos (25, 30 y más años), lo cual los expone a mucha incertidumbre. Esto se compensa con una rentabilidad esperada alta. Las tasas de retorno sobre la inversión (ROE) suelen ser superiores al 16 por ciento en moneda dura,
- g) Las concesiones que implican construcción de obra (i.e., *greenfields*) suelen tener elevados “costos hundidos” –es decir, que no tienen usos alternativos– lo cual aumenta su riesgo,

- h) Caen en la categoría de *Cash-flow Financing* (también conocida como *Non-recourse Financing* y *Project Finance*), cuyas principales características se presentan en § VI,
- i) Los contratos son complicados (requieren *expertise* técnica, financiera y legal) y el riesgo es soportado mayormente por el concesionario,
- j) La actividad es fuertemente regulada en razón de su elemento monopolístico, para velar por la calidad y cobertura del servicio, para controlar externalidades ambientales, de seguridad pública y de otra naturaleza, así como para protección al consumidor en general.

Proyectos que no contengan alguna(s) de estas características no constituyen concesiones. Los de construcción “llave en mano” no constituyen concesiones porque su plazo es muy corto; los de *leasing financiero* tampoco lo son, porque aparejan bajo riesgo, etc.

IV. Sobre el Concesionario

El concesionario *no* existe antes de una concesión. Sólo existe en potencia, como un consorcio (*sponsors*). Con la propuesta inicia la búsqueda de financiamiento en el caso de *greenfields*. Antes de la adjudicación la búsqueda de financiamiento es con bajo perfil (para no asustar al mercado, en particular porque pueden ser muchos los interesados en un mismo proyecto). Una vez hecha la adjudicación, el ganador activa la formalización del financiamiento (¡aunque existe el riesgo de que, por una u otra razón, no logre conseguirlo!).

Los *sponsors* suelen tener interés o experiencia en la respectiva actividad (e.g., son suplidores de equipo especializado, constructores, operadores o entes financiadores).

Cuando se les adjudica el contrato, los patrocinadores (*sponsors*) constituyen una empresa de propósito único (que, además, según el art. 31 de la Ley 7762, en Costa Rica debe ser una sociedad anónima). La empresa de propósito único es independiente de los *sponsors* y se ha de sostener por sí misma, lo cual es considerado una ventaja porque su operación, en caso de presentar problemas futuros, no afecta a otras de los patrocinadores.

El concesionario no necesariamente actúa como operador. Este servicio puede, y suele, ser contratado con un ente especializado idóneo.

La sociedad concesionaria se financia con una mezcla de deuda y capital que aportan los *sponsors*. En Costa Rica, según el inciso 3) del art. 31 de la Ley 7762, el mínimo aporte patrimonial es de un veinte por ciento (20 por ciento) del monto proyectado para construir la obra y la explotación del servicio.

Los financistas que aportan el resto de los recursos suelen ser bancos grandes con experiencia en el nicho de actividad (e.g., puertos, carreteras), entes multilaterales (e.g., IFC) o entes estatales promotores de exportaciones. No es corriente recurrir al mercado de capitales. El financiamiento es bajo la figura de *Project (o Non-recourse) Finance*.

En la calificación del riesgo de las empresas concesionarias se da gran importancia al apalancamiento financiero con que operen, a la calidad y experiencia de los patrocinadores del proyecto, a la seriedad en materia de concesiones del gobierno del país anfitrión⁴ y a la calidad del flujo de caja.

Usualmente los *sponsors* mantienen la operación “fuera de balance”.

Los proyectos varían por sector (i.e., son *industry-specific*) y hasta de proyecto a proyecto (*project-specific*) dentro de un mismo sector. Aún en un mismo país, un puerto en un sitio presenta características a otro a pocos kilómetros de distancia; lo mismo opera para plantas hidroeléctricas. En general, los proyectos son complicados técnica, financiera y legalmente, así como caros de montar para las partes involucradas y por ello es que exigen alta rentabilidad esperada.

V. Partes interesadas en las APP y su interacción

Las partes interesadas

Muchas son las partes interesadas (*stakeholders*) en las APP en general, y en la concesión de obra pública con servicios, en particular.

La primera parte interesada, por mucho, son los **usuarios** de los servicios concesionados. El interés de éstos es recibir servicios de alta calidad (carretera a peaje, aeroportuarios, hospitalarios) a un precio razonable. El beneficio que reciben se conoce como “excedente del consumidor”, que es la suma de las utilidades, o satisfacciones, del servicio recibido neto de lo pagado por él. En general, conforme más sean las unidades de servicio recibidas, mayor es dicho excedente.

El otro grupo de interesados lo conforman los suplidores del servicio, por ej. los **concesionarios**. Ellos están interesados en obtener la más alta rentabilidad, ajustada por el riesgo que asumen, sobre su inversión. Si el proceso de licitación es bien concebido y ejecutado, el precio del servicio que imperará es el óptimo y, por tanto, el que también

⁴ Aquí cuenta la calidad de sus respectivas leyes y del equipo humano de contrapartida –por ejemplo, en el Consejo Nacional de Concesiones, CGR, ARESEP, etc. El “Infrascopio”, de EIU-Fomín, evalúa periódicamente estos aspectos.

más beneficia a los usuarios. El concesionario recibe el “excedente del productor”, que está representado por el ingreso total neto de los costos de producción totales.

También están interesados en la actividad los **proveedores** de materias primas, productos intermedios y servicios al proyecto concesionado.

Ciertamente son claros *stakeholders* los entes **financieros** (bancos, fondos de pensión, compañías de seguros de vida), así como los inversionistas privados que compran instrumentos de deuda titularizados de los proyectos concesionados. El objetivo de éstos es obtener la más alta rentabilidad compatible con el riesgo asumido.

El otro notable interesado es el **gobierno** anfitrión, o **Autoridad Concedente**, pues mediante la eficaz concesión de obras públicas al sector privado logra servir a la ciudadanía y a las empresas del país, o al menos a un sector importante de ellas, sin que tenga que impactar el presupuesto nacional. Los **entes reguladores** y **supervisores** son considerados, para estos efectos, parte del gobierno.

Por último, los **contribuyentes** constituyen parte interesada en las obras objeto de APP toda vez que en el tanto medien subsidios, el gobierno asuma el costo de porciones caras de las obras o emita garantías ante riesgos que lleguen a materializarse, ellos tendrán que asumir –por la vía del presupuesto nacional– parte de los costos de la actividad.

Posible conflicto de interés entre las partes

Al ser muchas las partes interesadas en un determinado proyecto, es posible que surja cierto conflicto entre lo que interesa a unas con lo que es el interés de otras. El concesionario, por ej., está interesado en traspasar la mayor cantidad de riesgos al gobierno y en que las tarifas autorizadas sean las más elevadas, porque así hace máxima la rentabilidad ajustada por riesgo. En este empeño tratará de obtener la mayor cantidad de garantías posibles de la autoridad concedente (por ej., de tráfico mínimo, tipo de cambio, subsidio de partes caras del proyecto, como podrían ser grandes puentes en una carretera, y que la autoridad concedente asuma los riesgos de fuerza mayor).

En el objetivo de maximizar la rentabilidad, el concesionario encontrará que el apalancamiento financiero (la relación que su aporte al proyecto, capital, guarda respecto a la deuda que asuma) le ayuda. Un proyecto que, por ejemplo, sea apalancado en la relación deuda/patrimonio que exige la Ley 7762 (4:1 máx.), si tiene una rentabilidad superior a la tasa de interés que apareja la deuda, magnifica las utilidades de los patrocinadores (*sponsors*). Claro que el apalancamiento también magnifica las pérdidas de ellos en caso de que la actividad redujera menos que el costo de los pasivos. Sin embargo, opera aquí una importante asimetría: si el proyecto naturalmente es muy rentable, el concesionario

obtendrá una rentabilidad alta sobre su inversión; pero si el proyecto fracasara, su pérdida es únicamente el capital que aportó. En atención a ello es que *es estrictamente necesario exigir al concesionario un aporte de capital (“equity”) razonablemente elevado*; lo suficiente como para que su pérdida potencial sea sensible y ello controle el riesgo moral que de otra forma operaría.

Como la matemática del apalancamiento es conocida también por los bancos y otros potenciales acreedores de los proyectos concesionados, estos se encargarán de exigir el nivel mínimo de *equity* del caso. Pero, para mayor seguridad, conviene que la respectiva legislación incorpore una norma en este sentido. En Costa Rica, como indicamos, la ley general de concesiones exige un aporte patrimonial del concesionario mínimo del 20 por ciento.

Al ser los servicios concesionados de gran importancia social, y por no tener los activos del proyecto (carreteras, puentes, etc.) usos alternativos, como para que puedan ser vendidos en caso de necesidad, ante potenciales problemas financieros que pongan en peligro la continuidad del servicio, es corriente que los gobiernos tiendan a favorecer a los acreedores sobre los dueños –es decir, que den prioridad a la deuda sobre el *equity*. Y esto es más probable cuando los acreedores son bancos o aseguradoras domésticos; y ni qué decir cuando lo sean administradoras de fondos de pensiones obligatorias. Este trato potencialmente favorable hacia los acreedores apareja el *riesgo moral* de reducir en ellos el incentivo para realizar la debida diligencia en el análisis de los aspectos técnicos y financieros de los proyectos en los cuales deciden invertir. También, favorece el reconocimiento de rentabilidades demasiado altas para los riesgos asumidos por los acreedores.

En otros casos la protección de acreedores podría darse por medio de la autorización de incrementos extraordinarios en las tarifas del servicio, para hacer que los resultados financieros del proyecto pasen de rojo a negro. Si bien esta actuación no discrimina entre acreedores y dueños, sí lo hace en contra de los usuarios del servicio concesionado quienes ven reducido el *Value for Money* del proyecto.

VI. Project (or Cash-Flow) Finance, riesgos y asignación

Los activos concesionados *no* le pertenecen al concesionario, o han de transferirse a la administración concedente (Estado) eventualmente. Al no contarse con garantías reales, el análisis de factibilidad del proyecto se ha de basar en la fortaleza y experiencia específica de los patrocinadores, en su aporte patrimonial al proyecto (*equity*) y en las condiciones técnicas de la actividad a emprender y del contrato suscrito entre la administración concedente y el concesionario, todo lo cual ha de quedar reflejado en el flujo de caja del proyecto. A este esquema se le conoce internacionalmente como *Project Finance* y

también como *Cash-Flow Financing*. La última designación es quizá más útil porque deja claro a las partes, en particular a quienes aportan capital accionario y financiero, que la solidez del proyecto en altísimo grado depende de su flujo de caja, en cuya preparación el insumo del equipo multidisciplinario conformado por especialistas en las áreas de ingeniería, legal y financiera es clave.

Una regla usual para definir el momento en que la concesión cesa, y el Estado vuelve a tomar control total del proyecto para administrarlo directamente o volver a licitar su mantenimiento y explotación, es la de valor presente neto (VPN). Esta regla –que dice que el proyecto volverá al Estado cuando el VPN asuma un valor convenido– tiene la enorme ventaja de que si, por ej., el nivel de tráfico (e ingresos) real del proyecto difiere del estimado, el plazo de la concesión queda automáticamente modificado: si el tráfico real resulta superior (inferior) al estimado inicialmente, el proyecto se revierte a la Autoridad Concedente en menos (más) años de los previstos. La regla del VPN es una eficaz primera forma de enfrentar la incertidumbre que normalmente todo proyecto, en particular los que tienen una duración de 15, 20 o más años, aparece. Y, también, sirve para limitar la necesidad de introducir modificaciones futuras a los contratos.

Las concesiones y el esquema de financiamiento que las acompaña están expuestas a una gran cantidad de riesgos que, necesariamente, las partes deben tener presentes para definir cuáles estarán a cargo de cada una de ellas, para que los potenciales concesionarios coticen el precio de su participación y para asegurar la “bancarización” del proyecto. El término bancarización se refiere a la condición que permite al proyecto atraer no solo recursos patrimoniales de sus patrocinadores (*equity*) sino deuda con terceros, mediante la emisión de bonos o, más corrientemente, crédito bancario. Esto implica que los flujos de efectivo que el proyecto genere han de ser capaces de cubrir todos los costos esperados (incluyendo el servicio de la deuda) y dejar un margen para imprevistos; también, que los riesgos potenciales puedan con alta probabilidad ser atendidos con cargo a dicho margen⁵.

Los riesgos que usualmente enfrentan las concesiones son los siguientes:

a) Riesgos comerciales

- De construcción (e.g., sobrecosto, plazo, calidad de la obra, ambientales). En *greenfields* complejos éste suele constituir el mayor de los riesgos,
- De mercado (e.g., producción insuficiente, demanda insuficiente, no indización de ingresos, tasa de interés, cambiario),
- Otros típicamente asegurables (e.g., incendio, responsabilidad civil, riesgos del trabajo, interrupción de negocios),

5 Téngase presente que las inversiones de los fondos de pensiones deben ser de alta seguridad y liquidez. Las de las aseguradoras comerciales ídem.

b) Riesgos políticos

- Expropiación sin (o con insuficiente) indemnización,
- Incumplimiento de la Administración Concedente,
- Tarifas no se ajustan conforme al contrato,
- Oposición al proyecto por parte de grupos sociales o fuerzas políticas,
- Inconvertibilidad de la moneda y limitaciones a la transferibilidad de divisas,

c) Fuerza mayor (“Actos de Dios”)

- Desastres naturales (huracanes, tsunamis, terremotos),
- Ambientales,
- Insurrección civil y guerrillas.

Aunque es de esperar que las partes contratantes (Autoridad Concedente y Concesionario) quieran asumir el mínimo de riesgos, la *Regla de Oro* en esta materia es que ellos deben estar a cargo de la parte que mayor control o capacidad de absorción tenga sobre ellos. El control incorpora la toma de medidas de prevención y la capacidad de absorción está muy vinculada con la suficiencia patrimonial de las partes. El Estado típico posee mayor capacidad de absorción que el concesionario típico y por ello a su cargo suelen quedar los riesgos de fuerza mayor. De esta forma el costo (social) de los riesgos se minimiza y, por tanto, también las tarifas de los respectivos servicios o, en el caso de riesgos que asume el Estado, el costo a cargo de los contribuyentes.

Un ejemplo permitirá ver la enorme importancia del riesgo en las concesiones: Si un proyecto a 25 años tiene un riesgo bajo, que permite al Concesionario descontar los flujos a un tasa del 6 por ciento anual, y la tarifa del servicio (ej., peaje) es de US\$10, la tarifa debería elevarse a US\$20 si el riesgo percibido obligara a operar con una tasa de descuento del 15 por ciento anual. Esto lleva a lo que se conoce como paradoja del riesgo.

Paradoja del riesgo: “Conforme mayor sea el riesgo (político o de otra naturaleza) asociado con un proyecto de infraestructura, mayor es la utilidad que demanda un concesionario –lo que apareja tarifa más altas a cobrar por el servicio. Conforme mayores sean las tarifas a pagar por el servicio, mayor es el riesgo de que políticamente él se torne impopular”.

Y conviene recordar que para muchos, *entre* otros la OCDE, los proyectos donde los riesgos no están mayoritariamente a cargo del Concesionario *no* son concesiones, sino contratos de obra pública tradicional, como los que se indican en la Introducción de este escrito.

VII. Importancia del proceso de licitación y de adjudicación⁶

Los procesos de licitación y adjudicación tienen enorme importancia en las APP, y ciertamente en las concesiones, porque definen el grado de competencia que se dará *por el* mercado a servir, toda vez que, en muchos casos, una vez adjudicado el proyecto no opera competencia *en el* mercado⁷. El proceso de licitación debe asegurar que los oferentes aportan todo su conocimiento sobre la actividad y que ofrecen las mejores condiciones posibles para los usuarios durante toda la vida del proyecto.

Los posibles métodos a utilizar son el de ofertas competitivas, negociaciones directas y negociaciones competitivas. El primero es el estándar, que consiste en que la Autoridad Concedente hace pública toda la información del proyecto y, con base en ella, invita a muchos interesados a hacer sus ofertas y aclara todas las dudas que estos tengan. No obstante, cuando las concesiones se dan en áreas complejas, novedosas, que involucran tecnología propietaria o de punta, la Autoridad Concedente podría no tener *ex ante* toda esa información. En estos casos lo recomendable es hacer una precalificación de pocos oferentes (*short list*) que cuenten con clara y reconocida experiencia en el proyecto específico objeto de la licitación, y concentrar la atención en ellos. En casos en que la propia preparación de la oferta sea muy cara, tan cara que pudiera hacer que buenos candidatos se abstengan de participar en ella si la lista de participantes fuera muy grande, la Administración Concedente puede cubrir una parte importante del costo en que para ello incurran los oferentes que no resulten ganadores; costo que cargaría la obra y que recuperaría del adjudicado. Este proceder ayuda a que las ofertas que se reciban sean muy bien documentadas y que la competencia entre los participantes (aunque pocos) se acerque a las que se esperan de una oferta competitiva.

Tan importante en la promoción (o simulación) de la competencia en esta materia que en las concesiones del tipo M&O (Mantenimiento y Operación) conviene introducir en los contratos una cláusula para la re-licitación del servicio cada cierto tiempo (por ej., cada 8 años).

VIII. Garantías usuales en *Cash-flow finance*

Lo normal en esta materia es que el Concesionario intente obtener de la Autoridad Concedente la mayor cantidad de garantías para aumentar la “bancarización” del proyecto (es decir, que califique para obtener financiamiento con deuda en términos y condiciones

6 Cf. Vargas (2005) V.2

7 Tan importante es promover la competencia, que en los casos que ello sea posible (por ej., en la administración de un puerto, que se divide la adjudicación para que varios concesionarios compitan entre ellos) así debe procederse. El modelo a seguir en estos casos es el de *food court* en un centro comercial.

razonables). Lo normal es que la primera no quiera aportarlas, pues en el tanto lo haga incurre en contingencias que podrían tener un alto costo fiscal futuro y, más allá de cierto punto, convertirían la concesión en una contratación administrativa tradicional. En este tira y encoge suele llegarse a un punto intermedio, que depende de la fuerza de negociación de las partes.

Tipos de garantía

- a) De participación, cumplimiento y mantenimiento, sobre todo en la etapa constructiva en el caso de *greenfields*,
- b) De tráfico mínimo (expresadas en cantidad o en ingresos). Esta la da la administración concedente y estipula (por ej.) que si el tráfico bajara del 85 por ciento del estimado, la administración concedente reconocerá al concesionario la diferencia respecto al citado 85 por ciento,
- c) Garantías de compra del producto o servicio concesionado. (Las garantías son del tipo *take-and-pay*, en las que el usuario/beneficiario del servicio paga por lo que requiera del producto, o del tipo *take-or-pay*, en que el beneficiario paga sea que lo utilice o no. Garantías de este tipo operan en BOTs en que el cliente/comprador exclusivo de la energía eléctrica es el Instituto Costarricense de Electricidad),
- d) Contra la inconvertibilidad y/o intransferibilidad de divisas y expropiación sin pago previo equitativo,
- e) Deuda subordinada, que adquiere el Gobierno,
- f) También –aunque menos frecuente, pues se separa del concepto puro de *Project Finance*– garantía corporativa de los principales accionistas del grupo promotor, cuando sea necesario para lograr la bancarización del proyecto o para obtener mejores condiciones de financiamiento. Esta garantía contribuye a reducir el apalancamiento financiero del proyecto,
- g) Garantía de no cambio jurídico que afecte exclusivamente a la concesión, sin indemnización,
- h) La administración concedente (i.e., los contribuyentes) toma para sí ciertas partes caras del proyecto, por ejemplo: asume el costo de construcción de los puentes y túneles,
- i) Trato tributario favorable para el concesionario, como ocurre en Costa Rica,
- j) Garantía de cambio de operador y/o concesionario, por otro de similar condición técnica, una vez que el proyecto avance y se encuentre en la etapa de operación.

Objeciones al otorgamiento de garantías

- a) Las garantías estatales son más comunes en países que *no* tienen “grado de inversión” que en los que están bien calificados.
- b) Elevadas garantías estatales hacen que los concesionarios no escudriñen bien los proyectos. Eso puede llevar a la construcción de “elefantes blancos”, que poco contribuyen al desarrollo económico,
- c) No es usual que el Estado presupueste el costo esperado de las garantías que otorga. Cuando da muchas, y se materializan, podrían llevar a problemas fiscales,
- d) En muchos casos las garantías oficiales no son explícitas sino implícitas o morales (como ha ocurrido en México y Colombia, entre otros) y pueden materializarse si el costo de suspender el servicio es considerado alto o cuando los contratos son incompletos y oscuros. También cuando parte importante del financiamiento es otorgado por entes bancarios locales o administradoras de fondos de pensiones, que se podrían ver lesionados si los ingresos efectivos del proyecto bajan respecto a los estimados,
- e) Proyectos que incorporan demasiadas garantías podrían no resultar óptimos conforme al criterio *VfM*.

Las garantías constituyen compromisos fiscales contingentes, que cuando se materializan afectan las finanzas públicas. Por lo anterior, no es recomendable que gobiernos de países que enfrentan problemas de déficit y de endeudamiento público otorguen garantías en concesiones. (Sin embargo, muchas de ellas no son muy confiables, porque es el potencial pecador garantizando contra su pecado).

Por último, procede tener presente que cuando las garantías otorgadas al concesionario son muchas, y alto el riesgo de que se materialicen, el proyecto deja de ser concesión y se convierte en un simple contrato, tradicional, de compra de servicios por parte del Estado.

IX. Responsabilidades típicas de la Administración Concedente

Las responsabilidades típicas de la Administración Concedente son:

- Adoptar sistema legal adecuado y dar su apoyo a las concesiones
- Identificar proyectos candidatos a concesión y someterlos al criterio *VfM*. Estructurarlos, priorizarlos y mantener *programa oficial*
- Divulgar el programa oficial para atraer potenciales inversionistas en los proyectos que incluye y en los que surjan de iniciativa privada

- Diseñar técnicamente los proyectos⁸
- Suplir información relevante a los interesados
- Definir cómo se tratarán los proyectos de iniciativa privada
- Definir criterios eficaces de licitación y adjudicación, para crear “competencia por el mercado”. Establecer reglas para re-licitación periódica, con el mismo fin, y para dotarlo de disputabilidad
- Producir estudios de posible tráfico, según diversos escenarios, que –con los de costo– sirvan de base para el cálculo de tarifas o peajes
- Establecer el criterio para determinar cuándo la obra pasará a la administración concedente. Una regla en este sentido es la del valor presente neto de los flujos de efectivo (VPN)
- Preparar los carteles de licitación, licitar y adjudicar
- Tramitar las expropiaciones que se requieran, coadyuvar a la obtención de permisos para la realización de las obras
- Determinar el contenido básico de los contratos de concesión, obras a las que se refiere, los indicadores de calidad, hitos a cumplir, estímulos,
- multas, cómo será supervisado el contrato, condiciones de terminación, etc.
- Supervisar (o contratar la supervisión de) la construcción y la operación de la obra
- Resolver controversias y trasladar a otros órganos las que procedan
- Hacer todo lo anterior con eficiencia. Esto implica, entre otros, contar con recurso humano que esté a la altura del de los concesionarios, presentes y futuros, con los que deberá negociar y con un esquema de incentivos que promueva la eficiencia. Es un hecho reconocido que el éxito de un esquema de concesiones depende, en mucho, de la calidad de contrapartida pública⁹ que la acompañe. La administración de un esquema de concesión, bajo lo que se conoce como *Project or Cash-Flow Financing*, requiere la operación coordinada de un equipo multidisciplinario conformado con expertos en las áreas de Ingeniería, Finanzas y Legal. De éstos, los dos últimos (Finanzas y Legal) deberían ser muy estables, a fin de que puedan acumular la experiencia necesaria para atender con propiedad los requerimientos de su especialidad de casi todo tipo de proyecto sometido al régimen de concesión de obra pública con servicios públicos.

8 En proyectos altamente complejos (por ej., puertos) es corriente concursar el diseño de las obras sobre la base de *outputs* (i.e., necesidades que se espera satisfagan), no de *inputs* (i.e., obras y acciones concretas a realizar), pues éstos no suelen conocerse con precisión.

9 Otros factores que coadyuvan al éxito son la estabilidad macroeconómica y la seguridad jurídica del país anfitrión. Véase Infrascopes 2017.

C. FIGURAS ALTERNATIVAS A LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

I. Fideicomiso red vial San José-San Ramón

Hace unos años –por una serie de problemas de índole administrativa, en mucho atribuidos a la administración concedente– la figura de la concesión de obra pública pareció haber caído en descrédito en Costa Rica. Ante eso, y dada la urgencia en atraer participación y financiamiento privado a la actividad, se pensó que la figura del fideicomiso –por lo demás muy flexible cuando todas sus partes son privadas; no tanto cuando media un fideicomitente estatal– podría constituir una salida eficaz.

Con esto en mente la Asamblea Legislativa aprobó de manera unánime, en febrero del 2015, la *Ley 9292 De Desarrollo de Obra Pública Corredor Vial San José-San Ramón y sus Radiales Mediante Fideicomiso*, cuyo contenido básico se presenta de seguido.

El artículo primero de la citada ley 9292 dice que se

“autoriza y faculta al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) y del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI), a constituir un fideicomiso de interés público con alguno de los Bancos del Sistema Bancario Nacional a efectos de planificar, diseñar, financiar, construir, operar y dar mantenimiento a la obra pública con servicio público denominada ‘Corredor Vial San José-San Ramón y sus radiales’, la cual comprende el trayecto e infraestructura necesaria y complementaria que comunica a la ciudad de San José, en el cantón central de San José, con la ciudad de San Ramón, en el cantón de San Ramón de la provincia de Alajuela”.

...

“Para el financiamiento de esta obra el fideicomiso podrá acceder a fuentes de recursos financieros privados y públicos, otorgados por entidades nacionales e internacionales, mediante los mecanismos financieros que se estimen necesarios”.

Nótese que el fideicomitente es el MOPT y el CONAVI, no el Consejo Nacional de Concesiones (CNC), que es –o debería ser– en Costa Rica el órgano especializado en la materia. El fiduciario ha de ser un banco del Sistema Bancario Nacional, público o privado, no una empresa de propósito único (*SPV*¹⁰) separada, que aísla los riesgos del proyecto de concesión de los patrocinadores (*sponsors*) y sus funciones serían las propias de la administración concedente en la figura de concesión (véase § IX). También incluye las funciones de “construir”, “operar” y “dar mantenimiento” a la citada red vial, funciones que corresponden a un concesionario típico.

10 Special purpose vehicle.

Para el financiamiento de la obra el fiduciario podrá acceder a fuentes de recursos públicos, pero se entiende que se trata de recursos prestados, no patrimoniales, aspecto éste al que se refiere el artículo 4.

El art. 4, “Sobre el patrimonio del fideicomiso” dispone que éste estará constituido por:

“a) Derechos de uso de la vía, estudios técnicos, diseños, planos constructivos y cualquier otro tipo de elemento técnico o de propiedad intelectual que pertenezcan al Estado, que ya existan o llegaren a existir con referencia a este corredor vial, a efectos de que sea empleado en la concretización de la obra.

b) Cualquier otro aporte realizado por el Fideicomitente.”

Como se observa, el Estado, por medio del fideicomitente, puede realizar aportes patrimoniales¹¹ al proyecto en cuestión. También el art. 6 señala como parte del origen de los fondos del fideicomiso “cualquier transferencia que el Poder Ejecutivo hiciere del presupuesto nacional” lo cual, de nuevo, puede interpretarse que se trataría de aportes patrimoniales.

De ser así, y por ser ello tan principal, procede que el Estado, por medio del Ministerio de Hacienda, y antes de cualquier negociación, certifique qué monto o proporción del costo de la obra (estimado en US\$450 millones) aportará al proyecto. Esto debe aclararse, porque si se tratara de fondos patrimoniales ello impactará el presupuesto nacional, situación que normalmente *no* se da en la figura de Concesión. Los aportes que el Estado costarricense –que actualmente opera con altos déficit fiscal y endeudamiento público– hiciera en este sentido restan atractivo a la figura creada mediante la Ley 9292.

Por otro lado, e igual de importante, si el aporte patrimonial estatal al Fideicomiso fuera nulo, entonces se estaría frente a una figura que operaría *totalmente apalancada*, lo que la hace inferior a la de concesión. En efecto, como se indicó, en Costa Rica el art. 31 de la Ley 7762 de concesiones exige al menos un 20 por ciento de *equity*, lo cual facilita la “bancarización” de los proyectos que se concionen pues, como es sabido, el capital es el primer colchón para soportar posibles pérdidas. Por el contrario, una figura totalmente apalancada, si es que en la realidad llegara a constituirse, estaría plenamente expuesta a los conflictos de interés y riesgo moral enunciados en § VII. En efecto, ¿qué perdería el fideicomitente si el proyecto no lograra generar los resultados financieros estimados? ¿Qué lo estimula a actuar eficientemente?

La Ley 9292, en su art. 2do., define los tramos de la red y especifica que “Tanto los estudios técnicos y financieros, como los diseños, serán financiados con recursos propios del

11 También el art. 6 señala como parte del origen de los fondos del Fideicomiso “cualquier transferencia que el Poder Ejecutivo hiciere del presupuesto nacional” lo cual, de nuevo, puede interpretarse que se trataría de aportes patrimoniales.

Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) y del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) según corresponda”. Esto tiene efectos presupuestarios; sin embargo, en la realidad lo que la prensa informa es que el Instituto Nacional de Seguros haría un préstamo de corto plazo al fideicomiso, no a los fideicomitentes a ser utilizado como aporte patrimonial, para estos efectos.

Al igual que ocurre con las concesiones, los usuarios pagarán por los costos de construcción y administración de la red vial San José-San Ramón. En la definición de tarifas se consultará la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, y el criterio será de “servicio al costo”. “Las tasas de peaje serán fijadas por el fideicomitente a solicitud del fiduciario” (art. 8), no de manera automática conforme a una fórmula y en que contaría el criterio del fideicomitente solo si ellas no cumplieran con lo acordado.

El plazo del fideicomiso será, según art. 9, hasta de treinta (30) años, al final del cual el activo se traspasará al Estado. No define una regla como la del valor presente neto de los flujos de efectivo (VPN), como se suele estipular en las concesiones, la cual tiene la virtud de que toma en cuenta los posibles desvíos, en uno u otro sentido, del tráfico e ingresos efectivos respecto a lo previsto y –sin que medien disputas ni otras aclaraciones– establece el momento en que los activos se revertirán el Estado.

Operará (art. 11) una “estructura de fiscalización, supervisión y vigilancia” con representantes de “organizaciones ciudadanas” designados por la “Defensoría de los Habitantes” y ella convocará “como mínimo, una vez cada seis meses, a la ciudadanía general para explicar los avances de la obra y atender las consultas que se presenten, como parte de un proceso transparente de rendición de cuentas”. Esto, que puede ser bien visto desde el punto de vista democrático, no deja de parecerse a tener un accionista incómodo en una asamblea general de una sociedad anónima.

El presupuesto anual del fideicomiso será enviado a la Contraloría General de la República, pero no dice si es como información o para aprobación. Además, “La actividad contractual desplegada por el fiduciario también estará sujeta a los principios generales que rigen la contratación administrativa” (art. 12). Esto –que no se da en las concesiones típicas una vez negociadas, pues en ellas el concesionario tiene toda la libertad de compra– puede restar agilidad a la operativa, pues la expone a las demoras y apelaciones que operan en las contrataciones típicas del Sector Público.

Es también obligación del fiduciario (art. 13) coordinar con otras instituciones del Estado la relocalización de servicios públicos –como los de agua, luz, alcantarillado– y también las expropiaciones (art. 14). Esto constituye otra fuente de potenciales demoras en la ejecución de las obras, no solo porque las labores dependen de la voluntad de otros (entidades públicas) sino porque la experiencia costarricense muestra que las expropiaciones, aun cuando están totalmente a cargo de entes públicos, son tediosas.

La Ley 9292 *no* estipula ningún tipo de garantía que el Estado pueda ofrecer para mejorar la calidad financiera del proyecto y, por esa vía, su “bancarización”.

Quizá teniendo presente debilidades e interrogantes como las comentadas¹², en un Congreso sobre APP promovido por el BID y que por esa fecha se celebró en Costa Rica, la Ing. Guiselle Alfaro Bogantes, Vice-Ministra de Infraestructura de Costa Rica, señaló lo que sigue:

“El desarrollo de un sistema de APP requiere un alto nivel de coordinación entre el sector público y el privado, así como un mecanismo eficaz de control y seguimiento por parte de la administración. El sector público debe poner en marcha una amplia serie de instrumentos que mitiguen riesgos o provean de garantías atractivas al inversor privado. Todos estos aspectos requieren de reglamentación previa sofisticada, sin la cual no será posible el diseño y puesta en práctica de Asociaciones de este tipo que satisfagan unas mínimas exigencias de servicio público y al mismo tiempo sean atractivas para la inversión privada” (subrayado agregado).

El problema con las garantías de doble: por un lado, la ley del fideicomiso no las contempla y, por tanto, no pueden darse. Por otro, el que el Estado tenga que dar garantías financieras atiza el déficit y el endeudamiento público, que es lo que en principio se quería evitar. Además, el hacerlo equivale a pasar parte del costo de la obra a los contribuyentes, cuando lo que aquí se esperó operase fue que todo el costo corriera por cuenta de los usuarios, beneficiarios del servicio.

A juicio del autor, el fideicomiso que nos ocupa es un pobre, muy pobre, sustituto de la figura de la concesión de obra pública.

A pesar de que la Ley 9292 se aprobó a principios del año 2015, y que desde antes las autoridades del gobierno conocían casi la totalidad de su contenido, a la fecha de este escrito –setiembre, 2018– ese “ágil fideicomiso” no había mostrado mayor avance.

II. Proyecto de reforma legal para concesionar activos existentes

Uno de los temas a tratar en el foro *Concesiones: Perspectivas para Costa Rica* (San José, Costa Rica, Setbre. 2018) es lo que dispone un proyecto de reforma de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, N° 7762, para permitir dar en concesión activos existentes. Esta posibilidad es importante porque puede aparejar mejoras en la calidad de la administración y del servicio de los activos concesionados y porque

12 La Ley 7200 permitió al Grupo ICE suscribir contratos de BO y BOT para la producción y compra por su parte de energía hidroeléctrica en condiciones peculiares –e.g., el ICE es comprador y pagador único, que además ofrece una gran cantidad de garantías al concesionario– que la alejan totalmente de la figura que nos ocupa.

constituye una fuente de recursos frescos para el Estado. Los recursos pueden llegarle al momento de concesionar (los que, entre otras, pueden dedicarse a amortización de deuda pública o al financiamiento de nuevas obras de infraestructura) o periódicamente a lo largo del plazo de la concesión (flujo de recursos que contribuye a mejorar el balance fiscal).

Ricardo Hausmann, Director del Centro para el Desarrollo Internacional de la Universidad de Harvard, señala que en muchos proyectos los costos asociados con la ingeniería, procura y construcción (EPC por sus siglas en inglés) son muy elevados y que confiar esas etapas a actores privados, que exigen una prima por riesgo, podría resultar más caro que dejarlos a cargo del Estado. Aplicado al sector transporte, indica Hausmann, “[p]uede que la mejor opción sea que el gobierno construya la carretera y venda la concesión para su operación y mantenimiento. Esto permite que el gobierno retire sus fondos y reinvierta los recursos en preinversión y EPC, reciclando así el escaso capital público de manera más rápida, y también dejando fuera las partes más caras y más lentas de la participación privada¹³.”

En Costa Rica, el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), su hija la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (CNFL) y el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (ICAA) podrían concesionar plantas existentes y con los recursos obtenidos construir nuevas, que a futuro también podrán concesionar. La CNFL hace unas semanas anunció que pedirá a las autoridades respectivas se le autorice un significativo aumento de tarifas eléctricas pues enfrenta problemas de alto endeudamiento, cuando una alternativa es concesionar parte de lo que tiene.

Sin embargo, es menester subrayar que la ley 7762 y reformas permite concesionar activos existentes, por lo que no es necesario introducirle ninguna enmienda para esos fines. En efecto, en su primer artículo estipula dicha ley lo siguiente:

“Art. 1, b). Concesión de obra con servicio público: contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, *con-servación*, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, así como su *explotación*, prestando los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente. (Énfasis agregado).”

Y para reforzar esa posibilidad –la de concesionar activos existentes– en la norma que establece los criterios para seleccionar el concesionario, el artículo 28, señala que entre los criterios para adjudicar están “e) Los pagos ofrecidos por el oferente al Estado”.

13 Hausmann, R. (2018).

El proyecto de ley que nos ocupa contiene dos disposiciones más que, a pesar de la buena intención que los acompaña, merecen ser comentados. Por un lado, propone la creación (durante 8 años) de un destino específico al 2 por ciento del impuesto a la propiedad de vehículos, a favor del Consejo Nacional de Concesiones, lo que –al agregar inflexibilidad a las finanzas públicas– es rechazado por las autoridades. El CNC en la actualidad puede recibir recursos del Presupuesto Nacional, y más se espera reciba conforme mejor logre sus objetivos.

También propone el proyecto de ley modificar el inciso 5) del artículo 7) de la ley 7762 para que en lo sucesivo se lea:

“En igual forma, podrá contratar los estudios que se requiera para el cumplimiento de las competencias asignadas por ley.”

Esto modifica la norma vigente que estipula que:

“En igual forma, podrá contratar los estudios que se requiera para el cumplimiento de las competencias asignadas por ley cuando por inopia se compruebe que tanto el Consejo como la administración concedente, titular de las obras y los servicios objeto de la concesión, carecen de los recursos profesionales y técnicos para suplir estas necesidades.”

Aunque la contratación irrestricta de estudios a terceros puede dotar de agilidad al esquema, el hecho es que es necesario que la unidad a cargo de las concesiones en el gobierno (ej., el Consejo Nacional de Concesiones) tenga en su planta profesionales altamente especializados al menos en asuntos legales y financieros y eso parece protegerlo la normativa vigente cuando condiciona la contratación de estudios a terceros a la comprobación de inopia en el CNC y en la administración concedente en general.

Por lo señalado, a juicio del autor de este escrito, la propuesta de reforma legal que está en la corriente legislativa bajo el Expediente N° 20.929 no es de recibo.

III. Comentarios al Reglamento para la Colaboración Público Privada

Dado el rechazo que la Administración Solís Rivera (2014-2018) hizo de la figura de la concesión de obra pública contenida en la Ley 7762, y el lentísimo avance de la figura del fideicomiso creado por Ley 9292 comentado en § X, el cual supuestamente podría utilizarse casi con solo cambiar nombres para la mejora y ampliación de las carreteras San José-Cartago y San José-Heredia, que constituyen claras fuentes de congestión vial, en diciembre del 2016, mediante Decreto 39965-H-MP al amparo de disposiciones de la

Ley General de Administración Financiera y de la Ley de Contratación Administrativa, el gobierno emitió el *Reglamento para la Colaboración Público Privada*.

Se trata de un documento de pocos artículos (21 en total, incluyendo el relativo a su vigencia) que deja mucho a la definición de las partes contratantes, con el refrendo de la Contraloría General de la República (CGR). El reglamento permite la concesión de activos existentes, deja a las partes la definición del apalancamiento financiero máximo con que en cada caso podrá operar el “contratista colaborador”, quien juega un papel similar al del concesionario de la ley 7762. La contratación se regirá por lo que dispone la Ley de Contratación Administrativa y se permiten contrataciones directas con la aprobación de la CGR. Por lo demás, al *Reglamento* incorpora algunas disposiciones de la ley 7762 pero de manera más sencilla.

El propósito del *Reglamento* es introducir más agilidad en los contratos APP sin tener que necesariamente ceñirse a lo dispuesto por los 68 artículos de la *Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos*.

El problema es que en esta materia, como en otras, los contratos han de apegarse a las ofertas, las que a su vez han de ajustarse a lo dispuesto por los carteles de licitación y las leyes que regulan la materia. Si las leyes o reglamentos son simples, los carteles de licitación y los contratos han de ser amplios para definir todos los aspectos que interesan a las partes contratantes.

Si a pesar de eso se insistiera en operar con contratos simples, existe la posibilidad de que a lo largo de sus vigencias se tengan que enfrentar al menos algunos de lo que De la Torre y Rudolf del Banco Mundial han denominado “Los siete pecados de APP fallidas¹⁴”. Los 7 pecados son:

- El Gobierno otorga excesivas garantías a la contraparte privada, lo que puede apalear contingencias cuasi-fiscales significativas,
- Se aceptan proyectos de infraestructura que no son viables financieramente,
- La adjudicación se hace con base en parámetros equivocados, que llevan a muchas renegociaciones de los contratos, lo cual revierte a la Autoridad Concedente los riesgos que quiso traspasar bajo las APP,
- Múltiples agencias del Gobierno administran APP con lo que se pierde la especialización,
- Conflictos de interés entre unidades que adjudican y las que supervisan la ejecución de los contratos,

14 De la Torre Augusto y Heinz Rudolf, “The Seven Sins of Flawed Public-Private Partnerships”, Banco Mundial.

- Consideran que los fondos de pensiones son la “bala de plata”, que disponen de muchos recursos para financiar las APP,
- Suponen que los concesionarios y las compañías constructoras son sustitutos perfectos entre sí.

Lo anterior, unido a que algunos proyectos de infraestructura sean emprendidos por contratistas-colaboradores a quienes no se les exija un aporte patrimonial básico (ej., 20 por ciento) en ellos, es causa de legítima preocupación.

D. CONCLUSIONES

I. No toda obra pública califica para APP según el criterio VfM

No todas las obras públicas son concesionables, pues no siempre vale la pena hacerlo. El método más utilizado para evaluar la bondad de diversas opciones en el campo que nos ocupa es el que internacionalmente se conoce como *Value for Money-Public Sector Comparator (VfM-PSC)*, que básicamente consiste en comparar el costo traído a valor presente de un proyecto sometido a concesión *vs* su costo presente si se emprendiera utilizando el mecanismo tradicional, o sea, que el gobierno lo financie y contrate competitivamente su construcción y mantenimiento con terceros. Veamos someramente la aplicación de lo anterior a un caso concreto.

Se ha divulgado por la prensa costarricense que los trabajos de ampliación y mejora de la carretera San José-San Ramón, un proyecto relativamente sencillo cuya longitud no sobrepasa los 60 kms., podrían costar US\$540 millones. Si el uso de ella fuera gratuito para los usuarios, el gobierno podría financiar su costo con un préstamo de un ente multilateral (por ej., BID), a 30 años, a una tasa que podría rondar el 6 por ciento anual como máximo, por lo que debería pagar mensualmente (intereses y amortización) unos US\$3,2 millones; o sea, unos US\$107.000 por día. Si ese costo hubiera que imputarlo a los vehículos que diariamente usan la carretera, que según informan fuentes autorizadas son unos 100.000 en uno y otro sentido, la “tarifa sombra” sería de aproximadamente US\$1,07 por viaje de ida y vuelta. Si, como conviene, también se contrata un eficaz mantenimiento periódico de la vía, y él costara un 10 por ciento de lo que la obra, la “tarifa sombra” se elevaría a US\$1,18. (Se le denomina tarifa sombra porque es la que operaría si se cobrara a los usuarios, aunque tal no sea el caso).

Comparemos esa opción con la de dar en concesión la construcción, mantenimiento y administración de la misma carretera, y aceptando que funcionará a peaje. Esta carretera aparejaría los costos usuales de construcción y mantenimiento pero, *además*, exige la construcción de casetas de peaje y, sobre todo, su administración requiere contar con

personal de cobro, que mantenga registros de tráfico, financiero-contables y hasta un equipo gerencial y de inspectores. Esto impone a la figura de concesión costos que no operan para la vía gratuita.

El otro factor que suele encarecer las concesiones es el relativo al costo de capital del proyecto (i.e., costo ponderado de la rentabilidad ajustada por riesgo que demandan los concesionarios y la que requieren los entes financieros que les concedan crédito para los proyectos), el cual suele ser significativamente superior a la tasa de interés que opera para el endeudamiento del gobierno. El factor riesgo está influido, entre otras cosas, por consideraciones sobre el marco regulatorio del país, madurez operacional, capacidad pública para planear y supervisar concesiones, así como por el clima de inversiones.

Cuando eso no luce muy sólido la prima de riesgo se torna alta. Si, por ejemplo, el costo ponderado de capital para el proyecto concesionado fuera del 14 por ciento anual (en vez del 6 por ciento del ejercicio anterior), el pago diario por amortización e intereses ascendería a US\$213.300; es decir, dos veces los US\$107.000 que operan para el esquema tradicional de financiamiento.

Lo anterior sugiere que las carreteras a peaje constituyen la mejor alternativa “si y sólo si” son de gran longitud, técnicamente complejas, de muchos carriles (todo lo cual las hace caras), de mucho tráfico y que operan con relativamente pocos accesos. Sin embargo, en algunos casos, esto último podría atentar contra su utilidad social, que pareciera aumentar conforme más accesos y salidas se tengan. Más accesos y salidas aparejan más costos de administración y, en algunos casos, podrían hacer demasiado cara la opción de concesionar, como puede confirmar Perogrullo cuando sostiene que sería antieconómico concesionar el Paseo Colón, en San José, y cobrar peajes en cada una de las calles que lo atraviesan.

Lo mismo aplica para el caso de un fideicomiso de obra pública. De fuente oficial hemos escuchado que, de ejecutarse la ampliación y mejora de la carretera San José-San Ramón bajo la figura del fideicomiso Conavi-MOPT-BCR que estableció la Ley 9292, la tarifa promedio para un viaje ida y vuelta podría ser superior a los ₡4.000 (unos US\$7 al tipo de cambio actual). Compárese ella con la “tarifa sombra” de US\$1,18 que indicamos arriba.

Para complicar más el asunto, según indica la prensa, el ministro del MOPT considera que una tarifa superior a los ₡4.000 podría requerir alguna dosis de subsidio estatal. Si, por ejemplo, el gobierno se hiciera cargo de una cuarta parte o más de ella, tendría el presupuesto nacional que soportar, por 30 años, una carga financiera superior al servicio de la deuda de US\$540 millones que antes indicamos... y los usuarios siempre apechugar con la diferencia. ¡Un claro contrasentido!

Las APP (concesión o fideicomiso de obra pública) *no* constituyen la mejor opción en el caso de obras pequeñas. La concesión ha de reservarse para proyectos de infraestructura complejos, en áreas en que no se disponga de suficiente experticia local y que aparezcan altos costos que sobrepasan la capacidad de endeudamiento del sector público. Los proyectos sencillos mejor se emprenden por la vía que en este ejercicio – eminentemente teórico y cuyo propósito es llamar a la reflexión, en particular de las autoridades económicas– hemos denominado tradicional.

A pesar de su importancia, procede indicar que la Ley 7762 dice muy poco, o nada, de la necesidad de someter todo proyecto que se espere concesionar a un examen del valor que se espera rinda el dinero que en él se ha de invertir. En efecto, el artículo 2.1 de ella solo dispone:

“Toda obra y su explotación son susceptibles de concesión cuando existan razones de interés público, que deberán constar en el expediente mediante acto razonado. Se exceptúan de la aplicación de esta ...”

Por su parte, el *Reglamento para los Contratos de Colaboración Público Privada*, Decreto 39965-H-MP, en su artículo 15 es más lógico cuando dispone que:

“También deberá acreditarse en el expediente la existencia del estudio de viabilidad para el desarrollo del proyecto mediante el contrato de colaboración público privada en comparación con otras formas de financiamiento y de contratación administrativa”.

Es ese ejercicio de “comparación con otras formas de financiamiento” lo que constituye la esencia del análisis *VfM*.

II. Una posible estrategia para concesionar

Para que el sistema de concesión sea atractivo, y contribuya al bienestar social, debería satisfacer las siguientes condiciones:

- Que se trate de obras nuevas (*Greenfields*) o de mejoras significativas de activos existentes (*Brownfields*), que sean apreciadas por sus usuarios potenciales o actuales
- La obra concesionada ha de tener competencia, para dejar a los usuarios alternativa si la concesionada no les place en calidad y precio
- Se pueden concesionar, bajo la figura Mantenimiento & Operación (*M&O*), activos existentes y ello constituye una fuente sana de recursos fiscales.
- Procede que el país active la concesión de activos estatales existentes

- Es más fácil cobrar por servicios concesionados cuando ya se pagaba por ellos (ej., bienes y servicios de naturaleza privada como: agua, energía eléctrica) que en servicios que se disfrutaron gratis
- El costo de exclusión de uso de una obra concesionada (ej., peajes, administración) debe ser bajo con relación al costo total de la obra, para que las tarifas resulten atractivas a los usuarios.

Para realizar con propiedad lo anterior hay que evitar caer en los posibles “siete pecados” que, en la denominación de De la Torre-Rudolf, llevan a APP y concesiones fallidas. En particular, Costa Rica debería concentrar en una agencia altamente especializada, el Consejo Nacional de Concesiones, los trámites de APP en general y concesiones en particular. Los profesionales que tengan a su cargo las labores legales y financieras, que *mutatis mutandis* transversalmente operan casi por igual para todo tipo de concesión, deben ser altamente calificados y sus posiciones razonablemente estables en la organización para que acumulen la experiencia requerida en la materia. El lento avance de la concesión de obra pública en Costa Rica más pareciera obedecer a deficiencias de gobierno corporativo, que de legislación.

REFERENCIAS

- Alfaro Bogantes, Guiselle, Vice-ministra de Infraestructura CR, “Visión Sector Transporte e Infraestructura”, presentación ante Congreso APP en Costa Rica, octubre 2015 (en lo sucesivo Congreso APP),
- Arguedas, Carlos, “Marco Regulatorio e Institucional de APP en Costa Rica”, Congreso APP,
- Blumenfeld, Dennis, “Identificación Proyectos APP”, BID_Fomín, Congreso APP
- Buonomo, Pedro, “La Experiencia Uruguaya en PPP”, Congreso APP,
- De la Torre, Augusto y Heinz Rudolf, “The Seven Sins of Flawed Public-Private Partnerships”, Banco Mundial, s/f,
- Ehrhardt, David y Timothy Irwin, *Avoiding Customer and Taxpayer Bailouts in Private Infrastructure Projects*, World Bank Policy Research Paper 3274, April 2014,
- Hausmann, Ricardo, “El Concierto de las APP”, diario *La Nación*, Costa Rica, 1/v/2018,
- Hinojosa, Sergio A., “Evaluación de Proyectos y el Tratamiento de los Riesgos en Asociaciones Público Privadas”, Congreso APP,
- EIU-Fomín, *Infrascopes LAC 2017*,
- Kerf, Michael *et al*, *Concessions for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award*, Banco Mundial, Washington, D.C. 1998,
- Millán, Germán, “Asociaciones Público Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos: La Experiencia del Reino Unido”, México, 2009,
- Quesada Lastiri, Gabriela, “La experiencia mejicana en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios públicos”, Congreso APP,
- Vargas, Thelmo, “Incentivos, Eficiencia y Concesión de Obra Pública”, en *Ensayos en Honor de Víctor Hugo Céspedes Solano*, cap. 11, Academia de Centroamérica, Costa Rica, 2005,
- _____, “Fideicomiso o concesión”, diario *La Nación*, 6/vii/2015,
- _____, “Carreteras a peaje o de uso gratuito”, diario *La Nación*, 30/vi/2017,
- _____, “Bienes públicos, bienes privados y concesión de obras”, diario *La Nación*, 22/vii/2018,
- World Bank, *Public-Private Partnerships-Reference Guide*. Version 2.0. Washington, DC, 2014.