
DERECHO ADMINISTRATIVO: HACIA UN ESTADO MÁS CONFIABLE

LIBRO DE PONENCIAS DEL VII CONGRESO NACIONAL
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO



EL NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA, LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL SECTOR DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO*

ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO

Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la misma casa de Estudios. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

PAUL VILLEGAS VEGA

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios.

RESUMEN

La importancia de la problemática del abastecimiento de agua potable y saneamiento en el Perú está fuertemente vinculada a la capacidad que tienen el Estado y los operadores de construir la infraestructura necesaria para brindar un servicio de calidad y de fácil acceso para todos los ciudadanos. Las Asociaciones Público Privadas son una forma de poder lograr ello. Es así que en el presente trabajo se analiza el marco de la normativa vigente referente a las Asociaciones Público Privadas, recogida en el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, aprobado a través del Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

PALABRAS CLAVE

Asociación público privada, servicio de agua potable y saneamiento, concesión, iniciativa privada.

1. INTRODUCCIÓN

El abastecimiento de agua potable y el servicio de saneamiento son actividades esenciales para el desarrollo de toda persona, de toda urbe y, por ende, de toda nación. La importancia de las referidas actividades, actualmente, se enmarcan en el Objetivo 6 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible¹, la cual señala la necesidad de

* Nota: El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación "El acceso universal al agua potable de poblaciones vulnerables", financiado por la Dirección de Gestión de la Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP. **Agradecemos el apoyo de Ximena Palacios Landauro por su colaboración con las fuentes de información.**

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", 20.

garantizar la disponibilidad de agua (en conjunto con su gestión sostenible) y el saneamiento para todos.

En el Perú, la Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley N° 26338, recientemente modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1240, declara de interés nacional la gestión y prestación de los servicios de saneamiento²; a lo cual añade, que la referida declaración tiene como propósito la promoción del acceso universal de la población a aquellos servicios.

En efecto, la preocupación por una adecuada prestación del abastecimiento de agua potable y del servicio de saneamiento se encuentra presente a nivel internacional y nacional. La situación referida ha motivado que distintas disciplinas aborden el tema en discusión, generando diversos aportes para una mejor gestión, prestación, supervisión y tarificación.

En el caso del derecho administrativo, también se ha optado por participar de este diálogo multidisciplinario en el cual se han estudiado fenómenos como la liberalización, la remunicipalización, la regulación, la aplicación de concesiones o autorizaciones, los tipos de contratos a utilizar, entre otros temas de interés particular para la disciplina bajo análisis.

Dentro de este contexto, la experiencia peruana presenta actualmente un marco normativo reciente el cual si bien tiene como norma base a la Ley General de Servicios de Saneamiento, promulgada en el año 1994, presenta incorporaciones y modificaciones realizadas por la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, promulgada el 2013 mediante Ley N° 30045, y el Decreto Legislativo N° 1240, promulgado en el último trimestre del 2015, el cual actualiza ambos cuerpos normativos previamente señalados.

Asimismo, en el último trimestre del año 2015, se inició la modificación del marco normativo de las Asociaciones Público Privadas mediante la promulgación del Decreto Legislativo N° 1224, del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos; la cual fue complementada en el mismo trimestre por medio de la promulgación de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

No cabe duda de que el nuevo marco normativo, tanto en el sector de agua potable y saneamiento, como en el de las asociaciones público privadas, presenta oportunidades para el desarrollo de infraestructura y prestación de servicios en el sector, buscándose así: i) mejorar la infraestructura en uso, ii) construirla en caso sea inexistente, iii) mejorar los servicios prestados, y iv) ampliar el servicio conforme al objetivo de universalidad.

² Al respecto, considérese que comúnmente la normativa y doctrina nacional se refiere a los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, señalando únicamente a los servicios de saneamiento.

Por lo expuesto, resulta necesario la revisión y análisis de la aplicación de las asociaciones público privadas en el sector de agua potable y saneamiento, razón que motivó el presente estudio.

A continuación, se analiza el régimen jurídico y situación actual del suministro de agua potable y saneamiento, el marco normativo de las asociaciones público privadas en el Perú, su aplicación al sector de agua potable y saneamiento, y se identifica los escenarios que brindarían un mayor aprovechamiento de las mismas en el sector en estudio.

2. EL SUMINISTRO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN EL PERÚ

La prestación del servicio de agua potable y saneamiento usualmente se encuentra asociada a las redes y puesta a disposición de ambos servicios, tanto para el disfrute de agua potable como para la evacuación de agua residual.

No obstante, el servicio de agua potable y saneamiento no se reduce a lo antes señalado, sino que supone más actividades, las cuales resultan indispensables para comprender la complejidad que representa el sector³:

- Captación y almacenamiento de agua cruda.
- Tratamiento de agua cruda.
- Distribución de agua potable (transporte y entrega).
- Recolección de aguas residuales.
- Tratamiento de aguas residuales.
- Evacuación de aguas residuales tratadas en cuerpos de agua.

Asimismo, estos servicios se concentran, primero, en las necesidades para el desarrollo habitual (adecuado) de toda persona y, segundo, en la industria la cual podría estar incorporada en los núcleos urbanos o constituidos en complejos independientes. Ahora bien, se realiza una distinción, y se excluye, del sector industrial a la agricultura debido a su particular uso de recursos hídricos y su regulación específica⁴.

De esta manera, adicionalmente a la complejidad de actividades que representan los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, los mismos aplican una estructura monopólica debido a la eficiencia de su prestación en este esquema.⁵ Frente a ello, el Perú ha propuesto un marco normativo que permita ordenar las actividades previamente señaladas, asegurar el desarrollo del sector y garantizar el derecho de las personas a contar con los referidos servicios, tal como lo veremos a continuación.

³ Caro-Patón Carmona, "El precio del servicio público del agua", 1435-1436.

⁴ Martín Mateo, "Administración de los Recursos Hídricos. Aspectos institucionales y modalidades gestoras", 26-27; Álvarez Fernández, *El abastecimiento de agua en España*, 243-244.

⁵ Álvarez Fernández, *El abastecimiento de agua en España*, 545.

2.1. Tratamiento jurídico del suministro de agua potable y saneamiento

El artículo 2° de la Constitución Política del Perú, señala que toda persona tiene derecho a la vida, a su integridad física y a su libre desarrollo y bienestar. La contraparte al reconocimiento de los derechos en mención, se sitúa en la obligación del Estado de garantizar la prestación de los servicios esenciales que, a su vez, permitan el disfrute de los referidos derechos.

De tal manera, siendo el suministro de agua potable y el saneamiento servicios esenciales para el desarrollo de toda persona, el Estado se encuentra obligado a garantizar la prestación adecuada de aquellos servicios⁶, más aún cuando estos están vinculados a los derechos a la vida y a la salud de las personas.

Al respecto, la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículo 11°) señala que toda persona, en el ámbito territorial de un entidad prestadora de servicios de agua potable y saneamiento, tiene el derecho a solicitar que el operador le brinde los servicios conforme las condiciones técnicas aprobadas.

En este escenario, el Estado debe procurar establecer las competencias y funciones concretas que permitan que el sector en referencia funcione adecuadamente, integrando así funciones del gobierno nacional, regional y local⁷.

Asimismo, en el marco normativo del sector se han establecido los principios el año 2013, mediante la Ley de modernización de los servicios de saneamiento (Artículo III), buscando otorgar un nuevo impulso a la mejora de los servicios de agua potable y saneamiento. A continuación, se analizan los principios mencionados:

El principio de acceso universal señala que la población tiene el derecho a contar con acceso a servicios de agua potable y saneamiento de manera sostenible y de calidad, resaltándose la obligación del Estado de proveerlos por intermedio de los operadores correspondientes.

El referido principio, permite al Estado utilizar políticas de acceso universal que le permita brindar los servicios de agua potable y saneamiento conforme a objetivos sociales, aplicando tarifas accesibles para usuarios con menor disponibilidad de recursos o subvencionando la extensión de la redes a zonas rurales o marginales⁸.

En segundo lugar, **el principio de inclusión social** señala que el Estado deberá actuar conforme a la política de promoción del desarrollo e inclusión social, procurando

⁶ García Rubio, "El abastecimiento domiciliario de agua potable: un estudio de su régimen jurídico hispanoamericano", 699.

⁷ Ibid., 700.

⁸ Stapper Buitrago y Londoño, "El servicio universal en los servicios de distribución de agua y alcantarillado de Colombia", 313–315.

i) reducir la brecha de infraestructura existente en los servicios de agua potable y saneamiento, y ii) permitir el acceso a poblaciones de escasos recursos.

El principio parte de un supuesto: el Estado aún no invierte lo suficiente en la infraestructura de servicios de agua potable y saneamiento. Ello se puede observar de la revisión del gasto público (dirigido a cerrar brechas de infraestructura) realizado durante el periodo comprendido entre los años 2006 y 2014, en el cual la inversión en el sector en estudio comprendió el tres por ciento (3%).⁹

Se busca que el marco normativo vigente brinde las herramientas y respaldo jurídico necesario que permita incentivar la inversión pública o privada. De esta manera, se podrá realizar un aporte mayor en el desarrollo de infraestructura de agua potable y saneamiento que tenga como consecuencia la mejora de los servicios existentes o el comienzo de su prestación en las zonas donde aún no se brindan.

No obstante quede claro el objetivo que se busca conseguir con este principio, debemos anotar que lo enunciado por este se encuentra subsumido en el principio de acceso universal; puesto que llevar el derecho de las personas a contar con el servicio de agua potable y saneamiento, involucra permitir el acceso a poblaciones de escasos recursos y reducir la brecha de infraestructura en este sector.

En tercer lugar, el **principio de protección del ambiente** dispone que los operadores de los servicios de agua y saneamiento consideren en sus Planes Maestros Optimizados, mecanismos de compensación ambiental y manejo de cuencas.

La consideración de ambos aspectos en el marco normativo de los servicios de agua potable y saneamiento, es el resultado de la aplicación de la lógica aportada por la gestión integrada de recursos hídricos. Esta última se refiere a un proceso en el cual se planifica y utiliza, de manera coordinada, el agua y otros recursos vinculados con la finalidad de maximizar los resultados económicos y sociales; velando, además, por la sostenibilidad de los ecosistemas relacionados.¹⁰

En este escenario, la correcta utilización de las grandes cantidades de recursos hídricos por parte de los operadores de los servicios de agua potable y saneamiento, representa un impacto intenso en los cuerpos de agua existentes en la nación, razón por la cual, resulta necesario que sean prestados de manera sostenible.

En cuarto lugar, el **principio de autonomía empresarial** señala que los operadores de los servicios de agua potable y saneamiento cuentan tanto con la competencia exclusiva para la gestión de los servicios de saneamiento, como para la administración de los proyectos bajo su ámbito de influencia. No obstante, su actuación deberá

⁹ Defensoría del Pueblo, "El derecho humano al agua y saneamiento. El control del gasto público en la ejecución de infraestructura de acceso.", 17-21.

¹⁰ Hassing et al., *Integrated Water Resources Management in Action*, 3.

ajustarse al marco normativo aplicable; es decir, a las políticas, planes y lineamientos aprobados por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, a la normativa sobre ordenamiento territorial aprobada por las municipalidades provinciales y locales competentes, y al resto de normas del sector aplicables.

Así, se promueve el otorgamiento de autonomía a los operadores de los servicios de agua potable y saneamiento para que puedan desarrollar su línea de negocio. Dicha autonomía se encuentra enmarcada en el complejo marco lineamientos y normativa dispuesta por las diversas administraciones públicas relacionadas a los servicios¹¹.

En último lugar, el **principio de eficiencia** promueve la mejora continua de los niveles de eficiencia, mediante el aprovechamiento de las economías de escala, la aplicación de tecnologías y la modernización de la gestión.

En la misma línea, la concepción de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento como servicios públicos, permiten que se les aplique el principio de mutabilidad, por el cual se exige la adaptación constante de la tecnología utilizada y a los nuevos escenarios sociales que se presenten¹².

A su vez, al tratarse de una actividad que aún se desarrolla como un monopolio natural, el servicio se caracteriza por contar con economías de escala, lo cual le permite reducir el precio unitario a medida que la cantidad producida aumenta; el aprovechamiento de esta característica debería resultar vital para que la industria presente rentabilidad y sea autosostenible¹³.

Por tanto, a través de los principios señalados se busca que los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento cuenten con un marco general que permita el establecimiento de criterios y la toma de decisiones más favorables para el desarrollo de la industria.

Habiendo desarrollado los principios, corresponde dar cuenta de cómo se desarrolla y divide la industria. El ordenamiento jurídico peruano reconoce la presencia de diversas actividades que comprenden los denominados servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento. Así, en el Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículo 4°), Decreto Supremo N° 023-2005-VIVIENDA, se reconocen cuatro sistemas que consideran las condiciones particulares del ámbito donde se presta el servicio: i) de abastecimiento de agua potable, ii) de alcantarillado sanitario, iii) de alcantarillado pluvial, y, iv) de disposición de excretas.

El sistema de abastecimiento de agua potable comprende la infraestructura, maquinarias y equipos utilizados para la captación, almacenamiento y conducción de

¹¹ Rees, *Urban Water and Sanitation Services*, 27.

¹² Malaret i García, "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos", 67.

¹³ Baldwin, Cave, y Lodge, *Understanding regulation*, 444–446.

agua cruda y agua potable; así como las conexiones domiciliarias, piletas públicas, entre otros medios de distribución.

Por el sistema de alcantarillado sanitario se entiende la infraestructura, maquinarias y equipos utilizados para la recolección, tratamiento y disposición final de las aguas residuales.

El sistema de alcantarillado pluvial abarca al conjunto de infraestructura, maquinarias y equipos utilizados para la recolección y evacuación de las aguas de lluvia.

El sistema de disposición sanitaria de excretas se refiere a la infraestructura, maquinarias y equipos utilizados para la construcción, limpieza y mantenimiento de letrinas, tanques sépticos, módulos sanitarios o cualquier otro medio para la disposición sanitaria de excretas distinto a los sistemas de alcantarillado.

De esta manera, se ha procurado ordenar las diversas actividades que suponen la prestación de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento. Ello ha supuesto la participación intensa de diversos actores, públicos y privados, para el desarrollo y aprovechamiento del sector.

El primer actor, indispensable por su rol, es el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento quien se desempeña como ente rector del sector, conforme la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículo 8°); como tal es el encargado del diseño, ordenación y ejecución de las políticas nacionales.

Asimismo, en caso las municipalidades provinciales, cuyo rol detallaremos más adelante, apliquen la delegación en favor del Ministerio, este podrá otorgar el derecho de explotación de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento.

La Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass), segundo actor, es el organismo regulador del sector y le corresponde ejercer la función normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora, sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos de usuarios, conforme el marco normativo sectorial.

El organismo regulador vela porque los servicios se brinden de manera adecuada para lo cual aplica las funciones que se le han sido otorgadas; garantizando así la prestación adecuada de los servicios, conforme al interés general¹⁴.

En tercer lugar, el Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS) es el encargado de ejecutar la política del sector en materia de administración dirigida a las empresas prestadoras de servicios de saneamiento, conforme la Ley de modernización de los servicios de saneamiento (artículo 4°).

¹⁴ Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público*, 910.

Este organismo técnico se encuentra adscrito al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, y se le han otorgado funciones de ordenación, supervisión, fiscalización y sanción respecto de la gestión empresarial de las empresas prestadoras de los servicios de saneamiento. En este punto, debe precisarse que las funciones de este organismo se centran de manera exclusiva en la gestión de las empresas prestadoras, debiendo diferenciarse de las funciones que cumple la SUNASS como organismo regulador.

En cuarto lugar, se presenta las Municipalidades Provinciales, a quienes se le ha impuesto la responsabilidad de la prestación eficiente y adecuada de los servicios de agua potable y saneamiento, conforme a la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículo 5°). Por consiguiente, las municipalidades están facultadas para otorgar el derecho de explotación a las entidades prestadoras de los servicios de saneamiento en el ámbito urbano.

Las Municipalidades Distritales, quinto actor, son las responsables por la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento en el ámbito rural, conforme a la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículo 6-A). Para ello deberá administrar los servicios mediante organizaciones comunales u otras modalidades de gestión alternativas. Ello, en la medida que no tenga la cobertura que se brinda desde las Municipalidades Provinciales.

En el caso de los Gobiernos Regionales, ellos cumplen un rol colaborador en los servicios de agua potable y saneamiento. En efecto, conforme a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (artículo 58°), estas entidades del Estado deberán apoyar a los gobiernos locales en la prestación de los servicios, tanto en el ámbito técnico como en el financiero.

En el caso de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS) son los operadores de los servicios de agua potable y saneamiento, conforme se señala en la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículo 6°). En esa medida, ellas se encuentran obligadas a tener como única finalidad empresarial la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, poseer un patrimonio propio y determinar sus actuaciones de manera autónoma tanto a nivel empresarial, funcional, como administrativo.

Finalmente, los usuarios de los servicios de agua potable y saneamiento, conforme la Ley General de Servicios de Saneamiento y su Reglamento, se refiere a toda persona natural o jurídica a la que se le brindan los servicios señalados. Consecuentemente, tienen el derecho a disfrutar de los servicios conforme las condiciones técnicas aprobadas, y se encuentran obligados a aprovecharlos de manera adecuada, sin dañar la infraestructura.

De esta manera, los usuarios cuentan con un régimen jurídico específico que si bien les permite ejercer derechos como el de acceso, de disfrute del servicio (referente a la regularidad de la prestación) o el derecho a la igualdad; también, se les impone

obligaciones que permitan la prestación sostenible de los servicios, las cuales en caso de incumplimiento podrían ameritar medidas sancionatorias¹⁵.

En atención a lo expuesto, habiendo resaltado la relevancia de los servicios de agua potable y saneamiento, analizado sus principios, reconocido las actividades en las cuales se divide y anotado los actores principales; en la siguiente sección se analizan los resultados referidos a los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, a fin de completar el escenario actual del sector en estudio.

2.2. Situación actual

En el Perú, la relevancia de los servicios públicos para el crecimiento y desarrollo del país es un aspecto reconocido. Asimismo, la particular relevancia de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, tampoco se discute debido al vínculo que tienen con el ejercicio de derechos fundamentales como la vida y la salud.

Ahora bien, no existiendo discusión sobre el aspecto crucial de los servicios de agua potable y saneamiento en la sociedad, resulta importante conocer en qué estado se encuentra el desarrollo de estos servicios y cuáles han sido los resultados de la aplicación del marco normativo que tiene como base a la Ley General de Servicios de Saneamiento.

En líneas generales, los servicios en estudio han tenido un crecimiento sostenido pero aún insuficiente el cual podría estar motivado a la convergencia de la falta de interés político, la complejidad propia del sector y la falta de rentabilidad de los negocios involucrados.

En efecto, el acceso al agua por red pública en el año 2004 se encontraba en el 70.2%, situación que ha sido superada por el 85.8% alcanzado en el año 2014. De igual manera, el acceso a instalaciones sanitarias por red pública y pozo séptico se encontraba en 64.6% en el año 2004, alcanzando un 77.8% para el año 2014.

Ambos aspectos demuestran un desarrollo tangible en el sector motivado por el crecimiento sostenido que ha experimentado el país desde el año 2001. Sin embargo, el contraste de la disposición de los servicios de agua potable y saneamiento entre la zona urbana y rural, resulta alarmante debido a las notables diferencias mantenidas a lo largo del periodo estudiado.

A continuación, se detalla el avance en acceso al agua potable e instalaciones sanitarias desde el año 2004 hasta el 2014¹⁶.

¹⁵ Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. La Actividad Administrativa*, IV:591-597.

¹⁶ INEI, "Condiciones de Vida en el Perú".

CUADRO N° 1. ACCESO AL AGUA E INSTALACIONES SANITARIAS (%)						
Año	Agua por Red Pública			Instalaciones Sanitarias por Red Pública y Pozo Séptico		
	Total	Urbana	Rural	Total	Urbana	Rural
2004	70.2	84.5	36.4	64.6	82.6	22.6
2005	70.3	85.4	33.5	68.7	84.8	29.6
2006	72.1	86.3	36.1	71.8	86.6	34.4
2007	72.4	86.7	34.6	70.2	84.3	32.7
2008	73.1	87.1	33.9	72.8	85.5	37.3
2009	74.7	88.2	36.4	74.6	86.5	40.8
2010	76.8	89.2	40.5	77.0	88.0	44.7
2011	77.3	90.5	38.4	77.0	88.3	43.9
2012	82.5	91.7	54.7	77.4	89.0	42.8
2013	83.2	91.8	56.6	77.8	88.4	45.0
2014	85.8	92.7	64.2	77.8	88.4	44.7

Fuente: INEI.

Elaboración: Propia.

A partir de lo recogido en el Cuadro N° 1, se puede concluir lo siguiente: i) el Perú se encuentra invirtiendo en los servicios de agua potable y saneamiento de manera sostenida en el tiempo, pero con una intensidad que aún no le permite obtener el 100% de acceso en los servicios de agua potable y saneamiento; y, ii) el Perú no cuenta con la infraestructura necesaria para la adecuada prestación de los servicios de agua potable y saneamiento lo cual no le permite incrementar los índices de acceso en favor de los ciudadanos (usuarios).

El déficit de infraestructura genera que los usuarios se vean obligados a asumir un sobrecosto. Este se refiere a lo que los usuarios deberán pagar por la utilización de una inadecuada infraestructura o por la inexistencia de la misma, en comparación a una situación en la cual se cuente con infraestructura adecuada para la provisión de los servicios¹⁷.

Ejemplo de ello son los sustitutos de mayor precio (compra de agua en camiones cisterna), costo de oportunidad por el tiempo en conseguir agua (caminatas de larga duración), menor calidad del agua (generando problemas de salud), mayor precio de fuente alternativas (en caso de contar con el servicio únicamente por horas), agua no contabilizada, problemas por presión de agua, problemas de infraestructura de alcantarillado, falta de tratamiento de aguas residuales, entre otros¹⁸.

De esta manera, la ineficiente inversión (insuficiente o inexistente) produce que los usuarios utilicen sustitutos más caros, costos de transacción mayores, y, debido al

¹⁷ Bonifaz y Aragón, "Sobrecostos por la falta de infraestructura en agua potable: una aproximación empírica".

¹⁸ Ibid.

precio de estos últimos, se reduce su consumo de agua por debajo del óptimo, generándose una pérdida de eficiencia social¹⁹.

Por ello, considerando el contexto actual y lo determinantes que resultan los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento, el Estado debe determinar una estrategia que permita la inversión en infraestructura, mediante el establecimiento de políticas que permitan madurar al sector²⁰.

Dentro de este contexto, consideramos que resulta importante analizar todas las fórmulas que puedan permitir al Estado el desarrollo del servicio público de agua potable y saneamiento, dentro de las cuales tenemos a las Asociaciones Público Privadas que pasaremos a desarrollar.

3. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL PERÚ

Los servicios públicos de abastecimiento de agua potable y saneamiento necesitan de una infraestructura y operación apropiada para brindar los servicios de manera adecuada.

La infraestructura debe brindarse tomando en consideración los aspectos propios del sector, del territorio y las particularidades de la zona, bien urbana o rural. Buscándose en todo momento el establecimiento de criterios (técnicos, económicos y legales) específicos que permitan que el desarrollo del proyecto se realice de conformidad con la necesidad que se pretende satisfacer²¹.

Ello en función a que la provisión eficiente de la infraestructura de los servicios públicos representa un factor relevante para las políticas de desarrollo. Además, la misma permite la mejora del bienestar social, de la productividad y de la competitividad internacional de todo país²².

Por su parte, la operación de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento debe brindarse con la mayor calidad posible, para así contar con el mejor servicio que pudiera brindarse, como con la mayor eficiencia que permita al operador el correspondiente rédito por el esfuerzo realizado.

En el sector en estudio aún queda mucho por hacer, lo cual supone la construcción (o mejora) de infraestructura y el inicio de la prestación (o la mejora) de los servicios prestados. Ello supone la participación e inversión pública y privada debido a que los recursos disponibles del Estado resultan aún escasos y limitados²³.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Giesecke Sara-Lafosse, "Conceptos de la Gestión de Infraestructura", 195.

²² Vassallo Magro, *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, 16.

²³ Bravo Orellana, "Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú", 198.

Es por ello, que el sistema peruano actual reconoce a la actividad privada como una contribución vital para el desarrollo nacional, incluyendo normas que, por un lado, permitan la inversión privada y, nacional o extranjera, replanteando el rol del Estado en la economía y, por otro, la satisfacción de las necesidades de interés general²⁴.

Asimismo, se ha buscado diversas alternativas que permitan satisfacer el déficit de los servicios de agua potable y saneamiento, las cuales podrían contemplar reformas institucionales y normativas²⁵. Ello, tomando en consideración que la solución a la problemática actual del sector deberá acomodarse a las características propias de nuestro país²⁶.

Por ello, debido a que se buscaba combinar adecuadamente la participación (planeamiento, construcción u operación) y financiamiento del ámbito público y privado, se entendió que la Asociación Público Privada podría ser el modelo que permita cumplir con los objetivos señalados²⁷.

En la siguiente sección, previamente al marco normativo peruano referente a las Asociaciones Público Privadas, se analiza la noción general de la misma y sus características más resaltantes.

3.1. Noción general y características

La inserción de participación privada en un sector que tradicionalmente ha contado con operadores de origen público, necesita de un marco normativo coherente que brinde seguridad jurídica²⁸. Ello permite que los operadores conozcan las obligaciones y derechos que los involucren, permitiéndoles programar sus actividades sin alterar los servicios prestados (interés general) ni su iniciativa de negocio (interés privado).²⁹

Así, se parte por considerar a la Asociación Público Privada (APP) como:

Un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo

²⁴ Kresalja Rosselló, *¿Estado o mercado?*, 104–109, 183–189; Bravo Orellana, “Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú”, 197; Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad*, 162–163, 182–185.

²⁵ Un ejemplo de ello, es la introducción del Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS), organismo que hasta hace algunos años no formaba parte del sector.

²⁶ Martín Mateo, “Administración de los Recursos Hídricos. Aspectos institucionales y modalidades gestoras”, 33; Dragantes, Batistel, y Manahan, “Fuentes de esperanza: alternativas a la comercialización del agua en Asia”, 277.

²⁷ Vassallo Magro, *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, 20.

²⁸ Martínez de Velasco, “La gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable a las poblaciones”, 119.

²⁹ Laguna de Paz, “La regulación del mercado. Lecciones para alumnos díscolos”, 1181.

*importante y la responsabilidad de la gestión, y la remuneración está vinculada al desempeño*³⁰.

De esta manera, la Asociación Público Privada tiene como objetivo disponer de los mejores aportes que pudieran brindar el sector público y privado, en una lógica de reparto de riesgos. Ello permite la maximización del valor generado por la actividad, obteniéndose una mejora en la prestación de servicios públicos y en la gestión (construcción y operación) de infraestructura³¹.

A su vez, si bien el modelo de Asociación Público Privada cuenta con particularidades en cada ordenamiento jurídico, se pueden identificar sus características generales³² las cuales se señalan a continuación.

La relación de larga duración es el primer aspecto que se presenta, e implica la colaboración entre los diversos actores participantes durante las diversas etapas del proyecto. En segundo lugar, la financiación plural del proyecto, la cual supone la utilización de financiamiento privado, preferentemente, y público.

La relevancia otorgada a la intervención del operador privado, tercera característica, se refiere a la participación intensa de este en las diversas etapas del proyecto, en razón a que el operador público prioriza la definición de los objetivos del proyecto y la supervisión del cumplimiento de los mismos.

Y, en último lugar, el reparto de riesgos entre el sector público y el operador privado lo cual supone la transferencia de riesgos del sector público al privado. Sobre el mismo, cabe precisar que el reparto de riesgos, se realiza en función a cada proyecto en función a las características que presenta. Además, por definición, ninguna de las partes involucradas (pública o privada) asume la totalidad de los riesgos de cada proyecto.

Ahora bien, la Asociación Público Privada considerada en principio como un contrato, usualmente no mantiene un tipo contractual específico en los diferentes ordenamientos jurídicos donde es utilizada. De modo tal, que se han utilizado diversos instrumentos para la aplicación del referido esquema como son las concesiones (fórmula de más uso en América Latina), contratos de administración, contratos de servicios o contratos de arrendamiento³³.

³⁰ Banco Interamericano de Desarrollo, "Asociaciones Público Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo I: Introducción a las Asociaciones Público Privadas. Unidad 1: Visión General de las APP", 7.

³¹ Alborta, Stevenson, y Triana, "Asociaciones público privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro", 25; Banco Interamericano de Desarrollo, "Asociaciones Público Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo I: Introducción a las Asociaciones Público Privadas. Unidad 1: Visión General de las APP", 8; Huapaya Tapia, "Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal", 19.

³² Comisión de las Comunidades Europeas, "Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación y concesiones", párr. 1.1.2.

³³ Vassallo Magro, *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, 20–21.

Asimismo, se presentan dos tipos de Asociación Público Privada. El primero determinado por la necesidad de crear nuevos activos, conocidos como "*greenfield projects*", mientras que el segundo se encuentra justificado en la remodelación o renovación de activos ya existentes, denominados como "*brownfield projects*"³⁴.

En las Asociaciones Público Privadas existe la tendencia a la realización de los "*greenfield projects*" frente a los "*brownfield projects*". Esta se debe a la renuencia de los participantes privados a asumir el riesgo, a largo plazo, sobre activos que han sido diseñados y construidos por otros operadores, presentándose así la posibilidad de defectos desconocidos³⁵.

En atención a lo señalado hasta el momento sobre el modelo de la Asociación Público Privada, cabe destacar dos aspectos base para la comprensión del mismo y el correspondiente éxito en su aplicación.

La transferencia del riesgo resulta indispensable debido a que ella permite que el sector público comparta el riesgo, el cual de otra manera recaería únicamente en él.³⁶ Así, la autoridad pública deberá, primero, identificar y cuantificar los riesgos del proyecto; para luego, asignarlos de la manera más eficiente³⁷.

Respecto a la asignación del riesgo, esta deberá realizarse de manera que sean asignados a la autoridad pública o al privado en función a quien se encuentre habilitado para gestionarlos a un menor costo. Así, el sector privado asumiría los riesgos que podrían ser administrados en el mercado, dejando al Estado aquellos que no³⁸.

En segundo lugar, respecto al marco en el cual se desarrolla la Asociación Público Privada. Este se refiere a la manera en la cual se le implementa, considerándose así la identificación, justificación, evaluación, presupuesto, contratación y supervisión del proyecto³⁹. A continuación, se detallan los componentes del marco.

La política pública comprende la intención del Estado para la aplicación del esquema de Asociaciones Público Privadas y los principios que rigen su realización. Segundo, el marco jurídico el cual se refiere a las leyes y reglamentos que lo regulan, pudiéndose incorporar al mismo tiempo normativa sectorial dependiendo del sector en referencia.

³⁴ Destauriers, "Asociaciones Público Privadas", 164.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid., 166.

³⁷ Bravo Orellana, "Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú", 199; Destauriers, "Asociaciones Público Privadas", 169-170.

³⁸ Vassallo Magro, *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, 40; Bravo Orellana, "Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú", 199.

³⁹ Banco Interamericano de Desarrollo, "Asociaciones Público Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo II: Establecimiento del Marco de las APP. Unidad 1: Establecimiento del Marco de las APP", 6; Vassallo Magro, *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, 269-271.

Los procesos y responsabilidades institucionales, tercer componente, los cuales permiten: i) conocer la manera en la cual deben ser identificados, desarrollados, implementados, gestionados y evaluados los proyectos; e, ii) identificar el rol de las diversas administraciones públicas relacionadas a los proyectos.

Por último, el enfoque de gestión de finanzas públicas es considerado en los componentes del marco debido a que mediante él se asegura que el gasto público se realice de manera sostenible y conforme al principio de valor por dinero.

De esta manera, el correcto funcionamiento del marco en el cual se desarrollan las Asociaciones Público Privadas resulta si ha sido acondicionado para la realidad específica del país, es claro en las reglas establecidas y es transparente en la disposición de información para los proyectos⁴⁰.

Por lo expuesto, la Asociación Público Privada se presenta como una alternativa que pretende una intervención más colaborativa entre el sector público y privado, al otorgársele un mayor campo de acción al sector privado y reconociéndole al sector público un rol de supervisor de los objetivos planteados⁴¹.

3.2. Régimen jurídico previo de las Asociaciones Público Privadas

El contexto de los países de América Latina, presenta un sector público decidido a impulsar el desarrollo de infraestructura y servicios públicos, el cual permita, a su vez, el crecimiento económico y social del país. Esta decisión ha sido adoptada en función al soporte para la economía que representan ambos ámbitos.⁴²

En Perú, con el cambio de rol del Estado materializado en la Constitución Política del Perú y las normas de inicios de la década de los noventa, se optó por brindar un papel más importante al sector privado mediante la promoción de la iniciativa privada y la libre competencia. A su vez, la referida promoción, tuvo como consecuencia el impulso del rol garante del Estado para el consecuente aseguramiento del interés general⁴³.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional del Perú⁴⁴, ha señalado que la participación del Estado (rol garante) se enmarca en la garantía del bienestar social, la promoción del libre mercado y en la presencia de un Estado subsidiario y solidario.

⁴⁰ Banco Interamericano de Desarrollo, "Asociaciones Público Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo II: Establecimiento del Marco de las APP. Unidad 1: Establecimiento del Marco de las APP", 26.

⁴¹ Mairal, "Los riesgos en la financiación privada de proyectos públicos", 205; Huapaya Tapia, "Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal", 17.

⁴² Vassallo Magro, *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, 30.

⁴³ Esteve Pardo, "La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía", 305–306.

⁴⁴ Tribunal Constitucional del Perú, No. 0008-2003-AI/TC, 13 (2003).

En este marco, existiendo un impulso político y normativo para la participación del sector privado en la economía del país, también se le consideró como un aliado estratégico para satisfacer las necesidades del país, procurando garantizar el bienestar de la sociedad⁴⁵. Ello motivó el inicio de la participación de operadores privados en actividades donde antes solo operaba el sector público.

Posteriormente, en el año 2008, habiendo transcurrido más de quince años del inicio del proceso de participación de privados en sectores antes reservados para el Estado, el Perú incluyó un esquema adicional que le permitiera mejorar en el sector de infraestructura y prestación de servicios públicos, las Asociaciones Público Privadas (Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada). Se buscaba que mediante este nuevo esquema se pudiera incentivar la participación del sector privado en infraestructura y servicios de interés general.

La Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas (artículo 3°), actualmente derogada, definía a las Asociaciones Público Privada de la siguiente manera:

Las Asociaciones Público – Privadas 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.

A partir de la definición anotada, se puede observar que el ordenamiento jurídico peruano recogió las características principales señaladas por la doctrina.⁴⁶ A su vez, se optó por señalar cinco principios aplicables al esquema de Asociaciones Público Privadas.

El primer principio es el de valor por dinero, por el cual se señala que el suministro de un servicio público debe ser ofrecido por el operador privado que se encuentre en mejores condiciones para brindarlo, bien con mayor calidad o bien a un menor costo.

El segundo es el principio de transparencia el cual establece que la información (cuantitativa o cualitativa) utilizada durante la utilización del esquema de Asociaciones Público Privadas, es de conocimiento público.

⁴⁵ Vassallo Magro, *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, 37.

⁴⁶ Baca y Ortega, "Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano", 34-41.

El tercer principio es el de competencia, el cual promueve la búsqueda de la competitividad con la finalidad de asegurar la eficiencia en desarrollo del proyecto como de evitar cualquier acto anti-competitivo.

El cuarto principio es el de asignación adecuada de riesgos, el cual señala que la distribución se realiza entre el sector público y privado, procurándose una administración a menor costo.

El quinto, y último, principio es el de responsabilidad presupuestal el cual refiere que los compromisos financieros producidos en el contexto de los proyectos de Asociaciones Público Privadas, no deben comprometer la sostenibilidad de las finanzas pública ni la ejecución de los proyectos.

Este régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas si bien tuvo aspectos positivos y negativos⁴⁷, se destaca que en diversos proyectos, en especial los referentes a concesiones de carreteras, el riesgo (de tráfico) ha sido asumido en su totalidad por el sector público⁴⁸.

Ello podría ser generado por dos motivos muy diferentes. El primero, la infraestructura o servicios públicos no resultan rentables, pero la inversión por la ganancia social lo justifica. O, el Estado ha cedido en escenarios de negocios en los cuales el privado pudo recobrar su inversión de manera distinta, sobrevalorando la infraestructura construida o los servicios prestados.

Asimismo, el Perú, al igual que otros países de América Latina ha demostrado que se han presentado problemas en la gestión de los proyectos mediante la aplicación de Asociaciones Público Privadas. Entre ellos se encuentran: la ausencia de un marco normativo adecuado, el desconocimiento del proceso de licitación, la errada planificación de los proyectos (generando el aumento del costo y tiempo) y el incumpliendo de los contratos⁴⁹.

Por lo expuesto, se desprende que el Perú tuvo una primera experiencia con el esquema de Asociaciones Público Privadas, que ha permitido observar los beneficios y dificultades que se pueden presentar a lo largo de la gestión de un proyecto.

3.3. Régimen jurídico vigente de las Asociaciones Público Privadas

El esquema de Asociaciones Público Privadas recogido en el Decreto Legislativo N° 1012, el cual se encontraba vigente desde el año 2008, ha sido derogado por medio

⁴⁷ Laurell y Herrera Ronquillo, "Claves para entender los contratos de asociación público-privada"; Witker, "Asociaciones público-privadas y captura del Estado"; Hall, "¿Por Qué Las Asociaciones Público-Privadas (APPs) No Funcionan? Las Numerosas Ventajas de La Alternativa Pública".

⁴⁸ Vassallo Magro, *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, 40.

⁴⁹ *Ibid.*, 26.

del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, promulgado a finales del año 2015.

De esta manera, el Estado ha procurado establecer un marco normativo que fomenta la inversión privada necesaria para el desarrollo de los proyectos de Asociaciones Público Privadas, procurando mantener el rol preponderante de garante y supervisor del Estado.

En el novedoso régimen normativo se establece como base la definición de las Asociaciones Público Privadas, los principios aplicables durante la gestión del proyecto, la creación del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, así como la creación del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas. Aspectos que se analizan a continuación.

La Asociación Público Privada, conforme el Decreto Legislativo N° 1224 (artículo 11°), se define de la siguiente manera:

Las Asociaciones Público Privadas 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 y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente. Las Asociaciones Público Privadas se originan por iniciativa estatal o iniciativa privada.

A partir de la definición expuesta, se puede observar que la definición no realiza mayor distinción respecto de la norma previa, aunque sí excluye de la definición a los proyectos de investigación aplicada e innovación tecnológica. No obstante, aquella exclusión únicamente se debe a la promoción de los referidos proyectos mediante el proceso simplificado, herramienta incorporada por el Decreto Legislativo en comentario.

El artículo, además, considera aspectos fundamentales como la distribución del riesgo, la larga duración de los contratos y se señala a las partes participantes (correspondientes al sector público y privado) en toda Asociación Público Privada.

Asimismo, en el mismo cuerpo normativo referido (artículo 4°), se recogen los principios rectores aplicables a todas las actividades a realizarse durante la gestión de los proyectos, los cuales se detallan a continuación:

El principio de competencia promueve la búsqueda de competitividad, la igualdad de trato entre los postores y combate la realización de conductas anticompetitivas.

La relevancia de este principio radica en que todo en el proceso de licitación, para así contar con el operador privado que permita maximizar la prestación en función a

la calidad-precio del proyecto de Asociación Público Privada pueda beneficiarse de la competencia⁵⁰.

Segundo, el principio de transparencia señala que la información del proyecto referida a la toma de decisiones durante la evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas, debe ser considerada de conocimiento público.

Tercero, el principio de enfoque de resultados dispone que las administraciones públicas, en el ejercicio de sus funciones, permitan la ejecución oportuna de la inversión privada. Adicionalmente, en el artículo 2° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, se señala que las administraciones públicas deben optar, en caso de diversas alternativas viables, por la que permita el desarrollo oportuno del proyecto, que promueva la inversión, garantice la disponibilidad del servicio y permita alcanzar los niveles de servicio del proyecto.

Cuarto, el principio de planificación comprende la priorización y orientación de proyectos de Asociaciones Público Privadas en los diversos niveles de gobierno, según las prioridades nacionales, sectoriales, regionales y locales.

Quinto, el principio de responsabilidad presupuestaria vela porque el Estado no asuma compromisos financieros, en el marco de Asociaciones Público Privadas, que perjudiquen el equilibrio presupuestario, la sostenibilidad de las finanzas públicas o la prestación regular de los servicios públicos.

Sexto, el principio de valor por dinero, principio no recogido en el Decreto Legislativo N° 1224, pero sí considerado en su Reglamento (artículo 2°), señala que los proyectos de Asociaciones Público Privadas deben realizarse conforme a una combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido.

Así, se procura la priorización de los proyectos que generen un mayor valor para la sociedad, la selección de la modalidad de ejecución más adecuada, la identificación y distribución de los riesgos, y el aseguramiento de un proceso competitivo.

La metodología del valor por dinero permite la evaluación, haciendo énfasis en el sector de referencia, para verificar si la participación privada resulta favorable a largo plazo. Para ello, se revisan, por un lado, los costos y riesgos durante las diferentes etapas del proyecto, y, por otro, la provisión eficiente de los servicios⁵¹.

⁵⁰ Vass, "Competition and Restructuring in the UK Water Industry", 78; Vassallo Magro, *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, 272.

⁵¹ Alborta, Stevenson, y Triana, "Asociaciones público privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro", 44; Hinojosa, "Hacia un Análisis Costo-Beneficio Integral y Secuencial para evaluar la conveniencia de aplicar esquemas de Asociaciones Público-Privadas en América Latina", 7; Hall, "¿Por Qué Las Asociaciones Público-Privadas (APPs) No Funcionan? Las Numerosas Ventajas de La Alternativa Pública", 40.

No obstante, todo no es favorable en la aplicación del principio de valor por dinero debido a que las valoraciones realizadas no corresponden a las situaciones específicas que suceden en la realidad. Por tanto, no se consideran aspectos relevantes de la gestión del proyecto, por ejemplo, el aplazamiento en la construcción de una infraestructura de servicios públicos, lo cual genera el incremento de los costos del proyecto⁵².

Séptimo, y último, el principio de adecuada distribución de riesgos ha sido añadido al marco normativo de las Asociaciones Público Privadas mediante el artículo 2° del Reglamento. Este consiste, conforme ha sido señalado anteriormente, en la distribución de riesgos considerando qué parte se encuentra en mejor capacidad para asumirlos y administrarlos.

Por otro lado, aspecto de vital importancia, se ha creado el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, mediante el Decreto Legislativo N° 1224 (artículo 5°), el cual ha sido establecido como sistema funcional. Tiene como objetivo la promoción, fomento y aceleración de la inversión privada para dinamizar la economía nacional, generando empleos, contribuyendo con la competitividad del país y, sobre todo, colaborando con mejorar los índices de infraestructura y servicios públicos.

El ente rector, y máxima autoridad técnico normativa, del referido sistema es el Ministerio de Economía y Finanzas quien se encarga de asegurar el cumplimiento de la política de promoción y desarrollo de las Asociaciones Público Privadas, con la colaboración de diversas autoridades administrativas en los distintos niveles de gobierno.

Los integrantes del sistema son el ente rector, los demás ministerios, los organismos públicos del Gobierno Nacional, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales.

El sistema en comentario, se encuentra relacionado directamente con el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), el cual tiene como finalidad la optimización de los recursos públicos referentes a inversión. Presentándose como ente rector, también en este sistema, el Ministerio de Economía y Finanzas.⁵³

Los objetivos del Sistema Nacional de Inversión Pública⁵⁴ son i) propiciar la aplicación del ciclo del proyecto de inversión pública, ii) fortalecer la capacidad de planeamiento del sector público, y, iii) crear condiciones para la elaboración de planes de inversión pública por periodo no menos a tres años.

En ese sentido, reconociendo que el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada y el Sistema Nacional de Inversión Pública utilizan recursos públicos en

⁵² Vassallo Magro, *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, 268.

⁵³ Al respecto, véanse los artículos 1° y 3° de la Ley N° 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública.

⁵⁴ Al respecto, véase el artículo 5° de la Ley N° 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública.

la realización de proyectos de infraestructura y servicios públicos⁵⁵; resulta necesario que se esclarezca la relación entre ambos para evitar futuras confusiones, las cuales pudieran dificultar la satisfacción de las necesidades de interés general o imponer barreras para la inversión privada.

Asimismo, se ha establecido un proceso simplificado, artículo 30° del Decreto Legislativo N° 1224 y artículo 27° del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, mediante el cual se agiliza la ejecución de Asociaciones Público Privadas de iniciativa estatal. Estableciéndose que los proyectos en los cuales se aplique el referido proceso, deberán presentar un costo total inferior a quince mil (15,000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Por último, una más de las novedades que forman parte del Decreto Legislativo N° 1224, es la creación del Registro Nacional de contratos de Asociaciones Público Privadas. El objetivo de este Registro es conocer cuál es el estado de los proyectos, las semejanzas y diferencia que pudieran identificarse, la mejora del planteamiento de los proyectos, entre otros beneficios.

El registro se encuentra a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas, en él se adicionan, principalmente, la Resolución Suprema, el Acuerdo de Consejo Regional o Concejo Municipal que disponga la incorporación del proyecto al proceso de promoción, contratos de Asociación Público Privada suscritos y sus adendas.

4. EXPERIENCIA DE LA UTILIZACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL SECTOR DE SUMINISTRO DE AGUA Y SANEAMIENTO

La introducción de las Asociaciones Público Privadas en el Perú ha permitido que el Estado haga uso de una herramienta más para garantizar la satisfacción de las necesidades de interés general⁵⁶. Si bien en un inicio no tuvieron la acogida esperada, con los años han ido aumentando los proyectos adjudicados.

Así, según información del Ministerio de Economía y Finanzas⁵⁷, en el período comprendido entre enero 2008 y mayo 2015, se han adjudicado sesenta y tres (63) proyectos. Los cuales han representado un monto de inversión aproximado de veintinueve mil setecientos veinticinco millones de dólares americanos (US\$ 29,725 MM).

En el caso del sector de agua potable y saneamiento, se puede advertir que se han adjudicado cuatro (4) proyectos, los cuales en su conjunto, comprenden un monto de inversión de setecientos dos millones de dólares americanos (US\$ 702 MM). De esta manera se observa, que el monto de inversión de las Asociaciones

⁵⁵ Al respecto, véase, Huapaya Tapia, "Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal".

⁵⁶ Felices, "Asociaciones Público-Privadas para el Financiamiento de Infraestructura: el nuevo rostro del Project Finance", 145.

⁵⁷ Ministerio de Economía de Finanzas, "Asociaciones Público Privadas, estadística". Disponible en: www.mef.gob.pe (fecha de consulta: 26.02.16).

Público Privadas adjudicadas, referentes al servicio de agua potable y saneamiento representan el 2.37% del total de inversión, porcentaje muy bajo para el interés público que representa este sector.

Al respecto, en la página web de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) se señalan los proyectos que han sido entregados en la actualidad⁵⁸:

- Proyecto Aguas del Río Chillón.
- Abastecimiento de Agua Potable para Lima (Huascacocha - Rímac).
- Servicios de Agua y Desagüe de Tumbes.
- Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada.
- Planta de tratamiento de Aguas Residuales y Emisario Submarino La Chira.

Además de ello, Proinversión mantiene nueve proyectos en cartera los cuales deben ser ejecutados a futuro⁵⁹:

- Gestión Integral Técnico - Comercial de la Zona Centro de SEDAPAL,
- Gestión Integral de las Actividades Comerciales y Operativas de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado en Lima Norte,
- Inversión y Provisión de Servicios de Saneamiento de los Distritos de la Gerencia Sur de SEDAPAL - Agua Lima Sur,
- Monitoreo y Control de las Concentraciones de Parámetros de Descargas de Aguas Residuales No Domésticas en el Sistema de Alcantarillado Sanitario Gestionadas por SEDAPAL,
- Nueva Atarjea - Modernización y Remodelación de la Planta de Agua Potable de la ATARJEA,
- Sistema de Regulación de las Aguas del Río Chonta,
- Sistema de tratamiento de las aguas residuales de la cuenca del Lago Titicaca,
- Obras de Cabecera y Conducción para el Abastecimiento de Agua Potable para Lima; y,
- Obras de Regulación del Río Chillón.

5. PROPUESTA DE APROVECHAMIENTO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL SECTOR DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO

De todo lo señalado hasta este punto, se puede advertir que la aplicación de Asociaciones Público Privadas en el Sector de Agua Potable y Saneamiento se presenta como una alternativa atractiva que permita el desarrollo del sector. Por ello, es necesario tomar en consideración ciertos aspectos, generales y específicos, para el fomento de esta modalidad.

⁵⁸ Agencia de la Promoción de la Inversión Privada - Perú, "Cartera de proyectos. Saneamiento". Disponible en: www.proinversion.gob.pe (fecha de consulta: 26.02.16).

⁵⁹ Agencia de la Promoción de la Inversión Privada - Perú, "Cartera de proyectos. Saneamiento". Disponible en: www.proinversion.gob.pe (fecha de consulta: 26.02.16).

Sobre los aspectos generales, debe considerarse que el éxito de una Asociación Público Privada se basa en que el proyecto sea bueno, es decir, que satisfaga necesidades (de interés general) específicas y sea asequible⁶⁰. En segundo lugar, la vinculación de los pagos al cumplimiento de los objetivos del proyecto, permite asegurar la realización de las prestaciones pactadas por el socio privado⁶¹.

En tercer lugar, el flujo constante de proyectos atrae inversionistas con mayor capital y experiencia. En efecto, la mayor cantidad de proyectos permite que diversas empresas participen en más de un proceso de convocatoria, brindándoles más oportunidades de negocio y mejorando la competencia en las convocatorias⁶².

Sobre los aspectos específicos, referidos directamente al sector de agua potable y saneamiento, es vital que se identifique en qué actividad del sector se debería implementar las Asociaciones Público Privadas, revisando su impacto en la satisfacción de necesidades y su viabilidad.

En segundo lugar, debe presentarse una armonía entre las obligaciones establecidas en el contrato de Asociaciones Público Privadas y las contempladas en la normativa del sector⁶³. De esta manera, no se presentarán contradicciones en la regulación aplicable al proyecto.

Por último, si bien el Ministerio de Economía y Finanzas es el encargado de establecer la Política de Promoción de Inversión Privada, en el caso del sector de agua potable y saneamiento debe coordinar con el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

Esta coordinación permitiría contar con un diagnóstico el cual reconozca donde se encuentran las necesidades en el sector, para posteriormente, definir la pertinencia de la participación de los diferentes agentes, tanto públicos como privados.

6. CONCLUSIONES

Las Asociaciones Público Privadas permiten la promoción de la coordinación y gestión de proyectos entre el sector público y privado, y fomenta la creación de proyectos que incorporen intereses pertenecientes al sector público y al privado⁶⁴.

En ese contexto, reconociendo las carencias del sector de agua potable y saneamiento, la aplicación de las Asociaciones Público Privadas debería constituirse en una herramienta adicional para la satisfacción de necesidades de interés general.

⁶⁰ Ibid., 177.

⁶¹ Deslauriers, "Asociaciones Público Privadas", 166.

⁶² Ibid., 171.

⁶³ Banco Interamericano de Desarrollo, "Asociaciones Público Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo I: Introducción a las Asociaciones Público Privadas. Unidad 1: Visión General de las APP", 16.

⁶⁴ Robalino Orellana, "Los asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica", 102.

Ahora bien, aún queda pendiente esclarecer la relación entre el Sistema Nacional de Inversión Pública y el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada. De esta manera, se podrá maximizar los beneficios que cada sistema ofrece, permitiéndose así una mejor (o más económica) prestación o infraestructura pública.

Finalmente, la Política de Promoción de Inversión Privada, a proponerse por el Ministerio de Economía y Finanzas, debe tomar en consideración la opinión técnica elaborada por el ministerio encargado de cada sector, para así brindar una política más completa que refleje un mayor entendimiento de las necesidades que cada sector presenta.

7. BIBLIOGRAFÍA

Agencia de la Promoción de la Inversión Privada - Perú, "Cartera de proyectos. Saneamiento". Disponible en: www.proinversion.gob.pe (fecha de consulta: 26.02.16).

ALBORTA, Guillermo R., Claudia Stevenson, y Sergio Triana. "Asociaciones público privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro". Banco Interamericano de Desarrollo, 2011.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. *El abastecimiento de agua en España*. 1. ed. Madrid [Spain]: Thomson/Civitas, 2004.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público*. Lima: ARA Editores, 2004.

Asamblea General de las Naciones Unidas. "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", 9 de enero de 2015.

BACA ONETO, Víctor y Eduardo Ortega Sarco. "Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano". *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13 (2013): 33-49.

BALDWIN, Robert E., Martin Cave, y Martin Lodge. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. 2a ed. New York: Oxford University Press, 2012.

Banco Interamericano de Desarrollo. "Asociaciones Público Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo II: Establecimiento del Marco de las APP. Unidad 1: Establecimiento del Marco de las APP". Banco Interamericano de Desarrollo, 2015.

———. "Asociaciones Público Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo I: Introducción a las Asociaciones Público Privadas. Unidad 1: Visión General de las APP". Banco Interamericano de Desarrollo, 2015.

BONIFAZ, José Luis, y Gisella Aragón. "Sobrecostos por la falta de infraestructura en agua potable: una aproximación empírica". Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2008.

- BRAVO ORELLANA, Sergio. "Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú". *Revista de Derecho Administrativo* 1, N° 12 (2012): 197–208.
- CARO-PATÓN CARMONA, Isabel. "El precio del servicio público del agua". En *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum, Gaspar Ariño Ortiz*, 1421–45. Madrid: La Ley, 2011.
- Comisión de las Comunidades Europeas. "Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación y concesiones", 2004.
- Defensoría del Pueblo. "El derecho humano al agua y saneamiento. El control del gasto público en la ejecución de infraestructura de acceso." Informes Defensoriales. Lima: Defensoría del Pueblo, 2015.
- DESLAURIERS, Richard. "Asociaciones Público Privadas: La experiencia Canadiense". *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13 (2013): 163–71.
- DRAGANTES, BUENAVENTURA, Cheryl Batistel, y Mary Ann Manahan. "Fuentes de esperanza: alternativas a la comercialización del agua en Asia". En *Alternativas a la privatización. La provisión de servicios públicos esenciales en los países del Sur.*, traducido por Beatriz Martínez, 245–80. Barcelona: Icaria, 2013.
- ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- . "La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía". *Revista de administración pública*, N° 183 (2010): 295–307.
- FELICES, Enrique. "Asociaciones Público-Privadas para el Financiamiento de Infraestructura: el nuevo rostro del Project Finance". *THEMIS Revista de Derecho*, N° 50 (2005): 137–50.
- GARCÍA RUBIO, Fernando. "El abastecimiento domiciliario de agua potable: un estudio de su régimen jurídico hispanoamericano". En *Planificación y gestión del agua ante el cambio climático: experiencias comparadas y el caso de Madrid*, 655–700. Madrid: La Ley, 2012.
- GIESECKE SARA-LAFOSSE, Carlos. "Conceptos de la Gestión de Infraestructura: incentivos para las buenas prácticas". *Revista de Derecho Administrativo* 1, N° 12 (2012): 187–95.
- HALL, David. "¿Por Qué Las Asociaciones Público-Privadas (APPs) No Funcionan? Las Numerosas Ventajas de La Alternativa Pública". Reino Unido: Public Service International, 2015.

HASSING, JAN, Ipsen Niels, Torkil-Jønch Clausen, Henrik Larsen, y Palle Lindgaard-Jørgensen. *Integrated Water Resources Management in Action*. Side Publications Series. Paris: UNESCO, 2009.

HINOJOSA, Sergio Alejandro. "Hacia un Análisis Costo-Beneficio Integral y Secuencial para evaluar la conveniencia de aplicar esquemas de Asociaciones Público-Privadas en América Latina". PIAPPEM, 2015.

HUAPAYA TAPIA, Ramón. "Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal". *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13 (2013): 15–32.

INEI. "Condiciones de Vida en el Perú". Informe Técnico. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2015.

KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. *¿Estado o mercado? El principio de subsidiaridad en la constitución peruana*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La regulación del mercado. Lecciones para alumnos díscolos". En *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum, Gaspar Ariño Ortiz*, 1179–96. Madrid: La Ley, 2011.

LAURELL, Asa Cristina, y Joel Herrera Ronquillo. "Claves para entender los contratos de asociación público-privada". En *Interés público, asociaciones público-privadas y poderes fácticos*, 123–43. Mexico, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Sociales, 2015.

MAIRAL, Héctor A. "Los riesgos en la financiación privada de proyectos públicos". *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13 (2013): 201–22.

MALARET I GARCÍA, Elisenda. "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto". *Revista de administración pública*, N° 145 (1998): 49–88.

MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín Huelin. "La gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable a las poblaciones". En *Agua: legislación y justicia. Regulación comunitaria y jurisprudencia en el derecho de aguas*, 93–120. Colección Derecho de Aguas 2. Barcelona: AGBAR Fundación, 2013.

Ministerio de Economía de Finanzas, "Asociaciones Público Privadas, estadística". Disponible en: www.mef.gob.pe (fecha de consulta: 26.02.16).

MARTÍN MATEO, Ramón. "Administración de los Recursos Hídricos. Aspectos institucionales y modalidades gestoras". *Revista de Administración Pública*, N° 124 (1991): 7–34.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. La Actividad Administrativa*. Vol. IV. IV vols. Madrid: Iustel, 2011.
- REES, Judith A. *Urban Water and Sanitation Services: An IWRM Approach*. Stockholm: Global Water Partnership, 2006.
- ROBALINO ORELLANA, Javier. "Los asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica". *FORO*, N° 13 (2010): 97-108.
- STAPPER BUITRAGO, Cristian, y Giovanna Londoño. "El servicio universal en los servicios de distribución de agua y alcantarillado de Colombia". En *Más allá del mercado. Las políticas de servicio universal en América Latina.*, 313-49. Barcelona: Fundación CIDOB, 2009.
- VASSALLO MAGRO, José Manuel. *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*. Bogotá: CAF - Banco de Desarrollo de América Latina, 2015.
- VASS, Peter. "Competition and Restructuring in the UK Water Industry". *Journal of Network Industries*, 2002.
- WITKER, Jorge. "Asociaciones público-privadas y captura del Estado". En *Interés público, asociaciones público-privadas y poderes fácticos*, 75-96. Mexico, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Sociales, 2015.