

Marco Legal para las Concesiones en Guatemala

Mario Umaña

Octubre, 1998

CEN 211

Documento en Proceso. Escrito por Mario Umaña, Investigador del CLACDS. Este trabajo busca estimular la reflexión sobre marcos conceptuales novedosos, posibles opciones de abordaje de problemas y sugerencias para la eventual puesta en marcha de políticas públicas, proyectos de inversión regionales, nacionales o sectoriales y de estrategias empresariales. No pretende prescribir modelos o políticas, ni se hacen responsables el o los autores ni el Centro Latinoamericano de Competitividad y Desarrollo Sostenible del INCAE de una incorrecta interpretación de su contenido, ni de buenas o malas prácticas administrativas, gerenciales o de gestión pública. El objetivo ulterior es acrecentar el nivel de discusión y análisis sobre la competitividad y el desarrollo sostenibles en la región centroamericana. El contenido es responsabilidad, bajo los términos de lo anterior, de CLACDS y no necesariamente de los socios contribuyentes del proyecto. Octubre, 1998.

TABLA DE CONTENIDO

MARCO LEGAL PARA LAS CONCESIONES EN GUATEMALA	1
1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1 ¿POR QUÉ CONCESIONAR INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTES?	1
1.2 ¿CUÁLES NUEVAS FUENTES DE FINANCIAMIENTO SE VISLUMBRAN?	2
1.2.1. <i>Fuentes internacionales y domésticas de financiamiento de capital y deuda</i>	3
1.2.2. <i>Project finance</i>	3
1.3 ¿CÓMO SE PREPARA CENTROAMÉRICA?	4
2. MARCO JURÍDICO PARA LAS CONCESIONES EN GUATEMALA.....	6
2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE GUATEMALA	6
2.1.1. <i>En cuanto a la aprobación de los contratos de concesión</i>	6
2.1.2. <i>En cuanto al requisito de la vía alterna en materia de concesiones viales</i>	6
2.1.3. <i>En cuanto al enajenamiento de bienes nacionales</i>	6
2.1.4. <i>En cuanto a los servicios de transporte comercial</i>	6
2.2 LEY DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO	6
2.2.1. <i>En cuanto a la aprobación de los contratos de concesión</i>	7
2.2.2. <i>En cuanto a la regulación del concesionario</i>	7
2.2.3. <i>En cuanto a la resolución del contrato</i>	7
2.3 CÓDIGO DE AERONÁUTICA CIVIL DE GUATEMALA	7
2.3.1. <i>En cuanto a la posibilidad de concesionar</i>	7
2.3.2. <i>En cuanto a la aprobación de los contratos por parte del Congreso</i>	7
2.4 CÓDIGO CIVIL DE GUATEMALA	7
2.4.1. <i>En cuanto a la naturaleza jurídica del instituto</i>	7
2.4.2. <i>En cuanto al refrendo o aprobación por el Congreso</i>	7
2.4.3. <i>En cuanto al usufructo del ferrocarril otorgado a CODEFE</i>	8
3. ANÁLISIS JURÍDICO.....	9
3.1 LA APROBACIÓN DE LOS CONTRATOS POR PARTE DEL CONGRESO	9
3.2 LA NATURALEZA PRIVADA DEL CONTRATO DE USUFRUCTO	9
3.3 EL TEMA DE LA VÍA ALTERNA.....	10
3.4 LO QUE NO ESTÁ REGULADO	10
3.4.1. <i>Relación estrecha Estado-Concesionario</i>	10
3.4.2. <i>Reglas para la coordinación inter-institucional</i>	10
3.4.3. <i>Regulación económica de las concesiones</i>	10
3.4.4. <i>Garantías del Estado</i>	11
3.4.5. <i>Concesión con financiamiento del Estado</i>	11
3.4.6. <i>Iniciativa privada para concesionar obras</i>	11
3.4.7. <i>Caducidad de la concesión</i>	11
3.4.8. <i>Impugnación y apelación de las acciones del concesionario</i>	11
3.4.9. <i>Sanciones intermedias</i>	12
3.4.10. <i>Exoneración de impuestos de importación</i>	12
3.4.11. <i>Ampliación del plazo</i>	12
3.4.12. <i>Transparencia del acto adjudicatorio</i>	12
3.4.13. <i>Licitación Pública Internacional</i>	12
3.4.14. <i>Asegurar la presión competitiva durante el proceso de contratación</i>	12
4. ESTRUCTURACIÓN DE UNA POLÍTICA NACIONAL DE CONCESIÓN	13
4.1 PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD DEL ESTADO	13
4.2 CRITERIOS ECONÓMICOS PARA CONCESIONAR OBRA	13
4.3 FAVORECIMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA	13
4.4 REDISTRIBUCIÓN DEL GASTO PÚBLICO	14
4.5 NUEVO PAPEL DEL ESTADO Y REGULACIÓN ECONÓMICA	14
4.6 TARIFAS QUE CUBRAN LOS COSTOS Y RETRIBUCIÓN JUSTA PARA EL CONCESIONARIO	14
4.7 MARCO INSTITUCIONAL	14

MARCO LEGAL PARA LAS CONCESIONES EN GUATEMALA¹

Infraestructura de Transportes Diagnóstico y Recomendaciones²

13 de Octubre de 1998

1. INTRODUCCIÓN

1.1 ¿Por qué concesionar infraestructura de transportes?

La participación del sector privado en el financiamiento, construcción, rehabilitación, operación, mantenimiento y modernización de la infraestructura es un fenómeno de rápido crecimiento a nivel mundial, producto del desempeño normalmente deficiente de los agentes públicos encargados de proveerla, de la crisis fiscal de los países y las limitaciones al gasto público -donde el énfasis tiende a enfocarse en las áreas de educación y salud-, y de la globalización de las economías. Esta realidad ha provocado un mayor estudio de los costos económicos de una inadecuada infraestructura y la relevancia de ello en términos de la competitividad de una nación³. Los países en desarrollo han decidido dar pasos concretos en términos de promoción de competencia, participación privada y promoción de la inversión extranjera en el sector.

Las razones tradicionales para explicar la propiedad y operación de infraestructura por parte del sector público tienen que ver con las altas inversiones de capital necesarias, las economías de escala que limitan la competencia en el mercado, y la naturaleza de "bienes públicos". Estos argumentos han venido cediendo ante las tasas de retorno relativamente altas sobre inversiones de capital en el sector. La inversión privada ha podido posicionarse como económicamente viable y por lo tanto como la oportunidad para hacer un buen negocio. La única limitación importante sigue siendo la poca disponibilidad de deuda de largo plazo necesaria para actividades que necesitan 25, 30

¹ "Este trabajo busca estimular la reflexión sobre marcos conceptuales novedosos, posibles alternativas de abordaje de problemas y sugerencias para la eventual puesta en marcha de políticas públicas, proyectos de inversión regionales, nacionales o sectoriales y de estrategias empresariales. No pretende prescribir ni se hacen responsables el o los autores ni el Centro Latinoamericano de Competitividad y Desarrollo Sostenible del INCAE acerca de una incorrecta interpretación de su contenido, de buenas o malas prácticas administrativas, gerenciales o de gestión pública. El objetivo ulterior es elevar el nivel de discusión y análisis sobre la competitividad y el desarrollo sostenibles en la región centroamericana. El contenido es responsabilidad, bajo los términos del texto anterior, de CLACDS y no necesariamente de los socios contribuyentes del proyecto".

² Preparado por Mario A. Umaña. Gerente Proyecto de Infraestructura de Transportes. CLACDS-INCAE

³ Un 1% de reducción en gastos de logística equivale para ciertas empresas del mundo desarrollado un 10% de incremento en las ventas. Ver trabajo de Peters, Hans Jürgen. Service: The new Focus in International Manufacturing and Trade. Banco Mundial. Policy Research Working Paper 950.

o más años para recuperar la inversión inicial. En este sentido, la concesión de obra pública -que es sólo una de las formas de participación privada- es el resultado de un ejercicio de ingeniería financiera que responde a una lógica del entorno económico. Sin ésta característica, ningún marco legal de concesión -por moderno que sea- podría producir los resultados esperados.

Algunos autores⁴ proyectan las necesidades de inversión anual en infraestructura de América Latina y el Caribe entre 40 y 50 mil millones de dólares de los cuales el sector privado podría aportar hasta un 25%⁵. Por cada dólar invertido en infraestructura en los Estados Unidos hay 13 centavos en América Latina. En el caso particular de las carreteras, los Estados Unidos tienen 14.172 kilómetros construidos por cada millón de personas, versus 670 Km en América Latina (un 4.72%), 1.177 Km en Guatemala (8.3%), 1691 Km en El Salvador (11.9%), 2.438 Km en Honduras (17.2%), 3.891 Km en Nicaragua (27.4%), y 10.908 Km en Costa Rica (77%). Cerrar esta brecha en el futuro requiere de inversiones que se encuentran muy por encima del financiamiento disponible actualmente público y privado a nivel doméstico o internacional. Sin embargo, aunque la expansión en la cobertura es necesaria, mucho se puede hacer en el tema de mejorar la eficiencia operacional de la infraestructura existente⁶. Si bien la región tiene índices de cobertura superiores en un 100% al del Este Asiático (especialmente en electricidad, agua y carreteras), la eficiencia operacional es menor en electricidad y telefonía y sólo ligeramente superior en agua y carreteras.

La participación privada puede y debe ser un catalizador importante de los esfuerzos nacionales para mejorar la cobertura y eficiencia de los servicios asociados a la infraestructura, particularmente en el caso de transportes. No obstante, la competencia por recursos privados va a ser muy fuerte y requerirá, entre otras cosas, un clima de negocios y un marco jurídico confortable para atraer las inversiones necesarias.

1.2 ¿Cuáles nuevas fuentes de financiamiento se vislumbran?

Los gobiernos han sido las principales fuentes de financiamiento de infraestructura -con recursos propios o a través de créditos de los organismos multilaterales y regionales-, asumiendo por ende todos los riesgos relacionados a los proyectos. Esta tendencia es difícil de modificar y es previsible que la mayor parte de los fondos siga proviniendo de este esquema. No obstante, lo cierto es que los gobiernos están menos dispuestos y menos preparados para seguir asumiendo estas responsabilidades. La crisis de los 80 provocó un cambio sustancial en las políticas económicas. Se ha comenzado a confiar más en los mercados para levantar el capital que financie la construcción y operación de infraestructura en manos privados. Este fenómeno está directamente relacionado a una mejora sustancial en el clima de negocios de los países que posibilite la atracción de capital extranjero.

⁴ Chrisney Martin D. (Interamerican Development Bank) Financing Trends for Private Infrastructure in Latin American and the Caribbean. The Financier: ACMT, Vol 3, No 1, Feb 1996.

⁵ Delta Asesores en su Documento de Trabajo Carreteras y Vías Urbanas por Concesión en Guatemala de Dic 1997, calcula las necesidades de inversión de Guatemala para su Red Vial en \$250 MM al año.

⁶ Charles R. Hulten y Robert M Schwab de la Universidad de Maryland sugieren que los problema asociados en relación con la infraestructura son producto de malas decisiones de política y no de financiamiento inadecuado. Siguiendo a Gramlich (1991) sostienen que el principal tema de política debe ser la fijación de precios. Si el precio es cero, la demanda rápidamente sobrepasará la oferta. En el caso de las carreteras, el precio por su uso debe ser igual al costo que los usuarios le imponen a la sociedad, particularmente el costo de la congestión.

1.2.1. Fuentes internacionales y domésticas de financiamiento de capital y deuda

Existen fondos nacionales y regionales que proveen a los inversionistas de capital mecanismos de diversificación de riesgo y alta rentabilidad en mercados emergentes. Los procesos de privatización y concesión de obra pública han contribuido a reforzar esta tendencia donde las colocaciones internacionales privadas y los títulos comerciales públicos han sido transados en las bolsas de valores internacionales y locales. Tribasa (Empresa constructora mexicana) levantó US \$ 155 millones para una carretera de peaje en 1994 a través de una Oferta Pública Inicial (IPO).

Los índices de retorno al capital en materia de infraestructura sobrepasaron el comportamiento del mercado accionario. El índice acumulado para el período 1990-1995 fue estimado en 824% para el caso de inversiones en infraestructura, versus 258% para inversiones accionarias tradicionales. Si bien esta diferencia no es sostenible, es previsible que la disponibilidad de fondos accionarios no será un problema en el caso de proyectos de infraestructura bien dimensionados y con el marco legal y la regulación económica idónea.

Por otra parte, la ausencia de mercados de deuda de largo plazo sigue siendo un obstáculo importante que hace necesario acelerar los esfuerzos por desarrollar verdaderos mercados de capitales. En la mayoría de los proyectos de infraestructura, el financiamiento a través de deuda es de un 70% u 80% del total del paquete financiero. Si a esto agregamos que el plazo de los bonos emitidos normalmente es inferior a 5 años, producto en parte por la crisis mexicana del 94, la conclusión obvia es que el sector privado estaría renuente a financiarse por este medio para construir y operar proyectos de infraestructura. Las estructuras de deuda -en el caso de proyectos de infraestructura- deben ser de larga maduración y de intereses bajos para asegurar la viabilidad de los proyectos. En este sentido, la evolución de los fondos de pensiones no dejan de ser una opción atractiva.

1.2.2. Project finance

Nuevos esquemas de ingeniería financiera basados en el manejo del riesgo han surgido para mitigar estos inconvenientes.

La posibilidad real de utilizar los mecanismos disponibles en el mercado para levantar fondos está cada vez más relacionada con la habilidad del sector privado de construir proyectos, que generen flujos de caja atractivos, y que puedan, a su vez, servir de garantía para obtener los recursos a través de la titularización de los mismos y de arreglos para compartir el riesgo. Estos flujos, descontados a su valor presente, hacen que el proyecto se sostenga por sí mismo, permitiendo largas inversiones de capital que de otra forma serían muy difíciles de financiar.⁷ Este mecanismo permite limitar la exposición del inversionista en su hoja de balance corporativo, ligando el flujo de caja al financiamiento y estableciendo contratos de llave en mano o de precio fijo para limitar el riesgo de construcción, contratos de oferta y producción para limitar el riesgo de mercado, y seguros políticos y de exportación para limitar el riesgo país.

⁷ Esto instrumento se concibe internacionalmente como *Project Finance*

El futuro de la inversión en infraestructura está ligado a la tendencia por construir nuevos proyectos (más que a la venta de activos existentes), a las limitaciones para encontrar deuda de largo plazo y a la necesidad de mejorar el marco regulatorio por parte del sector público y de proveer ciertas garantías mínimas para que los proyectos sean viables financieramente (garantías de retorno mínimo, PPA's, contratos de gestión, y distribución de costos extraordinarios).

En síntesis, las condiciones del clima de negocios así como el marco legal y regulatorios son la base para asegurar financiamiento de largo plazo.

Para Centroamérica será necesario, además, contar con mercados de capital más profundos y líquidos. Este desarrollo de mercados locales de capital proveería una protección monetaria para proyectos que generan rentas en moneda local (como el caso de las carreteras). El ahorro interno es entonces un elemento esencial. Se estima que un incremento de un 1% en la tasa de ahorro regional de América Latina agregaría US \$ 12 mil millones en fondos disponibles para inversiones a largo plazo. Si nuestras tasas de ahorro fueran las del Este Asiático (33% del PIB), tendríamos US \$ 122 mil millones disponibles para financiamiento de proyectos de infraestructura, muy por encima de las necesidades actuales.

1.3 ¿Cómo se prepara Centroamérica?

La estrategia competitiva de Centroamérica, desarrollada por los Presidentes en la Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible, va a ser materializada en un plan de acción concreto denominado Agenda Centroamericana para el Siglo XXI, producto final del proyecto INCAE-BCIE-HIID (Harvard Institute for International Development). Esta agenda incluye un modelo de desarrollo donde la región se posiciona como un Centro Mundial de Actividades Logísticas, puente entre naciones y regiones, con acceso competitivo a los principales mercados del mundo y a su mercado interno, donde la infraestructura de transportes (puertos, aeropuertos, ferrocarriles y carreteras) debe ser de clase mundial.

Ya se han dado pasos importantes -aunque no suficientes- en términos de estructuración de marcos de políticas y estrategias comunes en el sector de transportes y en el subsector marítimo portuario. En abril de 1997, los Ministros de Transportes de Centroamérica aprobaron el documento "El Sector Transporte para la Competitividad e Integración de Centroamérica", donde se define un plan de acción en materia de financiamiento, reforma institucional y coordinación regional. En el campo del financiamiento, los Ministros aprobaron impulsar la promulgación de Leyes de Concesión de Obra Pública bajo ciertos principios comunes y dentro del marco de la racionalización de la inversión pública con el criterio de subsidiaridad. En agosto de 1998, los Vice-Ministros de Transportes reunidos como Consejo Directivo de COCATRAM aprobaron el documento "El Subsector Marítimo para la Competitividad e Integración de Centroamérica: Recomendaciones de Políticas, Estrategias y Planes de Acción", donde se incluye la directriz de promulgar legislación concreta, con reglas claras en el ámbito técnico y comercial para la participación del sector privado en puertos, terminales especializadas, servicios portuarios y complementarios, garantizando la función reguladora del Estado. En otras palabras, hay una decisión política a nivel regional de avanzar en el marco de la concesión de obra pública. El

problema que enfrenta Centroamérica es de implementación y de marcos jurídicos no adecuados.

Particularmente Guatemala ha tenido el liderazgo en el tema de la concesión de infraestructura de Transportes con la entrega en usufructo de Pto. Barrios, la concesión de Palín- Escuintla y la entrega en usufructo del Ferrocarril. Se trabaja actualmente en la concesión de los aeropuertos La Aurora y Flores, y los terrenos aledaños a Pto. Quetzal y Sto. Tomás de Castilla con el fin de que se construyan terminales portuarias que compitan con las existentes.

Costa Rica recientemente concesionó la Carretera Bernardo Soto, y abrió una licitación para la entrega del Aeropuerto Juan Santamaría a un operador privado. Honduras prepara una licitación para concesionar sus 4 aeropuertos internacionales y Nicaragua prepara un primer proyecto de concesión vial.

Este documento intenta hacer una matriz del marco legal disponible en Guatemala para observar la sostenibilidad de los procesos de concesión de obra pública y señalar algunas recomendaciones en función de lo analizado en otros países.

2. MARCO JURÍDICO PARA LAS CONCESIONES EN GUATEMALA

Guatemala no cuenta con una legislación marco que regule integralmente y de forma sostenible la participación privada en infraestructura de transportes. La legislación existente se circunscribe a lo estipulado en la Constitución Política art. 183 inc. k , y a la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92) sus modificaciones (Decreto 20-97) y Reglamento (Acuerdo Gubernativo 487-94) utilizado para el caso de las concesiones en carreteras (Palin-Escuintla); la ley de Aeronáutica Civil para el caso de los aeropuertos; y las disposiciones sobre el usufructo oneroso del Código Civil utilizadas en el caso de Pto. Barrios y del Ferrocarril.

2.1 Constitución Política de Guatemala

2.1.1. En cuanto a la aprobación de los contratos de concesión

El artículo 183, inc K contempla dentro de las funciones del Presidente de la República, someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación: "...los contratos y concesiones sobre servicios públicos."

Se induce que estarían afectados las concesiones de carreteras, puertos, aeropuertos y ferrocarriles

2.1.2. En cuanto al requisito de la vía alterna en materia de concesiones viales

Si bien el art. 26 garantiza la libertad de locomoción dentro del territorio nacional, se ha interpretado que esa libertad no es coartada al cobrar un precio en las carreteras de peaje. Se entiende que la causa eficiente del cobro del peaje es el deterioro que hace el usuario del bien.

2.1.3. En cuanto al enajenamiento de bienes nacionales

El art. 124 refiere a la ley (Entiéndase a la ley de Contratación del Estado) este tema. (Principio de legalidad).

2.1.4. En cuanto a los servicios de transporte comercial

El art. 131 declara de utilidad pública y por lo tanto de protección del Estado todos los servicios de transporte comercial, incluyendo instalaciones y servicios.

2.2 Ley de Contratación del Estado y su Reglamento

La ley 57-92: Ley de Contrataciones del Estado, fue modificada por la ley 20-97 en los concerniente a la Enajenación de Bienes del Estado y los contratos y concesiones sobre servicios públicos.

2.2.1. En cuanto a la aprobación de los contratos de concesión

El art. 96, inc 12 refiere a los contratos a la consideración y aprobación del Congreso de la República. Esta misma disposición se repite en el art. 63 del Reglamento.

2.2.2. En cuanto a la regulación del concesionario

El art. 97, inc 9 indica los componentes del acuerdo gubernativo que otorga la concesión, incluyendo el mecanismo para la determinación y ajuste de tarifas por el servicio a prestarse y los estándares de calidad del mismo. Al final del inciso se deja a la autonomía contractual la posibilidad de cubrir este aspecto, lo que podría acarrear problemas constitucionales.

2.2.3. En cuanto a la resolución del contrato

El art. 97 inc 11 indica someramente la facultad del concedente de revocar el mandato aún sin justa causa. No obstante, el art. 67 del Reglamento de la ley pareciera limitar las acciones en este sentido a situaciones de utilidad pública.

2.3 Código de Aeronáutica Civil de Guatemala

Es una de las legislaciones más avanzadas a nivel internacional.

2.3.1. En cuanto a la posibilidad de concesionar

El Código permite la explotación de los servicios aeroportuarios por parte de terceros.

2.3.2. En cuanto a la aprobación de los contratos por parte del Congreso

El Código no hace referencia a este asunto, aunque prevalecería el mandato constitucional del art. 183.

2.4 Código Civil de Guatemala

2.4.1. En cuanto a la naturaleza jurídica del instituto

Los art. 703 al 732 del Código Civil regulan el instituto del usufructo oneroso por medio del cual un tercero es facultado contractualmente a utilizar un bien por su cuenta y riesgo a cambio del pago de un canon al dueño.

2.4.2. En cuanto al refrendo o aprobación por el Congreso

El Código Civil no menciona nada ya que no estaba previsto que se utilizara la figura para bienes públicos. No obstante, podría interpretarse que el art. 183 inc K lo cubre por ser un contrato sobre un servicio público.

2.4.3. En cuanto al usufructo del ferrocarril otorgado a CODEFE

En el caso específico del usufructo del ferrocarril, se faculta a una empresa, a través de FEGUA, para que por su cuenta y riesgo ponga en condiciones de operación la vía férrea y los elementos de apoyo que conforman el Sistema Ferroviario de Guatemala, con el objeto de brindar el servicio de transporte por ferrocarril de manera eficiente, competitiva con otros medios de transporte y acorde a las nuevas tendencias de movilización de mercancías y personas. Se le autoriza así mismo a prestar servicios complementarios u otras actividades económicas dentro de Derecho de Vía e inmuebles del sistema. El plazo es por 50 años prorrogables a 5 períodos más de 10 años cada uno.

El interventor de FEGUA decidió enviar el contrato al Congreso para su aprobación como forma de darle un escudo de protección. Sin embargo, cuando hubo necesidad de modificar el mismo, tuvo que presentarlo nuevamente ante el órgano legislativo.

3. ANÁLISIS JURÍDICO

3.1 La Aprobación de los Contratos por parte del Congreso

La concesión de obra y servicios públicos es un mecanismo jurídico para permitirle al sector privado hacer inversiones importantes en infraestructura que le produzcan tasas de retorno competitivas. Las firmas que participan en los procesos de concesión (comúnmente consorcios o alianzas de grupos empresariales que se unen según sus especialidades) realizan inversiones previas a la adjudicación que tienen que ver con el otorgamiento de garantías y con los gastos del proceso (no siempre pequeños). Una vez hecha la adjudicación mediante procedimiento administrativo, el concesionario inicia un proceso complejo de ingeniería financiera con el fin de levantar los fondos de capital y deuda requeridos para la inversión. El sistema legal Guatemalteco le impone un peso muy grande al supeditar la perfección del contrato a la aprobación legislativa (cuerpo político por naturaleza). Es éste quizás uno de los mayores desincentivos que posee el sistema para atraer inversiones privadas en infraestructura en un entorno de alta competencia por los recursos en los mercados internacionales.

Peor aún, los contratos siguen la máxima de que se modifican de la misma manera en que fueron creados. Cualquier modificación debe ir entonces a la aprobación del Congreso. Los contratos de concesión son expresiones de relaciones económicas cambiantes. La realidad es muy dinámica y requiere de instrumentos también dinámicos para regularla. La inseguridad jurídica para el concesionario provocada por el perfeccionamiento legislativo del acto de modificación hace poco atractiva la figura. Lo mismo se puede argumentar para el caso de los contratos de usufructo oneroso.⁸

3.2 La naturaleza privada del contrato de usufructo

El usufructo oneroso es un instituto del derecho privado, elaborado por el derecho romano para permitirle al dueño (dominus) de un bien otorgarle a otro sujeto el disfrute del mismo a cambio de una contraprestación. Si bien representa en el fondo conceptos similares al de la concesión de obra y servicios públicos, no ha sido diseñada para regular las complejas relaciones entre el sector público y personas de derecho privado que se derivan de un contrato de concesión. Estos últimos son evoluciones normativas basadas en el derecho público.

Conocemos de la voluntad del Órgano Ejecutivo de encontrar formas jurídicas que le permitan a sus instituciones modernizarse y prestar mejores servicios. No obstante, la búsqueda de instrumentos disponibles no puede hacerse en menoscabo de los intereses del Estado y de los objetivos de la política pública por asegurar la sostenibilidad de sus soluciones.

⁸ Ver en este sentido el dictamen 93-98 de la Procuraduría General de la Nación sobre solicitud del interventor de FEGUA en cuanto a la modificación al contrato con CODEFE.

3.3 El Tema de la Vía Alternativa

Si bien la Constitución no parece poner mayores obstáculos a la concesión de obras viales sin vía alternativa, pareciera conveniente estipular en alguna legislación que la concesión de una obra vial no contraviene este principio. Debe recordarse que la concesión de carreteras es quizás la más difícil y de alto riesgo en función de los problemas por determinar la demanda (y por lo tanto, los costos del peaje y la duración del contrato). Si se obliga a la vía alternativa, la incertidumbre sobre el desempeño económico de la obra puede convertirse en un obstáculo más al proceso.

3.4 Lo que no está Regulado

El mayor problema del marco legal Guatemalteco en materia de concesión de obra y servicios públicos no es lo que contiene sino lo que no contiene. La legislación Guatemalteca tiene en la ley de Contratación del Estado las disposiciones generales que posibilitarían concesiones de carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos. No obstante, se han escogido instrumentos particulares para concesiones particulares: el Código Civil fue utilizado para el caso del usufructo oneroso (FEGUA y Pto. Barrios); el Código de Aeronáutica Civil será utilizado para la concesión de los aeropuertos. Estos instrumentos carecen de algunas características básicas de los marcos legales utilizados internacionalmente en materia de concesión de obra pública.

3.4.1. Relación estrecha Estado-Concesionario

Una concesión de obra pública es una alianza estratégica entre el Sector Público y el Sector Privado. El éxito de la alianza está sustentado en los mecanismos de coordinación y relación general entre las partes. El marco legal debe prever instrumentos para responder a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, solución de controversias mediante el uso del arbitraje internacional y división apropiada de los riesgos y responsabilidades.

3.4.2. Reglas para la coordinación inter-institucional

La concesión de obra y servicios públicos es un actividad compleja que refleja una serie de relaciones jurídicas y económicas entre la autoridad concedente y el concesionario. La autoridad concedente, a su vez, no es un ente público aislado. Aún en los casos de entes autónomos concedentes, éstos están ligados a la Contraloría General de Cuentas, y a las opiniones de la Procuraduría General de la Nación. Las especiales competencias de cada ente u órgano en un proceso de concesión deben estar expresamente visibles para los inversionistas y para los administradores de la concesión.

3.4.3. Regulación económica de las concesiones

Las concesiones de servicios públicos devienen de actividades normalmente monopólicas. Es preciso identificar el régimen de regulación económica y técnica que tendrá el concesionario. En el caso de Guatemala, no existe un ente regulador económico para el caso de la infraestructura de transportes, siendo la autoridad concedente la que contractualmente o por medio de acuerdo gubernativo fija las reglas

del juego y las ejecuta. Es deseable tener un mecanismo independiente de regulación. La regulación es el mecanismo para suplir los vacíos del mercado. Esto es particularmente necesario para el caso de los aeropuertos (en la parte aeronáutica), donde existe el peligro de convertir un monopolio público en uno privado.

Existen distintos modelos de regulación económica, algunos basados en tasa de retorno del proyecto donde es difícil la regulación ya que supone mucha información disponible para el regulador, otros basados en los precios techo (price caps) que buscan incentivar la eficiencia del operador y otros donde se establece una regulación sombra que entra en vigencia sólo cuando se presenta evidencia de rentas monopólicas. No importa cuál modelo de regulación se escoja para cada caso, pero es necesario que las reglas del juego sean transparentes y conocidas por todas las partes.

3.4.4. Garantías del Estado

Se omite el tema de las garantías y seguros que pueda brindar el Estado en procesos especialmente riesgosos (como garantías de flujo vehicular para el caso de las concesiones viales, o garantías que cubren los sobrecostos de construcción para el caso de los puertos y aeropuertos) que encarecen el costo del capital en los mercados de valores.

3.4.5. Concesión con financiamiento del Estado

Algunas concesiones resultarían muy onerosas para los usuarios si la Autoridad Concedente, o el Gobierno en general, no se hace cargo de ciertas obras muy costosas (como el caso de los puentes en algunas concesiones viales). La autorización para realizar esto no está clara en la legislación nacional.

3.4.6. Iniciativa privada para concesionar obras

La legislación fragmentada actual limita la iniciativa privada para proponer la construcción y operación de obra pública. Normalmente los empresarios e inversionistas privados cuentan con mayor y mejor información que el sector público en cuanto a las oportunidades comerciales y económicas de un proyecto. Legislaciones modernas incluyen la facultad del sector privado de proponer la construcción de obras nuevas.

3.4.7. Caducidad de la concesión

Es necesario regular la facultad del Estado para caducar la concesión. Facultades muy amplias podrían aumentar los riesgos del inversionista.

3.4.8. Impugnación y apelación de las acciones del concesionario

Debe regularse los escenarios de impugnación y apelación para que no se extiendan en número y en el tiempo.

3.4.9. Sanciones intermedias

Debe contemplarse un régimen de sanciones intermedias y multas que faciliten la supervisión de los contratos. La revocación o caducidad puede ser una sanción muy drástica, inconveniente en la mayoría de los casos. Debe asimismo observarse un régimen especial para actos anulables pero subsanables. El contrato de concesión es una situación que requiere consolidación por lo que hay que limitar las causas de extinción.

3.4.10. Exoneración de impuestos de importación

Es conveniente analizar la posibilidad de que el concesionario pueda importar libre de impuestos los insumos básicos para la construcción y operación de la obra con el fin de no incrementar innecesariamente las tarifas a los usuarios.

3.4.11. Ampliación del plazo

Es conveniente analizar la necesidad de permitirle a la administración concedente la posibilidad de ampliar los plazos de la concesión en situaciones de caso fortuito, fuerza mayor o hechos de la Administración, debidamente comprobados.

3.4.12. Transparencia del acto adjudicatorio

Es conveniente hacer públicos los resultados de la evaluación de las ofertas y los criterios para adjudicar. En la medida en que sean públicas las razones y el análisis que llevó a la adjudicación, los administrados van a tener más claras las particularidades del proceso y por lo tanto confiarán en las bondades del sistema. Algunos países de América del Sur incluso han llegado a televisar en vivo la apertura de las ofertas.

3.4.13. Licitación Pública Internacional

Debe establecerse en forma expresa la obligatoriedad de manejar las concesiones de obra y servicios públicos mediante licitación pública internacional como el mejor mecanismo de contratación para estos casos.

3.4.14. Asegurar la presión competitiva durante el proceso de contratación

Se deben elegir variables de evaluación que permitan flexibilidad de parte de los oferentes para competir en materia tarifaria, sin afectar con ello el interés por la prestación de un buen servicio y en materia de contribución al gobierno (canon) en caso de que sea posible de acuerdo a la naturaleza de la concesión. Por otro lado, la homologación de las ofertas debe venir por el lado de las constantes del contrato, a saber, el plazo, los requerimientos técnicos del proyecto y la inversión necesaria. La presión competitiva debe favorecer al usuario final.

4. ESTRUCTURACIÓN DE UNA POLÍTICA NACIONAL DE CONCESIÓN

Partiendo del diagnóstico sobre la infraestructura de transportes de Guatemala⁹, y de la visión regional recogida por las Recomendaciones de Políticas, Estrategia y Organización de COMITRAN, en el documento. El Sector Transporte para la Competitividad e Integración de Centroamérica¹⁰, Guatemala debe establecer, divulgar e implementar una política nacional en materia de concesión de obra pública que indique los parámetros por los cuales se guiarán las autoridades concedentes, los proyectos a concesionar en los próximos 5 años, y el marco legal que los haga sostenibles.

Los criterios básicos de esta política deberían ser:

4.1 Principio de Subsidiaridad del Estado

La inversión pública en infraestructura de transportes indispensable para el bien común, debe hacerse sólo en aquellos casos en que el sector privado no pueda, no deba o no le interese invertir y asumir el riesgo comercial. Producto de una mayor productividad de la fuerza laboral, mayor flexibilidad en materia de compras y la experiencia y uso de tecnología de punta, el sector privado está normalmente mejor capacitado para proveer los servicios públicos asociados a la infraestructura de transportes.

4.2 Criterios Económicos para Concesionar Obra

Desde el punto de vista financiero, para lograr el éxito en la construcción de una carretera nueva por concesión se requiere de un tránsito promedio diario anualizado equivalente a 25.000 vehículos livianos; para la rehabilitación de una carretera existente se requiere un TPD de 10.000 vehículos livianos; para el mantenimiento de una obra existente se requiere un TPD de 1.500 vehículos livianos diarios.

En el caso de los puertos, dependiendo de las necesidades de inversión se requiere un movimiento mínimo de 800.000 Toneladas Métricas anuales.

Para los aeropuertos, las cifras pueden variar dependiendo del tipo de participación del sector privado, las inversiones requeridas y la utilización de las áreas comerciales del área terrestre.

4.3 Favorecimiento de la Inversión Extranjera Directa

Los procesos de concesión de obra pública son uno de los mecanismos más utilizados a nivel internacional para atraer inversión extranjera, con importantes efectos sobre la creación de empleo y el ingreso de divisas en el país.

⁹ Inicialmente documentado en el Reporte de Avance 1996-1997 sobre Guatemala elaborado por el CLACDS en mayo de 1998.

¹⁰ COMITRAN, abril de 1997

4.4 Redistribución del Gasto Público

Al disminuir la presión sobre las finanzas públicas por la incorporación de capital privado, el Estado puede redistribuir los recursos existentes a fortalecer su función social en educación, salud y vivienda.

En algunos casos, y donde el cobro de un canon sea factible, el estado tiene una nueva fuente de recursos sanos.

4.5 Nuevo papel del Estado y Regulación Económica

El Estado asume una nueva función de planificador y regulador, dejando al sector privado la inversión y operación. La regulación económica debe ser mínima en aquellas circunstancias donde la competencia es posible y el mercado racionaliza las tarifas y máxima cuando las distorsiones y/o la naturaleza del servicio favorezcan la presencia de rentas monopólicas por parte de los concesionarios. La regulación sobre la calidad de los servicios y su impacto sobre el medio ambiente es irrenunciable para El Estado.

4.6 Tarifas que cubran los Costos y Retribución justa para el Concesionario

El mecanismo de concesión sólo será viable en la medida en que se diseñen estructuras tarifarias flexibles que cubran los costos y generen una rentabilidad razonable para el inversionista, que vaya en función del riesgo comercial asumido, y de la posibilidad de incrementar la productividad y la eficiencia en la operación y desarrollo de la obra. Los subsidios -si es que existen- deben eliminarse en la medida de lo posible, ya que causan distorsiones en el enfoque operativo del concesionario. El análisis de rentabilidad del proyecto no debe limitarse a la empresa concesionaria, sino que debe contemplar los beneficios para toda la sociedad. El diseño tarifario debe reflejar además las obras existentes realizadas por el Estado con el fin de abaratar los costos de los usuarios finales.

4.7 Marco Institucional

Se debe institucionalizar una oficina técnica¹¹, adscrita al Ministerio de Comunicaciones para que supervise el cumplimiento de la política y coadyuve a las autoridades concedentes en los procesos de licitación y ejecución de la concesión. Esta oficina debe estar formada por profesionales en el área de ingeniería, finanzas, leyes y planificación.

¹¹ Pasos iniciales se han dado en este sentido con el nombramiento de la Ing. Lucrecia Ruiz como encargada de esta oficina, sin embargo es pertinente acelerar el proceso y nombrar el personal técnico y proveerla de recursos.