

¿El poder de la Ley o la Ley del Poder? Gobernanza y legalidad tecnocrática en el Perú neoliberal: **EL CASO DE LAS APPs**

Roger Merino



CLACSO



OXFAM



¿El poder de la Ley o la Ley del Poder? Gobernanza y legalidad tecnocrática en el Perú neoliberal: **EL CASO DE LAS APPs**

Roger Merino



CLACSO



OXFAM

Créditos

Autores de este estudio: Roger Merino

Este documento hace parte de la serie Élités, políticas públicas y desigualdad, que comprende publicaciones resultantes de las becas de investigación “Élités, políticas fiscales y privilegios en América Latina y el Caribe”, auspiciada por el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) y Oxfam.

Para más información sobre la convocatoria a becas visite https://www.clacso.org.ar/concursos_convocatorias/

Coordinación del concurso de becas y de la serie editorial

Pablo Vommaro - Director de Grupos de Trabajo, Investigación y Comunicación de CLACSO

Rosa Cañete - Coordinadora regional del programa de Lucha contra la Desigualdad y la Captura del Estado de Oxfam en Latinoamérica y el Caribe.

Tutores de este estudio: Armando Mendoza (OXFAM)

Diseño y diagramación: Juan Rosales

Equipo de comunicación y publicación de la serie editorial: Luis Bonilla, Leonardo Baez

Foto de portada: Muro entre San Juan de Miraflores y el barrio Molina, uno de los más ricos de Lima

Crédito: Pablo Tosco/Oxfam

Colección Becas de Investigación de CLACSO

CLACSO - Secretaría Ejecutiva

Pablo Gentili - Secretario Ejecutivo

Pablo Vommaro - Director de Grupos de Trabajo, Investigación y Comunicación

Nicolás Arata - Director de Formación y Producción Editorial

Núcleo de producción editorial y biblioteca virtual

Lucas Sablich - Coordinador Editorial

Núcleo de diseño y producción web

Marcelo Giardino - Coordinador de Arte

Sebastián Higa - Coordinador de Programación Informática

Jimena Zazas - Asistente de Arte

Equipo Grupos de Trabajo, Investigación y Comunicación

Rodolfo Gómez, Giovanni Daza, Alessandro Lotti, Teresa Arteaga y Ángel Dávila

Primera edición

¿El poder de la Ley o la Ley del Poder? Gobernanza y legalidad tecnocrática en el Perú neoliberal: el caso de las APPs (Buenos Aires: CLACSO, noviembre de 2018)

ISBN 978-987-722-391-0

© Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales | Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723.

Creemos que el conocimiento es un bien público y común. Por eso, los libros de CLACSO están disponibles en acceso abierto y gratuito. Si usted quiere comprar ejemplares de nuestras publicaciones en versión impresa, puede hacerlo en nuestra Librería Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Biblioteca Virtual de CLACSO www.biblioteca.clacso.edu.ar

Librería Latinoamericana de Ciencias Sociales www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana

CONOCIMIENTO ABIERTO, CONOCIMIENTO LIBRE.

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - Conselho Latino-americano de Ciências Sociais

Estados Unidos 1168 | C1023AAB Ciudad de Buenos Aires | Argentina

Tel [54 11] 4304 9145 | Fax [54 11] 4305 0875 | [<clacso@clacsoinst.edu.ar>](mailto:clacso@clacsoinst.edu.ar) | [<www.clacso.org>](http://www.clacso.org)

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones incumbe exclusivamente a los autores firmantes, y su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de Oxfam o de la Secretaría Ejecutiva de CLACSO.

Introducción

¿El poder de la Ley o la Ley del Poder? Gobernanza y legalidad tecnocrática en el Perú neoliberal: el caso de las APPs

Roger Merino

Universidad del Pacífico. Lima, Perú^{1()}*

La política económica vigente en el Perú y su arquitectura legal tienen casi 30 años. Este modelo, fundado en un consenso entre las élites políticas, tecnocráticas y empresariales, ha conseguido resultados macroeconómicos destacados por organismos internacionales (OCDE, 2015). Pero, al mismo tiempo, profundos problemas de conflictividad social, inestabilidad política y corrupción (Amnistía Internacional, 2017). El saldo de las últimas tres décadas deja a un ex Presidente sentenciado por delitos de lesa humanidad y corrupción (Alberto Fujimori, recientemente indultado de forma polémica, quien gobernó entre 1990 y 2000²); un ex Presidente con orden de captura internacional por delitos de corrupción y lavado de activos (Alejandro Toledo, quien gobernó entre 2001 y 2005); y otro ex Presidente con prisión preventiva por haber recibido financiamiento para su campaña política de la empresa constructora Odebrecht, que desarrolló un esquema de corrupción internacional (Ollanta Humala, quien gobernó entre 2011 y 2016). Incluso al momento de escribir estas líneas (enero del 2018), el actual Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski, está siendo investigado al descubrirse que su empresa unipersonal asesoró a la constructora Odebrecht mientras era ministro de

^{1(*)} Profesor de la Escuela de Postgrado de la Universidad del Pacífico. Agradecemos a Carlos Quispe Dávila, asistente de investigación en la Universidad del Pacífico, por su apoyo en la elaboración de este trabajo.

² El Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski, otorgó el indulto humanitario a Alberto Fujimori la noche de navidad del 2017, apenas tres días después de evitar la vacancia presidencial gracias a los votos de congresistas fujimoristas, en un proceso iniciado por haber incurrido en conflicto de intereses cuando era Ministro de Estado (ver Cuadro 5). Al momento de escribir estas líneas (enero 2018), se vienen realizando acciones legales para impugnar el indulto al no haberse realizado siguiendo los estándares legales.

Estado durante el gobierno de Alejandro Toledo. Además de ellos, Alan García, Presidente de la República durante los años 2006-2011, la líder del partido opositor (Keiko Fujimori) y varios alcaldes y gobernadores regionales, se encuentran actualmente siendo investigados y/o asociados por la ciudadanía a actos ilegales o de beneficio de intereses privados. Muchos de estos actos se desarrollaron al amparo del marco legal de los contratos de concesión y las asociaciones público-privadas (APPs)³.

Las APPs son concebidas justamente como mecanismos que facilitan en la práctica la privatización de las funciones y recursos del Estado, lo que no sólo generaría más eficiencia, sino que también limitaría la corrupción supuestamente inherente a la gestión pública bajo el lema: “Si queremos reducir la corrupción, debemos reducir al gobierno” (Becker, 1995). Según esta idea, si se reducen las regulaciones que ponen “trabas” al emprendimiento se eliminaría el *rent seeking* o la búsqueda de favores hacia las empresas. La realidad peruana no respalda esta premisa, pues muchas de las reformas legales de flexibilización, agilización y destrabe de procedimientos para facilitar la inversión privada han propiciado situaciones de corrupción. Es cierto que puede existir corrupción en cualquier régimen político y económico, pero ello no es óbice para cuestionar los mecanismos concretos que la han facilitado y su relación con la arquitectura legal del modelo económico.

Desde esta perspectiva, esta investigación se complementa con el enfoque de “corrupción por diseño” (Manion, 2004), que estudia cómo los diseños institucionales son relevantes para generar y sostener la corrupción. En particular, cómo la debilidad de instituciones y reglas genera incentivos para la corrupción al aumentar el comportamiento discrecional y la captura del Estado (Broadman y Recanatini, 2002). Sin embargo, el eje aquí no es la corrupción, sino el marco institucional y legal que tiene la potencialidad de facilitar actos corruptos o que genera situaciones de injusticia e inequidad al permitir una producción normativa y gestión gubernamental que beneficia los intereses privados por sobre los intereses públicos. El énfasis del trabajo está entonces en la captura del Estado por parte de élites de poder que orienta la gestión pública hacia su propio beneficio (Mills, 1956; Domhoff, 1967; Makkai y

3 Las Asociaciones Público Privadas (APPs) constituyen un esquema contractual entre el Gobierno y entidades del sector privado, con el objetivo de desarrollar un proyecto y gestionar un servicio que tradicionalmente ha sido provisto por el sector público. De esta forma, las empresas aportarían su experiencia y el financiamiento (total o parcial) de estos proyectos. La sección 4 aborda con mayor detalle el tema de las APPs.

Braithwaite, 1992; Levine y Forrence, 1990). Este problema puede ser abordado desde varias disciplinas y varios enfoques, con una mirada de caso de estudio o una perspectiva histórica. Por ejemplo, Crabtree y Durand (2017) analizan el caso peruano para encontrar el problema desde la fundación de la República y explican cómo la estructura misma de la sociedad (donde la sociedad civil se encuentra desarticulada) facilita que una cúpula gobierne sin necesidad de negociar con otros centros de poder. Otros estudios presentan casos más específicos, relacionados a la regulación de servicios públicos o el establecimiento de estándares ambientales (Wansley, 2015; Durand, 2016). En el presente estudio, nos enfocaremos en el marco legal de las asociaciones público-privadas y, en general, en las políticas de promoción de la inversión privada.

Para abordar este problema, definiremos la captura como la influencia desmedida de determinados grupos de poder sobre la sociedad en general (captura política), la gestión pública (captura del Estado) o ámbitos regulatorios específicos (captura regulatoria) para la aprobación e implementación de decisiones públicas, políticas y leyes en su beneficio. Este fenómeno no implica necesariamente corrupción o ilegalidad, aunque sí se encuentra profundamente vinculado a estas situaciones, pues en ocasiones la captura puede propiciar o facilitar actos ilícitos. El rasgo esencial de la captura no es entonces la contravención de la Ley, sino la influencia de los grupos de poder. Proponemos que para considerar esta influencia como desmedida e injusta deben configurarse un elemento formal y un elemento sustancial. El elemento formal se refiere a que el diseño y formulación del marco legal se realiza a través de decretos, u otros mecanismos legales, sin la debida deliberación pública y bajo la fe en el *expertise* tecnocrático antes que en la legitimación democrática. El elemento sustancial se refiere a que los actores que desarrollan este marco se encuentran articulados ideológicamente por intereses corporativos (captura intelectual o cognitiva) o son directamente representantes de esos intereses mediante mecanismos como la puerta giratoria (captura corporativa).

En el caso de la política de promoción de la inversión privada, se configura el elemento formal pues el desarrollo normativo sobre la materia se ha realizado a través de decretos, sin suficiente o nula deliberación pública. El elemento sustancial es el más difícil de identificar, pues requiere conocer el grado de influencia de los actores en las políticas y leyes aprobadas. Para ello, muchas veces el acceso directo a la información y la opinión de estos actores es muy difícil, por lo que se requiere recurrir a otros

factores complementarios que permitan comprender la existencia de esa influencia. Algunos estudios recurren al análisis de redes empresariales y la concentración de poder en los directorios para comprender la extensión de dicha influencia (Cárdenas, 2016). En nuestro caso, hemos desarrollado una investigación cualitativa que incluyó el estudio documental de casos emblemáticos de APPs, el análisis de políticas, normas e instrumentos de gestión de este marco institucional, y el estudio de todos los trabajos de investigación sobre el marco legal de las APPs en el Perú, que en su conjunto demuestran la consolidación de un pensamiento único, que excluye visiones críticas sobre los fundamentos de este marco regulatorio, sugiriendo en ese sentido la configuración de una captura cognitiva. Además, el análisis de los casos relevantes y la identificación de constantes conflictos de interés de funcionarios públicos vinculados al sector empresarial sugieren la existencia de una captura corporativa.

Así, bajo un tamiz de legalidad y *expertise* tecnocrático que plantea que el poder de la Ley se sustenta en la neutralidad y el tecnicismo experto, se esconde el hecho de que en realidad la Ley se sustenta en el poder de élites que comparten una visión pro mercado (captura cognitiva) y que además se encuentran fuertemente vinculadas al sector privado (captura corporativa), influenciando profundamente la forma de gestionar el Estado y privilegiando los valores privados por sobre los valores públicos a través de soluciones legales flexibles que privilegian el control posterior, la discrecionalidad y la autorregulación en la estructuración y modificación contractual, en lugar de reglas sólidas que enfatizan el control previo y la supervisión. De esta forma, cuando se exalta el Estado de Derecho y el poder de la legalidad respecto a la promoción de la inversión privada, en realidad se está exaltando una legalidad capturada (la Ley del poder). El reto está, primero, en comprender esta dinámica pero sobre todo en buscar nuevas formas más democráticas y justas de producción normativa y gestión de los asuntos públicos.

1. Sección primera:

Delimitación conceptual y tipología de la captura.

El fenómeno de la captura ha sido estudiado con diferentes énfasis por la ciencia política, la sociología política y la teoría económica (en específico, la teoría de la regulación). El primer debate al respecto se centró en el rol de las élites en los sistemas democráticos. Mientras Mills (1956) afirmaba que el Estado, en la práctica, se encuentra controlado por élites constituidas por círculos políticos, económicos y militares que comparten decisiones y generan consecuencias de alcance nacional; Dahl (1961), a partir de un estudio de caso, afirmaba que la influencia y poder de los actores era disperso, de tal forma que el Gobierno no era dirigido por una élite unificada, sino por políticos que respondían a las demandas de sus votantes. De esta manera, la competencia política ayudaba a evitar los abusos de poder.

Los estudios posteriores en el campo de la sociología política, contrarios al análisis formalista de Dahl, profundizaron el análisis de la formación del poder de las élites. Por ejemplo, Domhoff (1967; 1997) identificó a la clase alta con la tenencia de acciones, fondos fiduciarios, matrimonios entre individuos en el poder, clubes exclusivos, etc., todos mecanismos de cooptación que no permitían ejercer el poder unilateral o exclusivamente, pero sí a través del dominio de las instituciones principales de control, facilitando la “puerta giratoria” (Crabtree y Durand, 2017). Este fenómeno, también conocido como “captura de los puestos públicos” (Merino, 2013), acontece por la existencia de un sistema que legitima los procesos de ingreso temporal o permanente a la carrera pública por parte de funcionarios del sector privado con agendas e intereses muchas veces distintos al interés público (Makkai y Braithwaite, 1992; Levine y Forrence, 1990). En ese sentido, algunos ponen atención no en los actores políticos que tienen como rol mediar entre los intereses de los de abajo y los de arriba, sino directamente en aquellos actores de arriba que, a través de reglas formales o informales, generan decisiones o no decisiones de los intermediarios. Por ejemplo, evitando que se aprueben normas de protección ambiental y demostrando que no todos los intereses desatendidos podrían tener voz en la arena política. En suma, esta literatura se centra en el *who rules*

(quién manda) antes que en el *who governs* (quién gobierna) (Crabtree y Durand, 2017).

La tradición de la ciencia política y la teoría regulatoria, comparte con la perspectiva formalista de Dahl el énfasis en instituciones y reglas formales, pero ya no se enfoca en *quién gobierna*, sino en *quién administra* (*who manages*). Es decir, el ámbito de análisis ya no son los actores políticos y legisladores, sino la tecnocracia regulatoria sectorial (ver Cuadro 1). Así, en los años 50' y 60', surgen los primeros estudios sobre el ciclo de vida de las agencias regulatorias, que explicaban cómo en contra de la presunción clásica de que las agencias actúan guiadas por el “interés público”, éstas tienden, en realidad, a alinearse con los intereses de los regulados (Bernstein, 1955; Stigler, 1971; Sabatier, 1975; Peltzman, 1976). En su clásico estudio, Marver Bernstein (1955) argumentaba que la gestación de la mayoría de agencias con roles regulatorios y supervisores está marcada por una fuerte lucha entre una mayoría ciudadana difusa que está a favor la regulación y una minoría cohesionada y comprometida en torno a agendas económicas que se opone a ella. Como resultado, se obtiene una normativa que rara vez provee directrices claras o poderes de *enforcement* adecuados. Además, los grupos sociales que demandaron la reforma, a menudo terminan exhaustos por la lucha legislativa, satisfechos por el “premio simbólico” de la aprobación de la Ley y dispuestos a dejar los “detalles técnicos” de la implementación a los expertos. Mientras los que apoyaron la reforma pierden interés rápido, aquellos sujetos a la regulación, realizan acciones concertadas y sostenidas para prevenir una regulación fuerte (Sabatier, 1975). En este contexto, la agencia suele adoptar un enfoque cauto y, con el tiempo, las costumbres, actitudes y perspectivas de aquellos regulados prevalece en las acciones de la agencia, hasta que terminan percibiendo que su primera misión es el mantenimiento del *status quo*. Cuando las preferencias de política pública del regulador y el regulado llegan a tal coincidencia, se dice que la agencia es “capturada” (Sabatier, 1975).

Cuadro 1: Abordajes sobre el rol de las élites en la captura.

Ámbito	Pregunta clave	Actores clave
Ciencia política	¿Quién gobierna?	Políticos y legisladores
Sociología Política	¿Quién manda?	Grupos de poder
Teoría regulatoria	¿Quién administra/ regula?	Tecnocracia regulatoria sectorial

Fuente: Elaboración propia.

Es preciso señalar que estas discusiones teóricas se enmarcan en un contexto en el cual el modelo regulatorio dominante era el “comando y control”, en lugar del vigente régimen de incentivos y autorregulación. Es decir, la producción normativa era mayormente obligatoria y se sustentaba en una forma clásica, rígida y burocrática de ejercicio del poder. Mientras esta forma de administración pública aún existe en muchos ámbitos del Estado, con la hegemonía del neoliberalismo y el modelo de “nueva gestión pública”, la producción normativa brinda un gran espacio a normas flexibles, estándares de responsabilidad social y gran flexibilidad en los nuevos gestores públicos, todo lo cual se canaliza a través de formas de poder basadas en redes, donde los jugadores se encuentran en redes sociales informales y se conectan con organizaciones globales (Wedel *et al*, 2017)⁴.

Es en este contexto que, en lugar de proponer un análisis que aborde estos distintos aspectos, organismos internacionales como el Banco Mundial comienzan a usar nuevamente el término “captura del Estado”, pero desde una perspectiva estrictamente neo-institucional, influenciada por el neoliberalismo reformista de los 90’. Así, el término sirve para describir a los países de Europa y Asia Central donde, en la transición del comunismo soviético al capitalismo, se había detectado la cooptación del poder de decisión por parte de pequeños grupos corruptos que buscaban apropiarse o extraer beneficios que el Estado debe administrar para todos

⁴ El concepto de redes es fundamental para comprender el fenómeno de la captura. Las redes sociales constituyen mecanismos fundantes de la organización del poder económico y político a escala nacional y global. A través de estas redes se formulan y difunden estándares de conducta y prácticas corporativas propias de los negocios, construyendo además las vías por las cuales se influye en la agenda política, así como la estrategia de cohesión e individualización como grupo frente al resto de la sociedad (Cárdenas, 2014). De esta forma, las élites utilizan las redes como canales de interacción e influencia, pero al mismo tiempo ellos mismos se constituyen como intermediarios o conectores de estas redes (Wedel *et al*, 2017).

(*rent seeking*). Así, se plantea que los principales motores de la captura son la historia no democrática de los Gobiernos y su débil Estado de Derecho, la ausencia de una tradición de *laissez faire* en la economía nacional, derechos de propiedad desprotegidos, imperfecciones de mercados y costos fijos sobre el *rent seeking*, que produce retornos mayores para el comportamiento ilegal (Klimina, 2009). De esta forma, el ambiente institucional no transparente y corrupto, es determinante y está determinado por la captura del Estado (Klimina, 2009). Mientras, para las otras perspectivas, la ilegalidad y la captura no necesariamente confluyen, esta perspectiva equipara captura con ilegalidad y corrupción y, a la vez, se emparenta con aquellas que tratan el rol de los capos del narcotráfico en la vida pública (especialmente en Colombia y México) como un tipo específico de “captura mafiosa” (Crabtree y Durand, 2017).

Dados los diferentes enfoques, énfasis y perspectivas, es necesario volver a delimitar analíticamente la captura, definiendo cuatro aspectos fundamentales: 1) los tipos de captura; 2) los elementos que la configuran; 3) las causas y, finalmente; 4) los mecanismos para enfrentarla.

Sobre los tipos de captura, se habla de captura política, captura del Estado, captura regulatoria, captura mafiosa, captura cognitiva, captura corporativa, etc. En términos didácticos, planteamos una tipología que distingue entre el ámbito de captura, los mecanismos o canales de captura y los espacios capturados (ver Cuadro 2). Respecto al ámbito, la captura política representa un espectro más amplio pues no solo se refiere al ámbito estatal, sino también a la sociedad civil, medios de comunicación y organizaciones y gremios. De esta forma, bajo la idea de hegemonía, la captura política abarca todo el campo social (Crabtree y Durand, 2017), mientras que la captura del Estado pone énfasis en el ámbito público, y la captura regulatoria específicamente se refiere a sectores regulatorios o prácticas regulatorias específicas (por ejemplo, la regulación de tarifas, estándares ambientales, etc.). Respecto a los mecanismos o canales de captura, podría identificarse a la captura corporativa asociada al concepto de “puerta giratoria” (cuando funcionarios de corporaciones ocupan puestos públicos) y al financiamiento de campañas políticas por parte de empresas para influenciar las decisiones públicas y generar conflictos de interés. La captura mafiosa (cuando a través de medios abiertamente ilegales de grupos delictivos organizados se incide en las decisiones públicas) y la captura intelectual, cognitiva o ideológica (Buitier, 2008; Baker, 2010), mediante la cual los poderes privados promocionan fuertemente un aparente consenso ideológico con sus respectivas soluciones políticas, a

tal punto que son asumidas por los agentes públicos como la base de sus decisiones y regulaciones. Finalmente, por espacios capturados hacemos referencia a elementos específicos cooptados, donde podrían mencionarse las decisiones gubernamentales específicas, las políticas y la legalidad. Es decir, los marcos normativos concretos capturados (las reglas de juego).

Cuadro 2: Ámbito, mecanismos y espacios de captura.

Ámbito de captura	Mecanismos de captura	Espacios capturados
Captura política	Captura corporativa	Captura de decisiones públicas
Captura del Estado	Captura cognitiva, intelectual o ideológica	Captura de políticas
Captura regulatoria	Captura mafiosa	Captura de las Leyes

Fuente: Elaboración propia.

Estos ámbitos, canales y espacios pueden intersectarse, retroalimentarse o confundirse, muchas veces se encuentran entre la legalidad y la ilegalidad, y a veces, la línea divisoria entre lo que es legal e ilegal, se diluye o se vuelve borrosa. En dicho contexto, el énfasis de este trabajo se encuentra en la captura del Estado en el ámbito específico de la política y legislación de promoción de la inversión, a través de mecanismos de captura corporativa y cognitiva que inciden en la legalidad y la toma de decisiones de las élites tecnocráticas. Todo esto, sin negar la relación de estos supuestos con los otros tipos de captura.

Dicho esto, es preciso delimitar qué elementos configuran la captura. Recordemos que la captura se concibe en general como la situación en la que las políticas de los gobiernos están profundamente influenciadas por el poder político de los actores privados (Fairfield, 2015; Omelyanchuk, 2001). Sin embargo, no queda claro cuál es el grado de influencia que debe existir para que se configure la captura, y cuál es el rasgo esencial que debe tener esa influencia. Al respecto, Crabtree y Durand (2017) diferencian entre dos tipos de influencia: influencia indebida e influencia desmedida. En la primera, la captura está asociada a la corrupción y la ilegalidad (Bagashka, 2014), mientras que la segunda se relaciona más con las actividades de corporaciones que, en su búsqueda de maximizar

las ganancias, buscan ejercer legalmente su influencia sobre las reglas de juego y asegurar que estas reglas expresen sus intereses. En este trabajo, nos centramos en la denominada influencia desmedida, la cual no llega a configurar un ilícito penal⁵, sino que se trata de un acto ilegítimo por ser éticamente reprochable y socialmente negativo. Este tipo de influencia tiene un elemento sustancial y un elemento formal.

El elemento sustancial está caracterizado por la flexibilidad e informalidad que facilita el consenso entre élites tecnocráticas y empresariales. La flexibilidad implica que los jugadores tienen diversos roles, incluso al mismo tiempo, lo que les permite navegar entre el Estado, corporaciones, universidades, *think tank* y medios (en lugar de la clásica puerta giratoria donde hay un solo punto de entrada y salida) (Etzioni, 2009; Wedel *et al*, 2017). Además, implica que las reglas de juego también son flexibles para entrar y salir de los ámbitos públicos y privados, formales e informales, y para financiar campañas políticas, por medio de las cuales las corporaciones buscan retribuciones futuras de aquellos favorecidos (Etzioni, 2009). Las reglas también son informales porque la figura oficial del lobista inscrito, es superada por actores que se encuentran en las sombras, que no se inscriben como lobistas pero que influyen a los poderes públicos: el asesor, el comunicador, el líder de opinión o el experto, quienes ejercen influencia indirecta aparentemente legítima y objetiva, pero crucial y sesgada, ya sea por intereses políticos, comerciales o económicos (Wedel *et al*, 2017). En suma, la flexibilidad y la informalidad generan opacidad y conflicto de intereses, pero sobre todo un consenso ideológico sobre determinadas soluciones tecnocráticas, que excluye puntos de vista críticos y alternativas de política.

La dimensión formal se refiere a la manera cómo se formaliza la captura y responde, especialmente, a la característica de los regímenes políticos presidencialistas y semi-presidencialistas de legislación a través de decretos. Pero, también y en general, a la fe en el *expertise legal* como fuente de regulación, lo que evita el escrutinio democrático, la deliberación pública y la adecuada participación ciudadana en la producción normativa. De todo ello nos ocuparemos en la siguiente sección.

Sobre las causas de la captura, algunos autores encuentran causas estructurales relacionadas a la debilidad de los partidos políticos, la dispersión de la propia sociedad civil y la permanencia de desigualdades

⁵ En todos los sistemas jurídicos, la influencia indebida puede derivar en diversos delitos, tales como el cohecho, el tráfico de influencias o el lavado de activos.

sociales y económicas (Crabtree y Durand, 2017). Mientras que la mayoría identifica causas específicas relacionadas a un inadecuado diseño institucional, que facilita normas flexibles que legitiman el conflicto de interés y la opacidad en la gestión pública. En realidad, cuestiones estructurales y específicas se encuentran vinculadas, pues muchos ajustes institucionales dependen del tipo de estructura económica y social donde se desarrolla la captura. En regímenes de carácter neoliberal como el peruano, muchas reglas pro-mercado facilitan o consolidan situaciones de captura⁶, como veremos en las próximas secciones.

Finalmente, sobre las consecuencias inmediatas de la captura, se incluyen regulaciones formuladas sobre la base de intereses particulares; debilitamiento o derogación de regulaciones que confrontan estos intereses; debilitamiento de la capacidad del Estado de *enforcement* o cumplimiento, entre otros (Etzioni, 2009). En el mediano y largo plazo, además, la captura tiene como consecuencia la deslegitimación del sistema democrático y la profundización de las desigualdades económicas y sociales. Para enfrentar esta situación existen varias propuestas. Están quienes consideran que la influencia de grupos de interés es inevitable en la formación de leyes, por lo que debe evitarse su regulación (Epstein, 1984), hasta los que proponen reformas procesales para reducir la influencia a través de revisiones judiciales (Wansley, 2015). Otras medidas se dirigen a la “puerta giratoria”, mediante normas específicas que limitan esta práctica (*revolving door laws*) (Law y Long, 2011) y reducen o eliminan el financiamiento privado de los partidos políticos (Etzioni, 2009). Hay quienes también proponen una “captura virtuosa”, por medio de la cual se empodera a determinados grupos sociales que puedan perseguir fines regulatorios considerados como valiosos, para influenciar normas que contrasten con los intereses corporativos, por ejemplo, mediante el

6 El neoliberalismo surge con el proceso de transformación de la política económica iniciado en los años 80' con Ronald Reagan en los Estados Unidos y Margaret Thatcher en el Reino Unido. Este proceso se sustentó teóricamente en la Escuela de Chicago (síntesis de la economía neoclásica y la Escuela Austriaca), la cual promovió fuertemente la reducción de las actividades económicas y las políticas sociales del Estado, así como la supremacía del mercado para alcanzar el bienestar individual y los fines sociales (Glinavos, 2008). El resultado de la hegemonía neoliberal fue la decadencia del Estado de Bienestar y el surgimiento del llamado “Estado competidor” (Horsfall, 2010; Fougner, 2006). En América Latina y otros países del llamado “Tercer Mundo”, este nuevo Estado se caracteriza por competir en una “carrera hacia abajo” (*race to the bottom*), con el objetivo de atraer capital extranjero. Tiende a reducir estándares de protección en materia laboral, tributaria, ambiental o financiera (Pistor, 2002). Esto se encuentra profundamente vinculado al fenómeno de la captura, pues el diseño de estas soluciones legales es fuertemente influenciado por grupos de poder que buscan beneficiarse a través de ellas.

subsidio de empresas de energía limpia, quienes una vez empoderadas podrían promover la imposición de impuestos al carbono (Wansley, 2015).

En suma, debido a la gran variedad de enfoques existentes, es necesario delimitar los tipos de captura, los elementos que lo constituyen, así como también sus efectos y formas de regulación. Todo ello, teniendo en cuenta que la captura no puede entenderse como un fenómeno final, fijo e irremediablemente direccionado, sino como un proceso dinámico, complejo y abierto, que busca legitimar intereses económicos, pero también políticos o sociales (Crabtree y Durand, 2017). Por ello, los grados de captura son distintos dependiendo de cada gobierno y contexto.

2. Sección segunda:

Neoliberalismo por decreto: Gobernanza tecnocrática en el Perú neoliberal (1990-2017)

En los años 90', la reforma política y legal en el Perú fue impulsada por la política de ajuste estructural del Consenso de Washington, auspiciada por el Banco Mundial para resolver los agudos problemas económicos que sufría el país. Así, se privatizan las principales empresas públicas, se desmantela el sistema nacional de planeamiento estratégico y el sistema provisional público, se promueve la participación privada en la prestación de servicios públicos (para lo cual se flexibilizan estándares en materia de educación, salud y transporte), se implementa la flexibilización laboral y se inicia un proceso agresivo de concesión de recursos naturales a empresas transnacionales. Todo ello, a la par de la constitución de "islas de eficiencia" gobernadas por una tecnocracia emergente en instituciones reputadas como prioritarias, tales como el Banco Central de Reserva, la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros y la Superintendencia de Administración Tributaria, creándose además como agencia de competencia al Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

El discurso fundamental era el *orden económico*, para el cual el gobierno autoritario de Alberto Fujimori era funcional. Con el autogolpe de Estado de 1992, esta administración inauguró una etapa de concentración de poder, opacidad y corrupción que se auto-legitimaba en la necesidad de diseñar e implementar el marco constitucional y legal de la nueva política económica. Así, además de un primer paquete de Decretos Legislativos y Decretos Ley entre los años 1991 y 1992, en 1993 se aprueba una nueva Constitución Política que consolida el decretismo al autorizar al Ejecutivo a legislar a través de Decretos Legislativos⁷ y Decretos

⁷ Mediante los Decretos Legislativos (art. 104 de la Constitución vigente), el Congreso permite al Ejecutivo promulgar normas con rango de Ley sobre materias específicas en un plazo determinado. El control parlamentario sobre estos dispositivos es posterior y se limita a analizar si existe una Ley autoritativa previa (aprobada conforme el Reglamento del Congreso), si los Decretos tienen relación directa con los objetivos de la Ley delegativa, y si la Ley cumple con requisitos formales (si contiene exposición de motivos y análisis de costo-beneficio).

de Urgencia⁸ (Crabtree y Durand, 2017). De esta forma también se constitucionaliza el principio de “subsidiaridad del Estado a la actividad privada”, la santidad de los contratos y los contratos Ley. Así, normas excepcionales como Decretos de Urgencia y Decretos Legislativos (en particular los Decretos n° 662, 674, 757 y 758) fueron utilizados para el impulso y protección de las inversiones.

Con Fujimori, los organismos reguladores y en general las “islas de eficiencia” se agenciaron de personal bien pagado, algunos de ellos provenientes de organismos multilaterales y educados en las mejores universidades privadas o en el extranjero, formando una tecnocracia moderna pro mercado. Para asegurar esta orientación, sus directorios estaban compuestos por empresarios, abogados y economistas identificados con la economía de mercado. La forma de captura de estos organismos era cognitiva (sus miembros tenían una fuerte identificación ideológica con el sector privado) o corporativa (el personal colocado allí venía del mundo empresarial) (Crabtree y Durand, 2017). Es así que a partir de 1990:

“el MEF [Ministerio de Economía y Finanzas] se convirtió en un superministerio al concentrar poderes y reclutar tecnócratas, provenientes mayoritariamente de organismos internacionales y corporaciones, para puestos de alto nivel, generando de este modo una «correa de transmisión» entre el Estado y los poderes fácticos económicos que era respetada incluso por el presidente” (Crabtree y Durand, 2017, 98).

En el primer quinquenio de la década del 2000, bajo la presidencia de Alejandro Toledo y siendo el actual Presidente Pedro Pablo Kuczynski un actor político clave como Primer Ministro, Ministro de Economía y Presidente del Consejo Directivo de Proinversión (agencia pública responsable de la promoción de inversiones privadas y público-privadas), se produce una profunda reforma política y de gestión pública, que incluye nuevas normas de competencia política en el contexto del retorno de la democracia, legislación en materia de transparencia y participación

⁸ Los Decretos de Urgencia son una facultad del Presidente de la República (art. 118, inciso 19 de la Constitución), y trata sobre medidas extraordinarias con fuerza de Ley emitidas en materia económica y financiera cuando así lo requiere el interés nacional. Su emisión es realizada con cargo a dar cuenta al Congreso quien realiza su control posterior (Reglamento del Congreso, art. 91).

ciudadana, y el inicio del proceso de descentralización. Sin embargo, en el plano económico sólo hubo un cambio de retórica, no de fondo. El discurso pasó del *orden económico* al *chorreo* (traducción poco elegante del término *trickle-down*), que asume una relación causal directa entre crecimiento económico y bienestar⁹. Además, la tecnocracia que había emergido en los 90' se consolida en el nuevo milenio: muchos de estos funcionarios con estudios en universidades internacionales y fuertes conexiones con el mundo empresarial nacional e internacional, así como con organismos multilaterales. En estos años, la política económica en materia de concesiones se refuerza a través de la Ley n° 28.059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (2003), que convivía con normas dictadas en el gobierno de Fujimori como el Decreto Legislativo 758 (Norma para la Promoción de Inversiones Privadas en la Infraestructura de Servicios Públicos). Es en este marco que se impulsa la construcción de la carretera interoceánica bajo el esquema de Asociación Público Privada¹⁰.

9 *Trickle-down economics* (economía del chorreo) es una teoría económica que promueve la reducción de los tributos en las empresas y los sectores más pudientes de la sociedad como un mecanismo para estimular la inversión en el corto plazo y beneficiar a toda la sociedad en el largo plazo. Esta teoría ha sido fuertemente criticada porque en la práctica ha significado el mayor enriquecimiento de los ricos, mientras se mantiene la desigualdad (ver, por ejemplo, Dabla-Norris, 2015).

10 La construcción de la Carretera Interoceánica es una de las obras de infraestructura vial que se presentó en el marco de la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA), que busca unir la infraestructura de la región conectando proyectos de transporte, energía y telecomunicaciones. Esta iniciativa forma parte de un conjunto de propuestas formuladas desde mediados del año 2000 por los Gobiernos de 12 países de la región con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, la Cooperación Andina de Fomento y del Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata. La referida integración fue contemplada a partir de 10 grandes ejes viales, que reúnen 335 proyectos por un valor de US\$ 37,5 billones. Una de las obras que corresponde a dicha iniciativa es la Carretera Interoceánica entre Brasil y Perú. La obra en territorio peruano consiste en asfaltar o mejorar 2.586 Km. de carreteras entre la ciudad de Iñapari (Madre de Dios), en la frontera con el Brasil, y los puertos de la costa sur peruana, con un costo de US\$ 892 millones. La parte amazónica de la obra atraviesa las regiones amazónicas de Madre de Dios, Cuzco y Puno, y será ejecutada y luego administrada por dos empresas concesionarias bajo la modalidad conocida como BOT (*Build, Operate and Transfer* o Construye, Opera y Transfiere). La obra fue estudiada, licitada, concedida, parcialmente financiada e iniciada entre 2003 y marzo de 2006. El financiamiento parcial fue otorgado por la Corporación Andina de Fomento (CAF) con la garantía del Estado peruano. La obra en el Perú se interconecta con el sistema vial brasileño, permitiendo el tránsito por carretera asfaltada entre los puertos oceánicos del Atlántico y los del Pacífico. Cabe precisar que la región amazónica por la que pasará la carretera contiene la mayor concentración de biodiversidad del Perú y del planeta, además sirve de refugio a pueblos indígenas que viven en aislamiento. En razón de ello es que distintos grupos -principalmente ambientalistas- han cuestionado la viabilidad de las obras (Dourojeanni, 2006).

Posteriormente, bajo la presidencia de Alan García, se suscribe el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos. Luego de la celebración de este Acuerdo, el Perú se vio obligado a modificar su legislación en aras a crear un marco normativo adecuado para facilitar el intercambio comercial. De esta manera, mediante la Ley n° 29157, el Congreso delegó al Ejecutivo facultades para legislar sobre diversas materias relacionadas con el mencionado Acuerdo Comercial, promulgándose 98 Decretos Legislativos, muchos de los cuales tuvieron fuerte oposición, como aquellos que debilitaban la propiedad de comunidades nativas y campesinas, o la protección de los recursos forestales (Decretos Legislativos n° 1090, 1064 y 1015). Otros decretos fueron menos discutidos, como la nueva regulación sobre prácticas anticompetitivas, competencia desleal, arbitraje, entre muchas otras que se fundaban en la necesidad imperiosa del *crecimiento económico*. Dentro de estos cambios normativos es particularmente importante el Decreto Legislativo n° 1012, que consolida y fomenta las Asociaciones Público Privadas (APPs) para el desarrollo de infraestructura y servicios públicos. Es también importante recordar el uso excesivo que este gobierno hace de los Decretos de Urgencia. Si bien muchos gobiernos han abusado de los Decretos de Urgencia, el segundo gobierno aprista sobresale con un total de 383, varios de los cuales facilitaban proyectos de inversión para infraestructura (Wiese y Saravia, 2014).

Por ejemplo, mediante el Decreto de Urgencia n° 045-2008 se autorizó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) la determinación y atención de costos y gastos generados en el último trimestre de 2008 por la ejecución de las obras del Tramo 2 del Corredor Vial Interoceánico hasta por la suma de S/ 160.000.000¹¹ (aproximadamente US\$ 49.000.000). Esto funcionó a la par con la promulgación de la Ley n° 29309 (que tuvo su origen en un Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo) mediante el cual se declaró de necesidad pública y de preferente interés nacional la continuación de la Ejecución del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil-IIRSA SUR y, en específico, autorizaba al MTC la negociación y modificación de los respectivos contratos de concesión en los aspectos que fueren necesarios para asegurar la continuidad y culminación de las obras respectivas (art. 5). Además del caso del corredor vial, también puede señalarse al proyecto Especial Chavimochic (Decreto de Urgencia n° 121-2009), la construcción de la Línea 1 del Tren Eléctrico (Decretos de Urgencia n° 034-2009, 042-2009, 063-2009, 107-2009, 117-2009, 081-

11. Similar lógica siguieron los Decretos de Urgencia n° 025-2009, 097-2009 y 077-2010.

2010), la Carretera Interoceánica Centro, la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada (Decreto de Urgencia n° 070-2009), las obras de irrigación e intangibilidad de los terrenos que conforman el proyecto Olmos (Decreto de Urgencia n° 049-2009), proyectos que finalmente fueron adjudicados, en su mayoría, a la empresa Odebrecht o a alguno de sus concesionarios. Peculiarmente, todo esto ocurría al mismo tiempo que se limitaba la capacidad fiscalizadora de la Contraloría General de la República, como aquella que le permitía solicitar información adicional antes de emitir una opinión previa a la concesión (Decreto de Urgencia n° 047-2008¹²).

Si bien el crecimiento económico fue sostenido durante la primera década del nuevo milenio, la estabilidad macroeconómica no aseguraba bienestar microeconómico. Aunque la pobreza monetaria disminuye, la inequidad se conserva y aumentan los conflictos sociales asociados al desarrollo de grandes proyectos de inversión. Es por ello que el presidente Ollanta Humala llega al poder, de la mano de fuerzas de izquierda, con un nuevo discurso: la *inclusión social*. Sin embargo, aunque implementó varias medidas de carácter social, como la consulta previa a los pueblos indígenas y varios programas sociales, la política económica seguía priorizando los intereses de empresas y actores privados por sobre el rol protector del Estado respecto al bienestar colectivo. El gobierno pasó así, rápidamente, de una política inspirada en “La gran transformación” (nombre del original plan de Gobierno) a una política de la “gran continuidad”, influenciada por élites económicas y que ya se esbozaba en el discurso moderado del entonces candidato Humala que disputaba la segunda vuelta electoral (DESCO, 2012). En dicho contexto, se inicia el proceso de adscripción a la OCDE y en el año 2014, en el marco de la política de “reactivación económica”, se realizan estudios sobre los problemas del Estado peruano y las buenas prácticas internacionales. A la par de la elaboración de estos estudios, y bajo la idea de combatir la “tramitología” (o excesivos trámites que limitan el desarrollo empresarial¹³), el gobierno emite cinco paquetes de medidas de reactivación económica que regulan ámbitos tan

12 Decreto de Urgencia n° 047-2008, art. 6. “Opiniones previas: [...] En ningún caso las entidades [Contraloría General de la República] podrán emitir opinión respecto de aspectos vinculados con el diseño de la transacción y/o proceso de promoción de la inversión privada, el cual corresponde de manera exclusiva al Consejo Directivo de Proinversión”.

13 Cabe mencionar que el argumento de la lucha contra la “tramitología” como prioridad nacional es muy discutible debido a que la evidencia indica que el Perú ya figura como uno de los países de la región que pone mayor énfasis en ese ámbito. En el 2017 ocupó el tercer lugar de América Latina en el indicador de “mejor clima de negocios” en el Ranking *Doing Business* del Banco Mundial.

diversos como los procedimientos administrativos y la tributación, pero que resaltaron especialmente la flexibilización de estándares ambientales (de allí que los activistas los denominaran “paquetazos ambientales”), con incidencia directa en los derechos de los pueblos indígenas, patrimonio cultural e institucionalidad en el sector ambiente¹⁴. Además, es en este gobierno que se aprueba el Decreto Legislativo n° 1224, que propone un marco normativo unificado para la promoción de la inversión privada mediante APPs.

Pedro Pablo Kuczynski (PPK) asume el poder como Presidente de la República en el 2016, enarbolando la idea del *destrabe* y la necesidad de modernizar el Estado para poder ser miembro de la OCDE, planteándolo como meta al año 2021, en que se cumple el Bicentenario de la Independencia de la República del Perú. Apenas iniciado, el gobierno pidió facultades al Congreso para legislar y emitió un total de 112 Decretos Legislativos. Dentro del grupo de Decretos referidos a la *reactivación económica y formalización*, los Decretos Legislativos n° 1293 y 1336 promueven la formalización de la pequeña minería y minería artesanal; el Decreto Legislativo n° 1333 simplifica el acceso a predios para proyectos de inversión priorizados para la ejecución de obras de infraestructura de interés nacional y de gran envergadura; el Decreto Legislativo n° 1272 modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General, limitando la capacidad fiscalizadora de la administración; y el Decreto Legislativo n° 1310 crea el Análisis de Calidad Regulatoria, que busca eliminar procedimientos administrativos considerados innecesarios. En este marco se aprueba además una nueva norma sobre APPs (Decreto Legislativo n° 1251)

¹⁴ El *primer paquetazo ambiental* (Comprende a los Decretos Supremos n° 054-2013-PCM y 060-2013-PCM y la Ley n° 30025) flexibiliza los procedimientos administrativos sobre protección del patrimonio cultural arqueológico y el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, además reduce los estándares de los instrumentos de gestión ambiental al eliminar el procedimiento de clasificación del proyecto por la significancia del impacto. El *segundo paquetazo ambiental* (Comprende a la Ley n° 30230, cuya constitucionalidad se encuentra bajo discusión en el Tribunal Constitucional (conforme el Exp. n° 0003-2015-AI/TC) establece procedimientos especiales de entrega de tierras destinados a proyectos de inversión con preeminencia sobre los derechos de los poseedores. Además, limita la capacidad sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y reduce las competencias del Ministerio del Ambiente para crear Zonas Reservadas. El *tercer paquetazo ambiental* (Decreto Supremo n° 001-2015-EM) debilita a las Asambleas Comunales (máximo órgano representativo de las comunidades campesinas) para facilitar la toma de decisiones sobre la enajenación de sus tierras. El *cuarto paquetazo ambiental* (Ley n° 30327) flexibiliza los procedimientos ambientales y facilita el acceso a tierras rurales para los proyectos de inversión mediante servidumbres, derechos de vía y expropiaciones. Finalmente, mediante el *quinto paquetazo ambiental* (Decreto Legislativo n° 1192 y Decreto Legislativo n° 1210) se busca normalizar los procedimientos de expropiación, restando su carácter excepcional a fin de incrementar las expropiaciones a partir de la declaratoria de necesidad pública.

que busca agilizar procesos y reformar la gobernanza de Proinversión, la entidad responsable de esta materia. Cabe señalar que en diciembre del 2017 el Gobierno pidió nuevas facultades legislativas al Congreso para legislar sobre lucha contra la corrupción y reactivación económica (Proyecto de Ley 2240-2017-PE), pero la solicitud fue suspendida debido al proceso de vacancia del Presidente de la República.

Mientras la mayoría de normas que buscan direccionar la política económica emitidas en el momento neoliberal (1990-2010) se basan en el Consenso de Washington (Fujimori) y el Tratado de Libre Comercio con los EEUU (García), se podría argumentar que con el gobierno de Humala se inicia una etapa post-neoliberal, donde se implementan medidas de carácter social que contravienen los paradigmas del neoliberalismo (y por ello fueron fuertemente criticadas). Sin embargo, esta etapa no llega a consolidarse y más bien se retrotrae hasta el resurgimiento de la derecha con el gobierno de PPK, que bien podría expresar un nuevo neoliberalismo. Es así que, tanto bajo Humala como PPK, la reforma legal en materia económica promueve en última instancia la simplificación administrativa, la aceleración económica y el destrabe de inversiones.

Hay algunos puntos en común en todos los casos: la mayoría de cambios normativos relevantes se dan por influencia de actores externos (Consenso de Washington, TLC, OCDE), pero también por discursos internos auspiciados por el mundo empresarial (orden económico, chorro, crecimiento económico, tramitología, destrabe). Los cambios más relevantes en materia económica se realizan sin una adecuada deliberación política, pues se expiden por Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo, por lo que quien termina legislando es una tecnocracia que se auto-concibe como apolítica y que está fuertemente vinculada al sector privado.

Cuadro 3: Determinantes de los principales cambios legales en la política económica.

Paradigma	Gobierno	Principal fuente legal	Volumen	Discurso interno	Influencias externas
Neoliberal	Fujimori	Constitución	Constitución Política de 1993	Orden económico	Consenso de Washington
		Decretos Legislativos	303		
		Decretos de Urgencia	1655		
	Toledo	Decretos Legislativos	38	Chorro	Post Consenso de Washington
		Decretos de Urgencia	203		
	García	Decretos Legislativos	142	Crecimiento económico	TLC
		Decretos de Urgencia	383		
Post neoliberal / neo-neoliberal	Humala	Decretos Legislativos	144	Inclusión social /tramitología	OCDE
		Decretos de Urgencia	45		
	PPK	Decretos Legislativos	112	Destruye / tramitología	OCDE
		Decretos de Urgencia	12		

Fuente: SPIJ (visitado el 05/09/17) Archivo Digital de la Legislación del Perú (visitado el 05/09/17) IEP (Revisado el 08/09/17). Elaboración propia.

En suma, en el periodo 1990-2017 se emitieron un total de 739 Decretos Legislativos¹⁵ y 2297 Decretos de Urgencia, muchos de ellos relacionados directamente con la política económica, la reactivación y la promoción de inversiones. Bajo este esquema, la producción legal en materia de política económica termina en manos de la tecnocracia que legisla sobre la base de la autoridad que le da el *expertise*. El poder de la Ley, que

¹⁵ Cifra sin contar los doce Decretos Legislativos emitidos durante el periodo de transición democrática presidido por Valentín Paniagua.

debería descansar en la autoridad y legitimación que brinda el sistema democrático, es en la práctica cambiado por la autoridad sin legitimación que tiene la élite tecnocrática.

Este es un tema que ya ha sido discutido por constitucionalistas y teóricos legales. Es así que se asocia al “gobierno mediante decretos” o “decretazos” con sistemas políticos que contravendrían el propio carácter deliberativo de la democracia, pues no permiten la apertura a foros abiertos donde se amplifiquen las diversas perspectivas y garanticen la confrontación de ideas (Ferreira Rubio y Goretti, 1998; Carey y Shugart, 1998; Negretto, 2002). Incluso, hay quienes consideran que otorgarle mayores poderes legislativos al Ejecutivo resultaría una práctica inaceptable desde una perspectiva democrática, porque implica debilitar el rol de los Parlamentos (Alegre, 2010), acentuando la concentración de poderes (Przeworski, 1991), o incluso formando un nuevo tipo de democracia de baja calidad. Un régimen de representación delegativa donde los representantes elegidos no estarían obligados a rendir cuentas de su ejercicio (O'Donnell, 1994). En suma, el gobierno, mediante decretos, sería parte de lo que en América Latina ha venido a denominarse “hiperpresidencialismo”. Esto es, la organización vertical del poder a partir de su concentración en el Ejecutivo (Nino, 1992; Gargarella, 2010), que sería opuesto a toda idea de discusión pública y deliberación democrática (Gargarella, 2017)¹⁶.

Como señalan Crabtree y Durand (2017), la tradición decretista del Estado peruano y la concentración de poder en el Ejecutivo era funcional a la constitución de la legalidad neoliberal. No obstante, la consolidación del decretismo en la Constitución de 1993 se institucionalizó y continuó post Fujimori. Así, si observamos la línea de tiempo de la evolución del marco regulatorio de la inversión privada propuesto por el BID (Banco

¹⁶ Este poder otorgado al Ejecutivo mediante decretos encuentra matices de diversa escala en las actuales constituciones. En un primer grupo, tenemos los casos donde el Ejecutivo emite Decretos que adquieren inmediatamente fuerza de Ley, sin ser necesario algún tipo de acción legislativa previa a ello. Usualmente se encuentran a título de facultades extraordinarias y el control es posterior a su entrada en vigor. Son los casos de: Perú con los Decretos de urgencia (art. 118.19), Chile (art. 32.3 - art. 64 que faculta a la Contraloría para realizar el control sobre Decretos) y Colombia que faculta a la Corte Constitucional (art. 213 inc. 6). En un segundo grupo, tenemos los casos donde si bien las propuestas del Ejecutivo tienen efecto inmediato, prescriben un periodo de tiempo en el que deberán ser ratificadas por el legislativo, bajo cargo de perder su efecto. Este es el caso de Italia (art. 77) y Brasil (art. 62). Un tercer grupo está constituido por los casos donde el Ejecutivo formula propuestas legislativas, calificándolas con carácter de urgencia, y el Parlamento o Asamblea Nacional aprueba, modifica o niega en un plazo determinado. En caso que no se cumpla con el plazo, el Ejecutivo se encuentra facultado para emitir un decreto-Ley que, no obstante, podrá ser modificado o derogado en cualquier momento por la Asamblea Nacional. Es el caso de Ecuador (art. 140).

Cuadro 4: Evolución del marco regulatorio de la inversión privada.

Fase	Gobierno	Marco Legal	Objetivos
Fase 1: Impulso a la inversión	Fujimori	Decretos Legislativos n° 662, 674, 757 y 758	Reformas estructurales, régimen de estabilidad jurídica a las inversiones a través de Contratos Ley, establecimiento de la libertad en la formación de precios, la libre competencia y libre iniciativa privada.
Fase 2: Cambio constitucional	Fujimori	Constitución Política de 1993	Establecer constitucionalmente el régimen de economía social de mercado, el rol subsidiario del Estado en la actividad económica, la igualdad entre inversionistas nacionales y extranjeros, las garantías a la propiedad privada, y la posibilidad de acudir a arbitrajes en materia de inversiones.
Fase 3: Auge de las inversiones	Fujimori	Decreto Legislativo n° 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos Texto Único Ordenado de Concesiones (Decreto Supremo n° 059-1996-PCM)	Creación de la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI), sistematizar el marco legal precedente a través del Texto Único Ordenado con las normas de rango de Ley que regulan la entrega en concesión de los servicios públicos e infraestructura.
Fase 4: Promoción de la descentralización	Toledo	Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley n° 28059 (2003)	Política de descentralización del país, promoción de la inversión de manera descentralizada como herramienta para lograr el desarrollo integral de cada región, en alianza entre los gobiernos regionales, locales, la inversión privada y la sociedad civil.
Fase 5: Consolidación de las APPs	García	Decreto Legislativo n° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas (2008)	Generación de empleo productivo y agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Se subsume como APP a las diversas modalidades contractuales para el desarrollo de infraestructura pública y servicios públicos con la participación del sector privado.

Fase 6: Alineamiento a estándares internacionales	Humala	Decreto Legislativo n° 1224 (2015)	Marco normativo unificado para la promoción de la inversión privada mediante APP y proyectos en activos con la finalidad de contribuir a la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo productivo y la competitividad del país. Alineamiento a estándares internacionales OCDE y superación de dificultades identificadas en el desarrollo de las APP.
Fase 7: Mejora de la gobernanza	Kuczynski	Decreto Legislativo n° 1251 (2016)	Nuevo marco normativo que modifica el Decreto Legislativo n° 1224 para atender el tema de corrupción y la agilización de procedimientos.

Fuente: BID (2016). Adaptado.

Interamericano de Desarrollo) (2016) y el MEF (2017), vemos que desde 1990 hasta el 2017 la mayoría de normas tiene un origen decretista:

En dicho contexto, si nos preguntamos aquí si el régimen legal de promoción de las inversiones y, en específico, de las APPs ha sido objeto de captura, por lo menos se cumple el requisito formal de producción normativa a través de decretos o procedimientos sustentados en el *expertise* económico y legal, antes que en la deliberación pública, y queda por analizar el requisito sustancial, es decir, el grado de influencia de las élites en la producción normativa.

3. Sección tercera:

Importación del modelo de APPs al Perú.

Las APPs han sido denominadas como el “caballo de Troya” (Miraftab, 2004) y la “nueva religión” (Minow, 2003) de la agenda global para el desarrollo económico. En el Norte Global, las APPs fueron impulsadas en los ‘80 por la Administración de Thatcher en el Reino Unido y Reagan en Estados Unidos como la estrategia principal para el desarrollo urbano y como objetivos de reducción de los gastos del gobierno, sus áreas de responsabilidad y eliminar supuestas ineficiencias del sector público (Miraftab, 2004). Todo ello, bajo la premisa de que la ideología de mercado era el mejor remedio para la gobernanza, en lugar de los valores públicos (Minow, 2003; Custos y Reitz, 2010). En los 90’, se consolidan los *Public Private Partnerships* en Reino Unido como parte del programa de reformas denominado *Private Finance Initiative*, cuyo objetivo era modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada. Así, los contratistas ya no vendían los activos que han construido sino que se convertían en proveedores de servicios a largo plazo para la Administración o para los usuarios. Su filosofía consistía en evaluar, con el criterio del *valor por dinero*, las diversas opciones de financiación, pública o privada, de cada uno de los proyectos que se licitaban, de tal manera que el sector privado asumía los riesgos que sea capaz de gestionar con mayor eficiencia (Moreno, 2012).

Hoy en día se entiende a las APPs como un esquema contractual entre el gobierno y entidades del sector privado, con el objetivo de desarrollar un proyecto y servicio que tradicionalmente ha sido provisto por el sector público (Alborta *et al*, 2011). En un proyecto de infraestructura tradicional, las empresas no brindan financiamiento y actúan sobre las especificaciones y autorizaciones de la agencia pública. Los contratistas involucrados en las fases de planeamiento, diseño y construcción del proyecto trabajan bajo contratos separados y típicamente coordinan con el Estado más que entre ellos. En las APPs, la parte privada asume más responsabilidades puesto que la entidad pública selecciona y contrata a una empresa para que brinde servicios para varias necesidades, ya sea para un proyecto específico o una licencia de largo plazo para operar un segmento de la infraestructura. La empresa no solo se responsabiliza del financiamiento y la construcción, también puede acordar la gestión y mantenimiento

de la infraestructura. En particular, en las APPs de infraestructura de transporte, la operación otorga a la empresa la recuperación de los costos de la construcción y el pago a los inversionistas a través del cobro de tarifas o peajes a los usuarios, o pagos del gobierno. La agencia pública supervisa la ejecución de la empresa y regula otros aspectos del acuerdo, incluyendo el mantenimiento, el establecimiento de tarifas y la aprobación del diseño de ingeniería (Lacina, 2009).

Así, las APPs se fundamentan en la necesidad de que las empresas asuman tareas que para los gobiernos serían demasiado complejas, intensas en capital o riesgosas para llevar a cabo solos. De esta forma, se permite al Estado limitar sus gastos y riesgos, mientras que la empresa puede contribuir con su *expertise* y capital en la operación de un proyecto que promete ingresos suficientemente altos como para absorber los riesgos asumidos. De esta forma, cada parte asume tanto funciones de Derecho Público como de Derecho Privado (McKinlay, 2012). Esta tensión ideológica ha llevado a la confusión de las fronteras conceptuales entre lo público y lo privado, con la caída del Estado de Bienestar y el desplazamiento del Derecho Público como la forma dominante del Derecho (Custos y Reitz, 2010).

Además, la adopción de este modelo por parte de los gobiernos del Sur Global ha sido promovida por organismos internacionales y donantes bilaterales y multilaterales, incluyendo el Banco Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) (Miraftab, 2004; Delebayo, 2013). El rol del Banco Mundial ha sido particularmente importante, al promover medidas concretas de reforma política y legal en materia de APPs en América Latina (García-Kilroy y Rudolph, 2017). Sin embargo, varios especialistas y funcionarios del Banco Mundial, como José Luis Guasch (2017), han identificado problemas en el diseño legal de las APPs, los que han generado transacciones desventajosas para los Estados y uso oportunista de este marco legal por parte de las empresas. En general, se afirma que los reformadores fueron demasiado optimistas respecto a la capacidad de la regulación para blindar las transacciones de la influencia política, y de la idoneidad para América Latina de modelos de desarrollo pensados para redes de infraestructura madura en países industrializados (Lacina, 2009).

En efecto, las preocupaciones recurrentes sobre el uso de las APPs se refieren a la efectividad, eficiencia y desempeño económico del proyecto;

su adecuada gestión; la rendición de cuentas; y la transparencia, legitimidad y los valores públicos (Reynaers y Parrado, 2016). Estos grandes temas se ven reflejados en problemas concretos de complejidad administrativa y sobrecostos para la Administración (frente al endeudamiento directo y obra pública), la menor transparencia financiera, la corrupción y el hecho de que estos esquemas podrían hipotecar los presupuestos futuros (Moreno, 2012).

Además, la adopción de políticas de austeridad restringe la capacidad de los gobiernos de endeudarse o gastar más, por lo que para construir infraestructura, las APPs se convierten en una forma atractiva de ocultar pasivos públicos a largo plazo. En un informe de la Comisión Europea, se señala que las APPs pueden ser utilizadas para situar la inversión fuera de los presupuestos públicos con el fin de eludir las restricciones presupuestarias, esto aunque el gobierno asume un considerable riesgo de demanda (por ejemplo, al garantizar al operador un nivel mínimo de demanda para el servicio prestado). Como resultado, se configura una profunda contradicción: se respaldan las APPs a través de fuertes ayudas estatales, en forma de un acceso privilegiado a las garantías estatales o la financiación pública, mientras al mismo tiempo se niega la capacidad del Estado de financiar directamente estos proyectos (Hall, 2015). A ello se agregan los elevados costos de transacción, debido a la complejidad de estos contratos en términos de asesoría, consultoría y litigio, siendo los más beneficiados los consultores financieros, estudios de abogados y los bancos (Hall, 2015).

Aunque se señala que estos problemas podrían evitarse con una mejor estructuración del contrato (McKinlay, 2012), existen una serie de estudios que revelan serias discrepancias entre la aparente panacea de las APPs y sus consecuencias reales. En el contexto de las amplias inequidades socioeconómicas y complejos procesos de descentralización en los países del Sur Global, donde los gobiernos usualmente no tienen ni la voluntad ni la habilidad para intervenir eficazmente en estos procesos, las empresas se acercan a los gobiernos locales, prometiendo desarrollo y un equitativo reparto del poder económico y social. Pero una vez que el contrato se ejecuta, los intereses de la comunidad a menudo son sobrepasados por aquellos miembros más poderosos de la asociación, las empresas transnacionales (Miraftab, 2004). Así, al final, las APPs suelen implicar un mayor costo para el Estado que un proyecto tradicional, debido a costes de capital más elevados y decisiones institucionales que benefician a las empresas debido, entre otras cosas, a una capacidad de negociación

asimétrica. Por ejemplo, se utiliza el concepto de “transferencia del riesgo” para justificar el uso de APPs que no podían demostrar que eran más rentables que la opción pública. El FMI ha advertido que los gobiernos pueden exagerar el verdadero valor del riesgo, compensando en exceso al sector privado por asumirlo (Hall, 2015). A ello se agrega que las empresas subestiman los costes de las inversiones y exageran la demanda esperada. Además, los operadores cobran precios más altos pues poseen un monopolio, y las renegociaciones contractuales se realizan casi siempre en beneficio del contratista privado en detrimento del sector público (Hall, 2015).

El problema de fondo es que existe una contradicción conceptual en el rol que se espera del Estado en estos procesos. Mientras que las APPs pretenden configurar una repartición equitativa de riesgos y beneficios entre el Estado y la empresa, no se tiene en cuenta que para ello se requiere un rol regulatorio fuerte, y que la promoción de estas actividades usualmente viene acompañada de desregulación para promover la participación del sector privado. Es decir, las APPs son vistas principalmente como oportunidades de negocio, antes que como mecanismos para mejorar la gestión del Estado y brindar mayores servicios públicos. Estas cuestiones de contexto y las relaciones de poder en el marco de los procesos de APPs no son abordadas por la literatura especializada, la cual es mayormente descriptiva y se limita a mostrar la logística y tipología de las APPs, ignorando cuestiones más profundas como sus implicancias distributivas (Miraftab, 2004) o su verdadero rol en la agenda de desarrollo del país.

De hecho, en vez de enfocarse en los objetivos de desarrollo definidos por la agenda pública, las APPs seleccionan un pequeño número de proyectos rentables y convencen a los gobiernos para que les den prioridad. Hall (2015) explica, por ejemplo, cómo en Europa, las APPs financian carreteras de peaje lucrativas en rutas congestionadas existentes, pero no la ampliación de carreteras para mejorar las zonas rurales o periurbanas. Además, es falsa la idea que se busca naturalizar en cuanto a que las APPs son la única alternativa para brindar servicios públicos. En primer lugar, no se trata de un fenómeno mayoritario. En los países que más usan APPs, como Reino Unido y Australia, las APPs solo representan el 15% de todas las inversiones en infraestructura, mientras que para la mayoría de los países de la OCDE la proporción es inferior al 5%. Suecia, por su parte, ha decidido explícitamente no hacer ningún uso de las APPs (Hall, 2015). En segundo lugar, la idea de la inevitabilidad de este modelo se sustenta en bases endebles: las restricciones de los

préstamos del gobierno y la presunción de que los operadores privados son intrínsecamente más eficientes. Así, los modelos regulatorios establecen un “comparador” para verificar si conviene hacer una APP o una inversión pública tradicional, pero esta herramienta suele ser de carácter teórica en lugar de evaluar una propuesta alternativa del sector público real, sustentada en evidencia (Hall, 2015). En diferentes estudios, incluyendo los de organismos internacionales como el Banco Mundial, se afirma que no hay diferencias estadísticas significativas en los índices de eficiencia de proveedores públicos y privados. Es más, por ejemplo en el ámbito de la asistencia sanitaria, los servicios de sanidad pública son mucho más eficientes que los privados a la hora de garantizar asistencia universal de calidad (Hall, 2015).

En el Perú, particularmente, no se discute cómo la intervención efectiva del Estado para lograr APPs equitativas, requiere un Estado fuerte y democrático que use su poder institucional, legislativo y financiero para equilibrar el campo de juego para todas las partes, regulando las relaciones de poder desigual. Es más, una crítica sustentada en estudios de caso muestra cómo los problemas de las APPs surgen en contextos donde no existen marcos jurídicos sólidos (Akitoby *et al*, 2007). Y es que estos problemas no se pueden abordar simplemente enfocándonos en el planeamiento técnico y la ejecución contractual, como la literatura usualmente señala. Los detalles del contrato, aunque muy importantes, no pueden por sí mismos asegurar un proceso y resultado más equitativo. Una particular atención se debe poner al ambiente social, económico, cultural y político. El más grande contexto de política pública al final determina la voluntad del Estado y su capacidad de intervenir con una agenda redistributiva y llevar un proceso de alianza justo (Miraftab, 2004).

Es en dicho contexto que debemos evaluar el desarrollo de las APPs en el Perú. Se afirma que éstas (y otros mecanismos como las Obras por Impuestos) son parte del proceso de privatización del gasto público impulsado por el MEF, con el argumento de que el sector privado puede aportar, no sólo recursos financieros, sino experiencia y eficiencia en el diseño, ejecución, operación y mantenimiento de infraestructura (Baca, 2017). Así, según Proinversión, en el periodo entre enero de 2008 y diciembre de 2015, se han adjudicado 65 proyectos con la modalidad de APP. La mayor parte de ellas pertenece a los sectores de Energía (31) y Transportes (16). El monto total de inversión asciende a US\$ 29.800 millones (incluido el Impuesto General a las Ventas), de los cuales el 65,5% corresponde al tipo de APP autofinanciadas y el 34,5% son

cofinanciadas. El 92% del total son de iniciativa estatal y el 8% restante de iniciativa privada. El periodo en el cual los proyectos de APP y los montos adjudicados crecen sustancialmente, es de julio 2011 a setiembre 2016, con un total de US\$ 16.278 millones de inversiones, siendo el año 2014 el que registra el monto más alto con US\$ 14.270 millones (Baca, 2017).

Sin embargo, los hechos de corrupción e irregularidades, descubiertos en APPs emblemáticas, han llevado a discutir las bondades de un esquema que para algunos se ha convertido en un vehículo para la corrupción a gran escala (Baca, 2017). Y es que varios de estos casos se encuentran bajo escrutinio público, fiscal y judicial al estar relacionados a la red de corrupción de la empresa brasileña Odebrecht, empresa que ha aceptado públicamente que contaba con un esquema de corrupción para favorecerse con obras públicas por toda América Latina.

Los casos más relevantes (por sus repercusiones políticas y sociales), y que abarcan el espectro político de los últimos gobiernos, incluyen el caso de la Carretera Interoceánica-IIRSA Sur, el Gaseoducto Sur Peruano (GSP), el Aeropuerto Chinchero y Rutas de Lima. Incluimos a la Línea 1 del Tren Eléctrico pues, si bien se otorgó bajo el marco normativo de concesiones de obras públicas de infraestructura y no de APPs, en el 2007 el Consejo Directivo de Proinversión acordó incorporar este proyecto al proceso de promoción de la inversión privada y supervisarlos (en lugar de la Municipalidad Metropolitana de Lima). A continuación, presentamos un cuadro que resume los principales hechos y supuestos de captura en cada uno de estos casos.

Cuadro 5: Casos emblemáticos APPs.

Casos Resumen	
Carretera Interoceánica	Resumen La construcción de la Carretera Interoceánica es parte del proyecto Integración de Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA), en el que participan 12 países de la región con el apoyo del BID, de la CAF y del Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata (FONPLATA). El Corredor Vial Interoceánico Sur comprende cinco tramos. En agosto de 2005, durante el gobierno de Alejandro Toledo (julio 2001-julio 2006), se suscribieron los contratos de concesión de los tramos 2, 3 y 4, mientras que los tramos 1 y 5 se suscribieron en octubre de 2007, durante el segundo gobierno de García (julio 2006-julio 2011). El proceso de concesión estuvo a cargo de Proinversión a través del esquema de APP y concurso de proyectos integrales (en los términos del Decreto Legislativo n° 758). En el año 2005 se promulgó el Decreto Supremo n° 022-2005-EF, mediante el cual se exoneraba a los tramos incluidos en la concesión del Proyecto Corredor Interoceánico del cumplimiento de ciertos plazos y procesos de estudios técnicos contemplados en el Sistema de Inversión Pública. En ese mismo año, la Contraloría de la República advirtió a Proinversión que la empresa Odebrecht no podía obtener la buena pro por tener un proceso judicial abierto, sin embargo, en enero de 2006, con la promulgación de la Ley n° 28670, impulsada por el vicepresidente del Congreso, Gilberto Díaz, y suscrita por el entonces Presidente de la República Alejandro Toledo y su Primer Ministro, Pedro Pablo Kuczynski, se declaró de necesidad pública e interés nacional diversos proyectos de inversión entre los que se encontraba el proyecto bajo comentario. Asimismo, los impedimentos para ser postores fueron declarados inaplicables e inexigibles con lo que se permitió que la referida constructora pueda ejecutar las obras.
	Espacios capturados
	Captura de la legalidad: Adendas: Mediante distintas Leyes y Decretos se autorizaba la suscripción de adendas con bajos niveles de fiscalización. Mediante la Ley n° 29309, que fue impulsada a través de un Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo a cargo del entonces Presidente de la República Alan García (Proyecto de Ley 2886/2008-PE), se declaró de necesidad pública y de preferente interés nacional la continuación de la ejecución de esta obra y entre otras cosas, autorizó al MTC la negociación y modificación de los respectivos contratos de concesión en los aspectos que fueren necesarios para asegurar su continuidad y culminación (el proyecto ha tenido 22 adendas). Por su parte, el Decreto de Urgencia n° 045-2008 que autorizaba al MTC determinar y atender los costos y gastos, hasta por la suma de S/. 160.000.000). (aproximadamente US\$ 49.000.000). En el año 2010 se promulgó el Decreto Supremo n° 235-2010-EF, que aprobó la operación de endeudamiento externo entre el Estado peruano y la CAF, hasta por la suma de US\$ 200.000.000 destinada a financiar las Obras del Proyecto. Debilidad del fiscalizador: Mediante Decreto de Urgencia n° 047-2008 se limitó la capacidad fiscalizadora de la Contraloría de la República, específicamente aquella que le permitía solicitar información adicional antes de emitir una opinión previa a la concesión. (Fuente: BID, 2013; Informe Minoría, 2016; Dourojeanni, 2006; Ojo Público, 2017).

Continúa en la página siguiente →

	Mecanismos de captura Captura corporativa: Acusaciones de corrupción: En febrero del 2017 y a solicitud del Ministerio Público, el Poder Judicial ordena la prisión preventiva del ex presidente Alejandro Toledo y su orden de captura internacional (la que no se ha hecho efectiva hasta la fecha). El pedido de la fiscalía se sustenta, entre otros elementos, en las declaraciones de Jorge Barata (representante de Odebrecht en el Perú), que confirmó que el ex Presidente habría recibido sobornos para la adjudicación de los tramos II y III de la Carretera Interoceánica. Para ello, habría participado activamente en las sesiones del Consejo Directivo de Proinversión y promovido un marco legal dirigido a este favorecimiento. Conflicto de interés: En diciembre del 2017 la empresa Odebrecht confirmó que realizó contratos de asesoría financiera con la empresa unipersonal de Pedro Pablo Kuczynski, Westfield Capital, y que transfirió a esta empresa miles de dólares en los años 2005, 2006 y 2007, es decir, incluso cuando era Ministro de Estado y Presidente de Proinversión. Este hecho suscitó el pedido de vacancia presidencial ante el Congreso de la República (diciembre 2017), el que finalmente no prosperó al no alcanzarse los votos suficientes. Al momento de escribirse este estudio, las investigaciones proseguían en el ámbito fiscal. (Fuente: Ojo Público, 2017).
--	---

Casos Resumen	
Gaseoducto Sur Peruano (GSP)	Resumen
	Este proyecto consta de un sistema de ductos que tiene como fin transportar gas natural y líquidos asociados al sur del Perú. El GSP es adjudicado bajo la modalidad de APP durante el Gobierno de Ollanta Humala (junio del 2014). De acuerdo al contrato, la concesionaria es responsable del diseño, financiamiento, construcción, suministro de bienes y servicios, explotación de los bienes de la concesión, operación, mantenimiento y transferencia de éstos al Estado, al término del plazo del Contrato (34 años). Este proyecto se da en el marco de una legislación de hidrocarburos que otorgó mayores incentivos a las empresas, flexibilizando las condiciones exigidas en la inversión, eliminando la obligación de abastecer el mercado interno y autorizando la libre disponibilidad de divisas (Ley de Actualización de Hidrocarburos del 2000; Decreto Supremo n° 031-2003-EM). La licitación inició en febrero de 2013 y culminó en junio de 2014 con la entrega de la buena pro al único postor, Consorcio Gasoducto Sur Peruano, integrada por Inversiones en Infraestructura de Transporte de Ductos S.A.C, empresa del Grupo Odebrecht y ENAGAS Internacional S.L.U. con una propuesta de US\$ 7.328.654.511.
	Espacios capturados
	Captura de las decisiones públicas: Acusaciones de corrupción - Suscripción de adendas: De acuerdo al registro de ingresos de personas al Despacho Presidencial, se confirmó la visita de altos directivos de Odebrecht el 9 de agosto de 2012. Al día siguiente, el Poder Ejecutivo remitió al Congreso el proyecto de Ley n° 1396/2012-PE que “afianza la seguridad energética y promueve el desarrollo del polo petroquímico en el sur del país”. Este proyecto se materializaría en la Ley n° 29970, que promueve el desarrollo del Sistema de Transporte de Hidrocarburos, flexibiliza estándares ambientales y aprueba el pago de montos bajo concepto de “Afianzamiento de la Seguridad Energética” a cargo de todos los ciudadanos en sus recibos de luz para financiar a los concesionarios beneficiarios.

Continúa en la página siguiente →

	Posteriormente, se produjeron aumentos en el presupuesto destinado a la construcción de esta obra. Sin aparente sustento técnico, el Comité en Seguridad Energética de Proinversión, aprobó US\$ 7.800.000.000 que finalmente sería adjudicado al único postor: Consorcio Gasoducto Sur Peruano, integrada por Inversiones en Infraestructura de Transporte de Ductos S.A.C, empresa del Grupo Odebrecht y ENAGAS Internacional S.L.U. con una propuesta de US\$ 7.328.654.511 superior en US\$ 136.000.000 respecto de la propuesta del Consorcio Gasoducto Peruano del Sur (integrado por las empresas GDS Suez, Tecpetrol, TGP y Semptra). Este Consorcio fue descalificado por Proinversión el mismo día del concurso debido a que minutos antes de la presentación de los sobres -irregularmente y fuera de los plazos -informó del súbito cambio de composición del consorcio (Caretas, 2017). (Fuente: Informe Minoría, 2016; Campodónico, 2007; Convoca, 2017; Ojo Público, 2017; Caretas, 2017).
	Mecanismos de captura Captura corporativa: Conflictos de interés: Existía la obligación de abastecer el mercado interno con el gas extraído hasta por 20 años (DS n° 40-99-EM), sin embargo, mediante el Decreto Supremo n° 031-2003-EM se supeditó dicho criterio a un periodo mínimo definido en el Contrato de explotación. Se señaló la existencia de intereses al interior del Ministro de Energía y Minas, específicamente de quien era ministro (Sr. Hans Flury Royle), quien había sido presidente de la Sociedad Nacional de Minería Petróleo y Energía. Asimismo, el Comité en Seguridad Energética de Proinversión, encargado de evaluar a los postores, se encontraba integrado por personas cuestionadas por supuestos vínculos con la empresa Odebrecht. (Fuente: Ojo Público, 2017; Caretas, 2017).

Casos Resumen

	Resumen
Línea 1 del Metro	La Línea 1 del Metro es un sistema de viaducto elevado que recorre la ciudad de Lima de sur al noreste. Su construcción inició en 1986, durante el primer gobierno de Alan García, y hasta 1990 sólo se había construido un pequeño tramo de 9,2 kilómetros, quedando inconcluso hasta el año 2009. Durante el gobierno de Alejandro Toledo se promulgó la Ley n° 28253, de 12 de julio del 2004, que declaró de necesidad pública la continuación de la ejecución del proyecto de la Línea 1, y la Ley n° 28670, del 26 enero del 2006, que declaró de interés nacional el proyecto de Extensión de la Línea 1 del Tren Urbano de Lima. Mediante Decreto de Urgencia n° 032□2009, de 28 de febrero de 2009, el Poder Ejecutivo presidido por Alan García, encargó al MTC la ejecución de las obras de la Extensión de la Línea 1, además, se facultó a la entidad pública Provías Nacional para realizar una serie de prerrogativas en la ejecución del contrato sin necesidad de contar con el aval de la Contraloría General de la República o del Organismo Regulador en Infraestructura de Transportes (OSITRAN), incluyendo la modificación, vía adenda, del precio unitario propuesto para esa partida en la oferta económica del contratista. Debe recordarse que el desarrollo inicial de este proyecto durante la primera gestión de Alan García (1985-1990) fue objeto de acusaciones de corrupción. Sergio Siragusa Mule, el representante del consorcio Tralima (a cargo de las obras), declaró ante las autoridades italianas y ante la fiscal peruana Flor de María Maita, haber entregado sobornos al ex mandatario entre pagos en efectivo y depósitos en cuentas en el extranjero en la construcción del tren eléctrico de Lima (<i>El Comercio</i>, 2014). Estas investigaciones prescribieron y actualmente no son objeto de discusión judicial (Convoca, 2015).

Continúa en la página siguiente →

	Espacios capturados Captura de la legalidad: Debilidad del regulador / supervisor: Mediante Decreto de Urgencia n° 032-2009, se estableció un proceso especial, paralelo a la Ley de contrataciones del Estado, en el que se facultó a Provías Nacional para realizar una serie de prerrogativas en la ejecución del contrato sin necesidad de contar con el aval de la Contraloría General de la República o de OSITRAN. Esto devino en una serie de irregularidades reflejadas en los altos costos alcanzados en los contratos y adendas. En el caso del tramo 1 de la Línea 1 se cobró US\$ 108.922.950,08 y US\$ 301.674.453,2 en el caso del tramo 2, en ambos casos los montos fueron adicionales a los inicialmente previstos. A su vez, la construcción tampoco pasó por el Sistema Nacional de Inversión Pública gracias al Decreto Supremo 081-2010-EF, que por razones de interés sectorial, local y social exceptúa a este proyecto del cumplimiento de la fase de preinversión del Ciclo del Proyecto, incluida la declaración de viabilidad. (Fuente: Informe Minoría, 2016; Flores, 2015; Convoca, 2015; El Comercio, 2014). Mecanismos de captura Captura corporativa: Acusaciones de corrupción / conflicto de interés: Durante el segundo gobierno de Alan García, el ex Presidente se solía reunir con representantes de las empresas que tenían a su cargo estas obras. Uno de ellos fue Jorge Barata, representante de Odebrecht en el Perú, quien acudió a Palacio hasta en dieciséis oportunidades entre 2006 y 2011, diez de las cuales fueron registradas durante el proceso de licitación que comenzó en setiembre de 2007 y para el cual Odebrecht ya había manifestado su intención de participar. En siete de estas visitas estuvo presente Alan García y en otras dos el representante de la empresa brasileña se reunió con el ex secretario presidencial, Luis Nava Gilbert, quien fundó el estudio Nava y Huesa Abogados, que tuvo entre sus clientes a Odebrecht y a Petrobras. Uno de los encuentros entre Jorge Barata y Alan García se registró el 23 de enero de 2009, seis días antes de la fecha programada para la presentación de propuestas a la convocatoria de licitación, que tuvo como una de las postoras a Odebrecht, que no se presentó al igual que otras compañías porque, según un informe técnico de Proinversión, no pudieron “concretar el financiamiento a largo plazo para la Concesión” y que para lograrlo era “necesario realizar algunas modificaciones en el contrato” así como “mejorar y garantizar las condiciones”. Fue entonces que el gobierno dispuso que la municipalidad transfiera la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico (encargada del proyecto) al Ministerio de Transportes (materializado en el Decreto de Urgencia n° 063-2009). En diciembre del 2016, Odebrecht confesó al Departamento de Justicia de Estados Unidos que pagó US\$ 29 millones en sobornos a altos funcionarios peruanos a cambio de la adjudicación de obras públicas entre 2005 y 2014, y admitió que pagó US\$ 1.4 millones “a un funcionario de alto nivel del gobierno peruano y a miembros del comité de licitaciones” del metro de Lima para ganar la adjudicación”. Actualmente, ex funcionarios del Comité de Licitación del MTC se encuentran con prisión preventiva, mientras que se sigue investigando al ex presidente Alan García. (Fuente: Informe Minoría, 2016; Flores, 2015; Convoca, 2015; El Comercio, 2014).
--	--

Casos Resumen	
Aeropuerto Chinchero	Resumen El contrato fue suscrito durante el Gobierno de Ollanta Humala (julio del 2014), entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Consorcio Kuntur Wasi (integrado por Andino Investment Holding y Corporación América), bajo la modalidad de APP. Establecía que de los US\$ 530 millones que cuesta la obra, el concesionario invertiría 265 millones durante los primeros 5 años y, a partir del sexto año, cuando la obra ya esté terminada, el Estado devolvería durante 15 años el monto invertido. La Contraloría advirtió que en el contrato de concesión había un vacío con respecto de la tasa de interés, pues ésta ascendía a 22%, lo que irrogaba el pago de US\$ 590 millones. En razón de ello es que el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski consideró que el monto era exagerado, por lo que inició negociaciones para la suscripción de una adenda que terminó cambiando la forma de financiamiento de la obra. A fin de evitar el pago de intereses, el Estado pagaría US\$ 265 millones a Kuntur Wasi durante los 5 años que dura la obra y ya no a partir del sexto año. No obstante, bajo esta nueva modalidad, Kuntur Wasi ya no tiene ni el riesgo ni la obligación de conseguir financiamiento porque el Estado le pagaría conforme se avance la obra. Además, en la adenda se estipula que la empresa recibirá un adelanto de US\$ 40 millones que no estaba contemplado en el contrato original. A pesar de estos beneficios, la adenda mantiene el plazo de 40 años de usufructo de la concesión. A su vez, más del 80% del financiamiento del proyecto lo realiza el Estado. Finalmente, luego de un pliego interpelatorio en el Congreso e investigaciones en curso por parte de la Contraloría, el titular del MTC anunció en junio del presente año que el proyecto no iba más.
	Espacios capturados
	Captura de las decisiones públicas: Elegibilidad del proyecto: La Contraloría señaló que la adenda suscrita por el MTC modificó sustancialmente las condiciones de competencia que se utilizaron en la firma del contrato inicial, pues, se produjeron 1) cambios en el esquema de pagos, 2) adelanto de pagos, 3) traslado de cierre financiero y 4) garantías otorgadas por compañías aseguradoras, que no permite mantener el equilibrio económico financiero. Advirtió que existe una variación en la asignación de riesgos financieros, que inicialmente estaban asignados al concesionario (Financiamiento: Concedente = 28,6%; Concesionario = 71,40%), sin embargo, con la Adenda estos riesgos son asumidos en mayor proporción por el Concedente (Financiamiento: Concedente = 80,73%; Concesionario = 19,27%). Acusaciones sobre irregularidades: La Contraloría formó una comisión para auditar el acuerdo, así como el adelanto de US\$ 40 millones que el Gobierno se comprometió a desembolsar para la primera etapa de la obra. Asimismo, el ex ministro de Transporte y Comunicaciones asistió al Congreso para responder un pliego interpelatorio: Tres días después, el 21 de mayo, anunció que el proyecto ya no iba más por falta de apoyo político y los cuestionamientos de la Contraloría. El 24 de mayo, el Congreso acordó otorgarle facultades a la Comisión de Fiscalización y Contraloría para investigar las irregularidades en la negociación de la construcción del aeropuerto de Chinchero. (Fuente: Mendoza, 2015; CGR, 2017; Hurtado, 2017; Adenda, 2017; Idee Radio, 2017; ONPE, 2017; Hildebrandt en sus trece, 2017).

Continúa en la página siguiente →

Mecanismos de captura	
	Captura corporativa:
	Conflictos de interés: De acuerdo con los registros de la Oficina de Supervisión del Financiamiento de las Organizaciones Políticas de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE, 2017), en la primera vuelta de las elecciones presidenciales del año 2011, Carlos del Solar Simpson, apoderado de Andino Investment Holding, empresa que forma parte de la concesionaria Kuntur Wasi, hizo aportes a la campaña del candidato Pedro Pablo Kuczynski. También se cuestionó los vínculos e injerencia que podría tener Ximena Zavala, hermana del premier Fernando Zavala y gerenta de Asuntos Corporativos de Andino Investment Holding, en relación al proceso (Hildebrandt en sus trece, 2017), aspecto también resaltado por el congresista Víctor Andrés Belaunde en una entrevista brindada a <i>Ideele Radio</i> (2017).
	Debido a las irregularidades evidenciadas, la Comisión de fiscalización del Congreso se encuentra investigando las gestiones realizadas tanto por el Presidente como por algunos de sus ministros y ex ministros implicados: Fernando Zavala (ex Premier); Fiorella Molinelli (actual Ministra de Desarrollo e Inclusión Social, ex Viceministra de Transportes que participó en la suscripción de la referida adenda); Martín Vizcarra (ex Ministro de Transportes y Vicepresidente de la República); y, Alfredo Thorne (ex Ministro de Economía y Finanzas). Debe recordarse que en el proceso de evaluación del proyecto de adenda, Patricia Benavente renunció a la presidencia de OSITRAN, tras emitir un voto discordante en la opinión técnica no vinculante emitida por dicha institución (que dio visto bueno a la suscripción de la adenda con los votos de los directores Antonio Balbuena y Alfredo Dammert). Al respecto, la funcionaria señaló que los argumentos favorables a la suscripción de la adenda eran de carácter político antes que técnico (Gestión, 2017). (Fuente: Mendoza, 2015; CGR, 2017; Hurtado, 2017; Adenda, 2017; Ideele Radio, 2017; ONPE, 2017; Hildebrandt en sus trece, 2017).

Casos Resumen	
Rutas de Lima	Resumen
	El 17 de enero de 2013 se suscribió el contrato de concesión bajo la modalidad de APP, entre Rutas de Lima (conformada por Odebrecht, Brookfield y Sigma) y la Municipalidad Metropolitana de Lima, en ese entonces a cargo de Susana Villarán, para la construcción y mejoramiento, durante 30 años, de los tramos de las carreteras Panamericana Norte, Panamericana Sur y Ramiro Prialé. En este contrato original se considera que Rutas de Lima deberá entregar un 4% de lo recaudado en los peajes a la Municipalidad de Lima por concepto de derecho de concesión (Contrato, punto 10.16, 73). Sin embargo, durante la última sesión del Concejo de la gestión actual de Luis Castañeda Lossio (22/12/16), la Municipalidad aprobó un dictamen en el que se manifiesta que realizarán modificaciones al contrato de Rutas de Lima: Entre otras cosas, estableció la entrega del 4% que iba a recaudar en peajes porque la concesionaria utilizaría más recursos que los estimados para liberar zonas para la ampliación de Ramiro Prialé, y también se decidió ampliar la concesión por tres años más. El 29 de diciembre de 2016, Rutas de Lima implementó las garitas y dio inicio al cobro del peaje ubicado en el kilómetro 25,5 de la Panamericana Norte. Una semana después, se desencadenó la protesta de la población al señalar que la tarifa del peaje era excesiva y que la obra no estaba concluida. El Alcalde de Lima respondió que la implementación del peaje estaba previsto en el contrato de concesión. No obstante, finalmente emitió un comunicado señalando que el peaje iba a cancelarse.

Continúa en la página siguiente →

	Espacios capturados Captura de las decisiones públicas: Adendas: La modificación del contrato de concesión original toma como base una reunión del Concejo Municipal de diciembre de 2016 donde no se habría dado un convincente sustento técnico para autorizar que el 4% que percibiría la municipalidad en razón del contrato de concesión pase a cubrir los gastos no previstos de la concesionaria. No se especifica durante cuánto tiempo, ni el monto total al que arribaría el 4% aludido a favor de la concesionaria (Acta n° 64, 15-17). Estas modificaciones se caracterizan por su poca publicidad, lo que impide que asuntos de manifiesto interés público sean debatidos para evaluar la conveniencia de sus modificaciones, por el contrario, las reuniones de Concejo se realizan en puerta cerrada, impidiendo en algunos casos el acceso de la prensa. (Fuente: Marchand, 2017; Contrato, 2013; Acta, 2016; El Comercio, 2017; Ideele, 2017). Mecanismos de captura Captura corporativa: Investigaciones de corrupción: El 27 de noviembre del presente año, el Tercer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria del Sistema Especializado en delitos de corrupción de Funcionarios declaró fundado el pedido de impedimento de salida del país formulado por la fiscalía en el marco de las investigaciones que viene realizándose a la ex alcaldesa de Lima, Susana Villarán y el ex gerente municipal, José Miguel Castro, procesados por el delito de cohecho pasivo propio y lavado de activos. La situación de ambos se agravó luego de los testimonios de Jorge Barata y Valdemir Garreta, este último es dueño de la consultora FX Comunicaciones, y señaló haber recibido aportes de US\$ 3 millones de los fondos de Odebrecht (US\$2 millones) y OAS (US\$1 millón) para pagar servicios publicitarios de la campaña del “No” a la revocatoria el año 2013. A cambio de ello dichas empresas habrían sido favorecidas en los contratos de suscripción de los proyectos viales en las panamericanas Norte y Sur, así como en la carretera Ramiro Prialé (Ideele, 2017). (Fuente: Marchand, 2017; Contrato, 2013; Acta, 2016; El Comercio, 2017; Ideele, 2017).
--	---

En todos estos casos identificamos como espacios capturados las leyes que facilitan la licitación con determinadas empresas o exoneran de requisitos, como en el caso de la Carretera Interoceánica o la Línea 1 del Metro de Lima. Como espacios capturados también se identifican decisiones públicas discrecionales, que se materializan a través del otorgamiento de concesiones cuestionadas o la celebración de adendas polémicas que benefician más a las empresas que al Estado, como en el caso del Aeropuerto Chinchero, el proyecto Rutas de Lima o el Gaseoducto Sur Peruano. De hecho, todos los casos presentados resaltan por el gran número de adendas que cambian el equilibrio contractual con escasa o endeble justificación.

También es posible identificar en estos casos, claros mecanismos de captura corporativa a través de la puerta giratoria y el financiamiento de campañas políticas. Los representantes de la empresa Odebrecht han señalado que no sólo realizaron sobornos en casos específicos como la Línea 1 del Metro de Lima y la Carretera Interoceánica, sino que, además, financiaba las campañas políticas de todos los candidatos presidenciales con opciones electorales, lo que incluye a todos los que han asumido la presidencia de la República desde el año 2001, además de la campaña de la ex alcaldesa de Lima, Susana Villarán, para hacer frente al proceso de revocatoria que sufrió en el año 2013. A la fecha, se realizan investigaciones judiciales sobre todos estos casos, pues el dinero ingresado a estas campañas políticas no habría sido declarado de forma transparente, lo que muestra el poder que tuvo esta empresa durante los últimos dos décadas y cómo su influencia puede explicar un conjunto de decisiones públicas y normas en su favor. Además del financiamiento de campañas políticas, otro mecanismo de captura común en varios de estos casos es el conflicto de interés, que compromete a altos funcionarios que, a la par de tomar decisiones públicas sobre estos proyectos, se encontraban fuertemente vinculados al mismo sector empresarial con el que negociaban o al que beneficiaban con sus decisiones. El caso más grave y paradigmático es justamente el del actual Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski, cuya empresa unipersonal Westfield Capital, recibió constra prestaciones por asesorías financieras de Odebrecht mientras aún era Ministro de Estado y Presidente de Proinversión (recibió transferencias de miles de dólares en los años 2005, 2006 y 2007).

Frente a todos estos casos, era evidente que el diseño legal de las APPs debía ser revisado. Sin embargo, los cambios normativos realizados por el gobierno de Ollanta Humala no tuvieron la claridad suficiente respecto

a la orientación de la reforma. Desde la sociedad civil, el énfasis de la reforma debía ser la corrupción que se habría facilitado con este marco legal, mientras que para las élites tecnocráticas y empresariales la mayor preocupación seguía siendo la demora de procedimientos que traban la inversión.

En efecto, desde el punto de vista del MEF (2017), aunque son conscientes que las renegociaciones pueden re-transferir riesgos al gobierno en una magnitud significativa, el problema no son las renegociaciones por sí mismas, sino que con el proceso de renegociación podrían existir conductas oportunistas, tanto de actores públicos como privados. Además, se enfatiza que algunas renegociaciones surgen por incumplimientos del Estado. Es por ello que, desde esta perspectiva (MEF, 2017), la principal crítica a las adendas tiene que ver con las demoras: la evaluación de una adenda podía demorar de 10 meses a 3 años. Ello generaba retrasos debido a la alta discrecionalidad en el sector público y la ineficiente coordinación en el Estado. Otra crítica oficial (MEF, 2017) a este marco legal fue el diferente tratamiento procedimental a los distintos tipos de APPs¹⁷, a diferencia de México, Chile y Colombia, donde todas tendrían un mismo procedimiento. También relacionado a la falta de simplificación administrativa, se menciona cómo en el 2015 la capacidad de los sectores estatales y Proinversión para procesar las APPs fue desbordada, lo que se agudizó con las demoras de los sectores en la formulación y la falta de coordinación con instancias sub-nacionales, así como la falta de terrenos definidos para el desarrollo de proyectos. Finalmente, argumentaban que debido especialmente a la dispersión normativa, muchos proyectos no estaban alineados con los objetivos del Estado, pero en especial, no se regían por los principios de gobernanza pública en APPs de la OCDE.

La reforma institucional llevada a cabo en el 2015 fue apoyada en el más alto nivel político (Presidencia de la República, Ministerio de Economía y Finanzas, y Presidencia del Consejo de Ministros), y sobre la base de un consenso tecnocrático sobre las bondades del “destrabe”, excluyendo la deliberación pública al ser implementada mediante decretos. No obstante, la sociedad civil, algunos académicos y la Contraloría General de la República tenían otras preocupaciones. Luego de evaluar el marco legal de las APPs hasta el año 2015, se discute cómo las adendas o modificaciones contractuales facilitan la corrupción o distorsionan el reparto equitativo de

17 Iniciativa Estatal Autosostenible, Iniciativa Privada Autosostenible, Iniciativa Privada Cofinanciada, Iniciativa Estatal Cofinanciada.

riesgos en las APPs. El 62% de contratos de APPs han sido renegociados y el 85% de adendas se han suscrito antes del quinto año (Guasch *et al*, 2016; MEF, 2017). Según la Contraloría (2015), entre el 2000 y el 2013, se han realizado un total de 103 adendas a los contratos suscritos durante dicho periodo. El 46% de 39 adendas fueron suscritas antes de los 3 años de firmado el contrato y un 85% antes de los 5 años. En dicho contexto, es común que las empresas manipulen las bases del contrato o hagan ofertas agresivas con propuestas que son deliberadamente inviables para ganar las concesiones (Guasch, 2017a). Los proyectos para evitar la corrupción se estructuran con un factor de competitividad a variable única, que implica que presentan un sobre técnico donde muestran su experiencia y otros factores, y gana quien presenta la menor tarifa. El problema es que la estrategia de algunos inversionistas, como en el caso Chinchero, es presentar ofertas temerarias o muy bajas para garantizar que se le adjudique el proyecto, pese a que con ese monto perderían dinero. La lógica es renegociar el contrato al poco tiempo de haber sido firmado el acuerdo. Así, si bien existen adendas que son justificadas (por ejemplo, ante la demora del Estado en entregar terrenos necesarios para el proyecto), otras serían oportunistas, lo que facilita la corrupción (Guasch, 2017a; Baca, 2017).

Estas dos orientaciones reflejan la tensión entre, por un lado, las prioridades de destrabe y aceleración de las inversiones y, por otro lado, la necesidad de agudizar los controles limitando incluso el desarrollo de los proyectos. Desde una perspectiva de la captura, es preciso comprender cómo esta tensión se mantiene en el actual marco regulatorio y cómo se perenniza el fenómeno de la captura a través de aquel.

4. Sección cuarta:

¿Reglas duras o flexibles? Captura y marco regulatorio de las asociaciones público-privadas

Cuando mencionamos los elementos de la captura, identificamos que en el caso de la política de promoción de la inversión privada se configuraba el elemento formal, pues el desarrollo normativo sobre la materia se había realizado a través de decretos, sin suficiente deliberación pública. El elemento sustancial es el más difícil de identificar, pues requiere conocer el grado de influencia de los actores en las políticas y leyes aprobadas. Muchas veces el acceso directo a la información y la opinión de estos actores es muy difícil, por lo que se requiere recurrir a otros factores complementarios que permitan comprender la existencia de esa influencia. Para ello, además de realizar entrevistas informales con algunas personas involucradas en el diseño legal de las APPs desde el Estado y el mundo empresarial, hemos analizado todos los documentos de investigación y artículos académicos que abordan directamente el marco legal de las APPs en los últimos 6 años (un total de 9¹⁸), con el objeto de demostrar la existencia de una captura cognitiva, es decir, que los actores claves comparten los mismos criterios, orientaciones e ideología cuando abordan el tema de las APPs.

18 Zúñiga, L. (2016). "El diseño legal de las concesiones cofinanciadas en el Perú". *Círculo de Derecho Administrativo*, n° 74, 107-123; Tantaleán Leong, M. (2016). "Una mirada al escenario nacional e internacional de las Asociaciones Público Privadas". *Círculo de Derecho Administrativo*, n° 16, 201-215; Mercado, E. y Abusada, F. (2015). "Asociaciones Público Privadas (APP): Entre lo Público y lo Privado-El Empresario como Cogobernante". *Derecho y Sociedad*, n° 45, 101-109; Martín Tirado, R. (2009). "Balance y perspectivas del régimen de las iniciativas privadas en el Perú". *Círculo de Derecho Administrativo*, n° 8, 341-352; Bravo Orellana, S. (2012). "Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú". *Círculo de Derecho Administrativo*, n° 12, 197-208; Rodríguez, S. y Castañeda, M. (2016). "Concesiones eléctricas: Una propuesta para mejorar su financiamiento". *Círculo de Derecho Administrativo*, n° 16, 191-200; Cárcamo, E., Guarnizo, A., Mendoza, M., Pajares, C. y Vignolo, G. (2015). *Asociaciones público-privadas en el sistema penitenciario. Una alternativa de solución para la inseguridad en el Perú*. Lima, Perú: Esan; Huapaya, R., Bravo, S. y Marangunich, H. (2001). Mesa Redonda: "Inversión privada vs. Regulación en Infraestructura. ¿Qué hace y qué no hace el Estado para atraer Capital Privado?". *Derecho y Sociedad*, n° 36, 173-185; Entrevista: Muñoz Lazo, P. (2013). "Una visión de las Asociaciones Público-Privadas desde Proinversión". *Círculo de Derecho Administrativo*, n° 13, 399-407.

Esto no quiere decir que no existe oposición tanto desde sectores académicos, la sociedad civil y el propio Estado. La sociedad civil, a través de ONGs como Propuesta Ciudadana, ha difundido reportes y pronunciamientos sobre la corrupción en las APPs, mientras que algunos académicos han realizado trabajos críticos sobre el tema. Sin embargo, académicos críticos y las voces de la sociedad civil se encuentran usualmente al margen de las decisiones de política pública. En el propio Estado, las voces disidentes como la de la ex Presidenta del Organismo Superior de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (que dio una opinión disidente sobre la adenda del contrato del Aeropuerto Chinchero) terminan siendo excluidas del aparato público.

Más bien, los actores más influyentes en el diseño de políticas públicas, desde gremios empresariales como la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN) (que ha promovido y defendido fuertemente las APPs) y la mayoría de expertos, forman un núcleo de pensamiento único, con muy pocos matices o atisbos de crítica. Así, hemos encontrado como características generales de estos trabajos un enfoque mayormente descriptivo, poca preocupación por el problema de la corrupción, y el desarrollo de un énfasis en propuestas de agilización de procedimientos y promoción de la actividad privada. Además, podemos observar que casi todos los autores y coautores de estos trabajos (15 en total) se ubican en el ámbito de la academia, al mismo tiempo que en estudios de abogados y consultoras, mientras que más de la mitad ocupan o han ocupado cargos en el sector público relacionados en la materia. Este dato es importante porque muestra cómo el conocimiento experto que comparte determinados énfasis se encuentra engranado entre la academia, el sector privado y el Estado, configurando un marco conceptual cerrado donde los espacios de crítica son reducidos o inexistentes. Así, las pocas críticas han venido más de organizaciones de la sociedad civil o se han referido más a (importantes) aspectos metodológicos antes que a los fundamentos legales y políticos de la regulación en esta materia.

La evidencia más importante de la existencia de cierto grado de captura en este ámbito es la regulación vigente. Apesar de que los casos emblemáticos reseñados (Cuadro 5) muestran problemas regulatorios profundos, como la permisividad frente al conflicto de interés o la discrecionalidad en la realización de adendas, los cambios recientes sobre la normativa de APPs no abordan convincentemente estas cuestiones de fondo. Ello es particularmente preocupante, porque eventos políticos de gran magnitud suelen ser detonantes de grandes cambios en las políticas públicas.

En Estados Unidos, la crisis financiera y los escándalos de corrupción, generaron el debilitamiento de la captura intelectual o cognitiva, y llevó a transformar el marco regulatorio (Baker, 2010). Este no es el caso en el Perú, donde la captura cognitiva y de la legalidad sería tan fuerte que, a pesar de los escándalos y la crisis de corrupción en APPs, se mantiene un ambiente intelectual dominante acrítico y un marco regulatorio flexible.

Así, durante los últimos meses de mandato del presidente Ollanta Humala (en pleno auge del discurso de “aceleración económica” y lucha contra la tramitología), se aprueba el Decreto Legislativo n° 1224 (septiembre del 2015). Este decreto tuvo por objetivo fortalecer el marco institucional de las APPs¹⁹, creando el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, como un sistema público funcional que define las funciones de las distintas entidades públicas que interactúan para la promoción de este tipo de inversión en todo el país. Se establece que Proinversión es el Organismo de Promoción de la Inversión Privada (OPIP) para proyectos de relevancia nacional, y los ministerios, gobiernos regionales y locales también son OPIP y sus funciones son ejercidas a través de los Comités de Promoción de la Inversión Privada (unidades integradas por altos funcionarios de estas entidades), que coordinan con Proinversión. Estos comités elaboran el informe multianual de inversiones, el cual identifica proyectos con potencial de APP para los próximos 3 años, brindando señales al mercado sobre las prioridades públicas. Finalmente, se establece un solo proceso de APPs con las siguientes fases: planeamiento y programación, formulación, estructuración, transacción y ejecución contractual.

El actual gobierno de Pedro Pablo Kuczynski bajo la ideología del “destrabe” y el argumento de la necesidad de “reactivación económica”, aprovechó el otorgamiento de facultades legislativas para ajustar este marco legal a través del Decreto Legislativo n° 1251 (de noviembre del 2016) y mediante la modificación del reglamento (Decreto Supremo

19 Este marco institucional incluye una Política Nacional de Promoción de la Inversión en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (aprobada por Decreto Supremo n° 077-2016-EF), el Reglamento de la Ley n° 1224, aprobado por Decreto Supremo n° 410-2015-EF y modificado por Decreto Supremo n° 410-2017-EF; Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas (aprobado por Resolución Directoral n° 002-2016-EF/68.01; Lineamientos para la Aplicación de los Criterios de Elegibilidad de los Proyectos de Asociaciones Público Privada (aprobado por Resolución Directoral n° 004-2016-EF/68.01; y, Lineamientos para el Desarrollo de las Fases de Formulación y Estructuración en los Proyectos de Asociaciones Público Privadas (aprobado por Resolución Directoral n° 005.2016-EF/69.91).

n° 068-2017-EF), afirmando la necesidad de fortalecer Proinversión y optimizar los procedimientos para agilizar inversiones (Exposición de Motivos, 2016). De acuerdo al MEF (2017), este nuevo marco legal se encuentra a la vanguardia en Latinoamérica al establecer procesos más ágiles y transparentes. Así, el entonces ministro de Economía y Finanzas, Alfredo Thorne, afirmó que los cambios se resumen en dos pilares: 1) Integridad y transparencia para garantizar la protección de los intereses de todos los peruanos y 2) Eficiencia para la mejora de calidad y cantidad de adjudicaciones. En realidad, los cambios se refieren principalmente a la gobernanza de Proinversión y la agilización de inversiones.

Entre los cambios referidos a la gobernanza, se menciona la especialización y la autonomía, por la cual se separan las funciones de Proinversión y MEF para eliminar indefiniciones que retrasen proyectos (MEF, 2017). Proinversión pasa de ser de Organismo Ejecutor a Organismo Técnico Especializado, lo que implica autonomía y capacidad normativa (la posibilidad de emitir directivas técnico-normativas de aplicación obligatoria a todas las entidades sobre el proceso APP), además de encargarse de la gestión de proyectos de relevancia nacional, otorgar conformidad al Endeudamiento Garantizado Permitido (EGP), cierre financiero y conducir una evaluación conjunta de adendas en el periodo inicial del proyecto. El MEF se encarga del análisis macro (riesgos, cofinanciamiento, garantías, valuación de pasivos contingentes, etc.), que incluye proponer el Plan Nacional de Infraestructura.

El nuevo Consejo Directivo está compuesto por el Ministro de Economía y Finanzas, dos Ministros con la cartera con mayor valor monetario y se incluyen tres miembros del sector privado (art. 37.4; art. 5-B Reglamento), con lo que se buscaría asegurar decisiones menos “políticas” y cortoplacistas. Se prevé además el manejo de conflictos de interés a través de impedimentos y abstenciones y la sujeción a rendición de cuentas. Al respecto, el Consejo debe emitir un reporte de avances cada tres meses para el Presidente de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros y el MEF (art 37.7). Se establece además que cada contrato tenga una cláusula anticorrupción. No obstante, se busca evitar la inacción de los funcionarios por temor a las consecuencias legales, permitiendo que Proinversión pueda contratar seguros de responsabilidad administrativa, civil y penal para los funcionarios que toman decisiones (salvo que actúen con dolo o negligencia) (art. 38-A), y ratificando la discrecionalidad de las decisiones durante el proceso APP (art. 5, Seg. D. Com. Final de la Ley). El

Consejo Directivo nombra también Comités Especiales de Inversiones con la finalidad de realizar una revisión independiente de los proyectos.

Respecto a los cambios referidos a la agilización de inversiones, el MEF (2017) resalta el destrabe de las Iniciativas Privadas Cofinanciadas (IPC), al posibilitar que la formulación y declaratoria de viabilidad esté a cargo del Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local (art. 34), mientras que Proinversión se encarga de elaborar el Informe de Evaluación y de los demás componentes APP (art. 34) (análisis de riesgos; mecanismo de pago; evaluación económico-financiera). Además, se prevé mejorar la calidad de proyectos que salen al mercado al desvincular la estructuración de la transacción, por lo que las entidades emiten opiniones a la primera versión del contrato, y de haber modificaciones en la versión final, nuevamente se solicita opinión. Se toman estas medidas argumentando que los proyectos que salen a los mercados mal diseñados o sin estudios completos, demoran hasta tres años para iniciar su ejecución y son un pretexto para que los concesionarios soliciten renegociaciones que generan más demoras.

Se plantea también la mejora de la regulación de la evaluación de ofertas, estableciendo la posibilidad de que Proinversión incluya en las bases mecanismos para contrarrestar la presentación de “ofertas temerarias” en los concursos (art. 20, 23). Además, se propone como responsabilidad de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Locales el inicio temprano del proceso de adquisición, expropiación y liberación de predios y áreas necesarias para el proyecto, para lo cual puede destinar una partida presupuestal antes que se declare la viabilidad del proyecto (art. 14.3, Primera Disp. C. Final de la Ley; art. 16.2 Reglamento). Otro punto es que Proinversión participará en el Cierre Financiero mediante la revisión de los documentos del Endeudamiento Garantizado Permitido, Cierre Financiero o análogos (art. 25). Así se internaliza en Proinversión los costos de un mal diseño de contrato.

Finalmente, se limitan las causales para realizar adendas. El nuevo marco legal establece que dentro de los primeros 3 años no pueden suscribirse adendas salvo que se trate de: 1) La corrección de errores materiales; 2) Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto (como crisis financiera internacional y conflictos sociales); 3) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato. De esta

forma, se elimina la causal general de “requerimientos sustentados en los acreedores permitidos”, que se encontraba en la normativa previa.

Estos cambios responden más a una forma de regulación flexible basada en incentivos, que a reglas imperativas de comando y control. Así, en materia de modificaciones contractuales, se establecen causales que repiten en mucho las que ya existían, y que pueden ser también objeto de decisiones discrecionales (como la “precisión de aspectos operativos”). La estrategia es tener proyectos mejor estructurados, que reduzcan la necesidad de adendas y que sean publicitados para el escrutinio público (Guasch, 2017b) en lugar de contar con límites y prohibiciones, como establecer que las adendas no puedan modificar en más de 10% el costo del contrato original; que la asignación de riesgos no pueda ser modificada; que el número máximo de adendas sea de tres por cada parte; o establecer la imposibilidad de modificación contractual antes de los tres años de la suscripción del contrato salvo razones excepcionales claramente delimitadas (Campodónico, 2017). Más bien se establece la “evaluación conjunta”, como una etapa en la que todas las entidades con competencias para dar opinión previa se reúnen para evaluar el proyecto de adenda. Lo que buscaría, antes que reforzar los controles, evitarlos, pues las entidades no tendrían la autonomía para evaluar posteriormente si es que participaron en la evaluación conjunta. Asimismo, se permite explícitamente que la modificación contractual desvirtúe el objeto del proyecto original o aumente más del 15% del Costo Total, dejando a discrecionalidad de la entidad negociar la modificación o realizar un nuevo proceso de selección (art. 56.2 Reglamento).

A ello se agrega que la actuación del organismo regulador sigue siendo débil, pues su opinión previa no es vinculante. Es lo mismo para el caso de la Contraloría, que emite un informe de carácter no vinculante y sólo está referido a la capacidad financiera del Estado (art. 57.6 Reglamento). De esta forma, la decisión sobre la adenda recae en los propios órganos promotores de la inversión (MEF, Proinversión y los sectores o Gobiernos regionales o locales), e incluso si es que el MEF no brinda su opinión en el plazo de 10 días se entiende que se encuentra a favor de la modificación (art. 57.4 del Reglamento). Así, bajo un enfoque de incentivos y autorregulación, se privilegia el control posterior sobre los controles previos, algo que podía haberse discutido más, teniendo en consideración cómo varios de los proyectos de APPs involucran millones de soles por componendas, irregularidades y actos de corrupción que no fueron identificados cuando se realizaron las modificaciones contractuales.

Esta forma de regulación privilegia y beneficia intereses privados, asumiendo que ésta es la mejor forma de alcanzar fines públicos. De esta manera, se mantienen mecanismos muy discutibles como el Certificado de Avance de Obra (CAO) y el Pago Anual por Obra (PAO), que son de los más generosos del mundo, para el repago de la inversión (Guasch, 2017b; Campodónico, 2017). En vez de recuperar los costos durante el periodo de vida del proyecto (de acuerdo a la propia naturaleza de las APPs), a través de estos mecanismos el Estado le va pagando con un bono (que tiene garantía soberana) a la APP, a medida que va avanzando las obras, incluso si es sólo el 10%. Beneficiando a las empresas que no tienen que preocuparse en asegurar financiamiento, y perjudicando al Estado, pues invierte sin tener certeza de que se cerrarán realmente las brechas sociales y económicas.

El nuevo marco legal mantiene, en el fondo, la premisa de que la inversión privada siempre es mejor que la obra pública. Este es justamente el consenso ideológico sobre el que se basa toda la arquitectura legal de las APPs. Así, se abandona la práctica internacional del Comparador Público-Privado (CPP), que establece una metodología cuantitativa para definir la alternativa de mejor calidad a menor costo entre inversión pública o inversión privada para desarrollar grandes obras de infraestructura. El CPP se sustituye por unos “criterios de elegibilidad” muy generales y difusos, que tienen carácter cualitativo, lo que hace inviable realmente evaluar la opción de la obra pública (Alarco, 2017). Otro elemento que expresa esta orientación es que el Consejo Directivo de Proinversión esté integrado por representantes del sector privado, quienes tendrían poder de decisión directa sobre asuntos y recursos públicos (Campodónico, 2017). Este tema es particularmente delicado pues como observamos (ver Cuadro 5), la puerta giratoria por la cual funcionarios públicos tienen fuertes vínculos con el sector empresarial, se encuentra a la zaga de la mayoría de casos emblemáticos de corrupción o irregularidades de APPs, generando profundos conflictos de interés en la toma de decisiones públicas. En lugar de regular esta situación, que se ha vuelto inherente y problemática en la gestión pública en el Perú, se profundiza el problema. La nueva conformación del Consejo Directivo de Proinversión legaliza la puerta giratoria y solo se establecen como medidas de contingencia la transparencia y supuestos discrecionales de abstención, en vez de establecer mecanismos específicos que limiten o eviten el conflicto de

interés²⁰.

En dicho contexto, el marco regulatorio parece tanto reflejar la captura como facilitarla, pues sus fundamentos y reglas tienden a beneficiar a (y sustentarse en) los intereses privados por sobre los públicos. Los mecanismos de incentivos y autorregulación reconocen reglas de transparencia, pero enfatizan la fe en el *expertise* tecnocrático, los controles posteriores, la discrecionalidad y la flexibilidad de reglas por sobre soluciones inspiradas en modelos de comando y control, que enfatizan la deliberación democrática, los controles previos y la rigidez de reglas imperativas. Entre el dilema de acelerar las inversiones, tolerando la posibilidad de irregularidades y corrupción, frente a ralentizar un poco estas inversiones estableciendo mayores controles, el Estado ha asumido la primera opción, dando suficientes elementos como para considerar que la política y el marco regulatorio en este ámbito se encuentra capturado.

20 Debido a la frecuencia de la “puerta giratoria” durante el gobierno de Fujimori, en 1998 se emitió una Ley que exigía a los funcionarios públicos de alto nivel esperar un año antes de entrar al sector privado. La norma no tuvo impacto en la práctica y fue reemplazada en el 2003 por una Ley de Gestión de Intereses que obliga al registro de aquellos que realizan esta actividad, la cual tampoco ha tenido mayor impacto pues la mayoría de estas gestiones se siguen realizando en la sombra (Crabtree y Durand, 2017). En realidad, la gestión de intereses y la puerta giratoria siguen careciendo de una regulación comprehensiva y sólida.

5. Sección quinta:

Consideraciones finales.

Para comprender el fenómeno de la captura en el ámbito de las APPs, partimos de su configuración conceptual, señalando que ella puede entenderse como la influencia desmedida de poderes privados sobre la producción de políticas, decisiones gubernamentales y marcos normativos. Para determinar cuándo esta influencia es desmedida o injusta, señalamos que se requieren identificar dos elementos. Un elemento formal, referido al hecho de que el proceso de formalización de estas decisiones se realiza sin suficiente escrutinio democrático, y un elemento sustancial, referido al hecho de que estas decisiones benefician a grupos privados, en razón de que el proceso mediante el cual se diseñan estas políticas se sustenta en reglas flexibles de puerta giratoria y financiamiento de campañas políticas (captura corporativa) o en un consenso tecnocrático que excluye visiones críticas (captura cognitiva o ideológica).

El marco normativo de promoción de la inversión privada en el Perú se sustenta en la regulación por decreto, esto quiere decir, que no ha sido objeto de discusión pública ni de escrutinio democrático, sino que se ha sustentado exclusivamente en la fe en el *expertise* tecnocrático, lo que configura el requisito formal para evaluar la existencia de captura. Por otro lado, este marco se sustenta en un consenso de élites académicas, empresariales y tecnocráticas, según el cual las reglas flexibles y la autorregulación son las únicas fórmulas a implementar en lugar de reglas estrictas y de control.

Además, como se observa en los casos emblemáticos de APPs cuestionadas, como el de la Carretera Interoceánica, Aeropuerto Chinchero, entre otros, altos funcionarios públicos se encuentran fuertemente vinculados al sector privado, generando situaciones de conflicto de interés. El hecho de que el actual Presidente de la República exprese exactamente esta situación, al haber intervenido en la aprobación de normas y toma de decisiones públicas a favor de empresas que posteriormente asesoró, muestra la gravedad del asunto y sugiere que el marco legal se encuentra, en cierta medida, capturado.

De hecho, la reciente reforma legal de las APPs ha consolidado la captura al legalizar la puerta giratoria en el Consejo Directivo de Proinversión,

mantener la alta discrecionalidad para la suscripción de adendas, entre otros varios puntos que expresan una orientación según la cual la agilización de las inversiones debe priorizarse a costa de tolerar más situaciones de conflicto de interés y corrupción. Desde esta perspectiva, no importa que el crecimiento y la estabilidad económica se apoye en una legalidad e institucionalidad capturada, precaria democráticamente y sometida a decisiones públicas oportunistas, injustas y en algunos casos ilegales.

De esta forma, el poder de la legalidad que debería sustentarse en la deliberación democrática, la igualdad ante la Ley, los valores públicos y el bien común, se convierte en la Ley de los poderosos, una legalidad marcada por la opacidad, beneficio de intereses particulares y aprovechamiento injusto o ilícito del Estado. Esta es la legalidad que, en el ámbito de la política de la inversión privada, ha organizado las relaciones económicas y sociales en el país, y es un factor clave para entender la crisis política que se vive en la actualidad, marcada por la corrupción a gran escala y el conflicto de interés en grandes proyectos de inversión.

Para enfrentar esta situación, el primer paso es fomentar espacios de discusión y deliberación pública y, a partir de allí, discutir medidas específicas y estructurales. Dentro de las medidas específicas se incluyen reglas más estrictas sobre control previo e intervención de la Contraloría General de la República y el Organismo regulador, además de limitar las modificaciones contractuales y promover mayor participación de la sociedad civil en la supervisión de estos procesos. Se incluye, además, la reevaluación de mecanismos como los pagos anticipados, la conformación del Consejo Directivo de Proinversión y la metodología de elegibilidad de proyectos. Las medidas de carácter más estructural escapan del objeto de este trabajo y tienen que ver con la reforma del sistema de partidos políticos, de tal manera que se limite el financiamiento privado a las campañas políticas, y con la articulación real del proceso de inversiones con las prioridades de desarrollo establecidos en planes estratégicos nacionales y regionales que debieron ser realizados de manera participativa. Estas cuestiones se enfocan en asegurar procesos de inversión realmente democráticos y justos, limitando el abuso que hacen algunos actores de un sistema que tiende a beneficiarlos.

Referencias bibliográficas

Abogado de PPK es socio de estudio allanado por Sobornos del Caso Odebrecht. (17/5/17). *Ojo Público*. Recuperado de <https://ojo-publico.com/436/abogado-de-ppk-es-socio-de-estudio-allanado-por-caso-odebrecht>.

Akitoby, B., Hemming, R. y Schwartz, G. (2007). *Inversión pública y asociaciones público-privadas*. Washington D. C., EE.UU.: Fondo Monetario Internacional.

Alarco, G. (2017). "Contexto, ventajas-desventajas y temas pendientes de las APP en el Perú". *Foro Público Participación del sector privado en la inversión pública: las asociaciones público-privadas (APP)*.

Alegre, M. (2010). "Democracia sin Presidentes". En Gargarella, R. (Coord.). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Alborta, G., Stevenson C. y Triana, S. (2011). *Asociaciones público privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro*. BID, Documento de Debate IDB-DP-195.

Amnistía Internacional. (2017). *Informe 2016/17*. Londres, Inglaterra: Amnistía Internacional.

Baca, E. (2017). "Las asociaciones público privadas: ¿beneficio público o negocio privado?". *Nota de Información y Análisis, Propuesta Ciudadana*. Recuperado de <http://propuestaciudadana.org.pe/wp-content/uploads/2017/01/NIA-14-2017-Las-APP-Beneficio-p%C3%BAblico-o-negocio-privado.pdf>.

Bagashka, T. (2014). "Unpacking Corruption: The Effect of Veto Players on State Capture and Bureaucratic Corruption". *Political Research Quarterly*, vol. 67, n° 1, 165-180.

Baker, A. (2010). "Global economic governance in transition". *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, vol. 86, n° 3, 647-663.

Banco de Desarrollo de América Latina. (2013). *Carretera Interoceánica Sur del Perú: Retos e Innovación*. Bogotá, Colombia: Corporación Andina de Fomento (CAF).

Banco Interamericano de Desarrollo. (2016). *Asociaciones Público Privadas en Perú: Análisis del Nuevo Marco Legal*. Lima, Perú: Instituto Interamericano para el Desarrollo Económico y Social-INDES, Fondo Multilateral de Inversiones-FOMIN, Ministerio de Economía y Finanzas.

Becker, G. (1995). "If You Want To Cut Corruption, Cut Government". *Bloomberg*. Recuperado de <https://www.bloomberg.com/news/articles/1995-12-10/if-you-want-to-cut-corruption-cut-government>

Bernstein, M. (1955). *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton, EE.UU.: Princeton University Press.

Broadman, H. y Recanatini, F. (2002). "Corruption and Policy: Back to the Roots". *Policy Reform*, vol. 5, 37-49.

Buiter, W. (2008). "Lessons from the global financial crisis for regulators and supervisors". *Paper presented at the conference "The Role of Money Markets"*, jointly organised by Columbia Business School and the Federal Reserve Bank of New.

Campodónico, H. (20/2/17). "Las APP se merecen una moratoria". *La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/1017125-las-app-se-merecen-una-moratoria>.

Campodónico, H. (2007). *Gestión Mixta y privada en la industria de hidrocarburos. División de Recursos Naturales e Infraestructura*. Santiago de Chile, Chile: CEPAL-GTZ.

Cárdenas, J. (2016). "Why do corporate elites form cohesive networks in some countries, and do not in others? Cross-national analysis of corporate elite networks in Latin America". *International Sociology*, vol. 31, n° 3, 341-363.

Cárdenas, J. (2014). *El poder económico mundial: análisis de redes de interlocking directorates y variedades de capitalismo*. Madrid, España: Centro de Investigaciones Sociológicas.

Carey, J. y Shugart, M. (1998). "Calling out the tanks or filling out the forms?". En Carey, J. y Shugart, M. (Eds.), *Executive Decree Authority*. New York, EE.UU.: Cambridge University Press.

Caso Villarán: Lo que delató Jorge Barata. (23/11/17). *Idee Radio*. Recuperado de <https://idl-reporteros.pe/caso-villaran-lo-que-delato-jorge-barata/>

Contraloría General de la República. (2017). *Resumen Ejecutivo. Informe de Auditoría n° 265-2017-CG/MPROY-AC: Auditoría de cumplimiento al Ministerio de Transporte y Comunicaciones, al Ministerio de Economía y Finanzas, y al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público*. Lima, Perú: Gerencia de Estudios y Gestión Pública.

Contraloría General de la República. (2015). *Estudio sobre las Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en el Perú*. Lima, Perú: Gerencia de Estudios y Gestión Pública.

Contrato de concesión del proyecto Vías Nuevas de Lima. Suscrito ante Notario Público. (9/1/13). Recuperado de http://rutasdelima.pe/pdf/contrato_concesion.pdf

Crabtree, J. y Durand, F. (2017). *Perú: Élite del poder y captura política*. Lima, Perú: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.

Custos, D. y Reitz, J. (2010). "Public Private Partnerships". *The American Journal of Comparative Law*, n° 58, 555-584.

Dahl, R. (1961). *Who Governs? Democracy and Power in an American City*. New Haven, London: Yale University Press.

Delebayo, O. (2013). "The Dilemma of Public-Private Partnerships as a Vehicle for the Provision of Regional Transport Infrastructure Development in Africa". *The Law and Development Review*, volume 6, n° 2, 3-28.

DESCO. (2012). *Perú hoy. La gran continuidad*. Lima, Perú: Desco.

Domhoff, W. (1967). *Who Rules America? Power and Politics in the Year 2000*. EE.UU.: Mayfield.

Dourojeanni, M. (2006). *Estudio de Caso sobre la Carretera Interoceánica en la Amazonía Sur del Perú*. Lima, Perú: DAR-BIC.

Durand, F. (2016). *Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú. Cuando el poder extractivo captura El Estado*. Lima, Perú: Oxfam.

El origen legal del gasoducto del Sur se dio tras visita de Marcelo Odebrecht y Barata a Palacio de Gobierno. (17/2/17). *Convoca*. Recuperado de <http://convoca.pe/especiales/lava-jato-y-castillo-de-arena/el-origen-legal-del-gasoducto-del-Sur-se-dio-tras-visita-de-marcelo-Odebrecht-y-barata-a-palacio-de-Gobierno/>

Entrevista a Eleodoro Mayorga, ex ministro de Energía y Minas. (3/2/2017). *Caretas*, Recuperado de http://caretas.pe/sociedad/78310-caso_gasoducto_____fue_un_gran_desconcierto_____.

Epstein, R. (1984). "Toward A Revitalization of the Contract Clause". *University of Chicago Law School*, vol. 51, n° 3, 703-51.

Dabla-Norris, E., Kochhar, K., Nujin Suphaphiphat, N., Ricka, F. y Tsounta, E. (2015). *Causes and Consequences of Income Inequality: A Global Perspective*. International Monetary Fund.

Entrevista a Víctor Andrés Belaunde (23/2/17). *Idee Radio*. Recuperado de <http://www.ideeleradio.org.pe/lo-mas-visto/garcia-belaunde-fotografia-comprueba-que-vicepresidente-de-kuntur-wasi-si-financio-campana-de-ppk/>

Etzioni, A. (2009). "The Capture Theory of Regulations- Revisited", vol. 46, n° 4, 319-323.

Exposición de Motivos. (2016). *Decreto Legislativo n° 1251. Decreto Legislativo que modifica el DL n° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos*. Recuperado de http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivos_1251.pdf

Fairfield, T. (2015). *Private Wealth and Public Revenue in America Latina*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ferreira Rubio, D. y Goretti, M. (1998). "When the President Governs Alone. The Decretazo in Argentina". En Mainwaring y Shugart. (Eds.). *Executive Decree Authority*. Cambridge: Cambridge University Press.

Flores, G. (20/8/15). "La vía legal del millonario Tren de Odebrecht", *Convoca*. Recuperado de <http://convoca.pe/investigaciones/la-legal-del-millonario-tren-de-Odebrecht>.

Gargarella, R. (2010). "«Piedras de papel» y silencio: La crisis política argentina leída desde su sistema institucional". En Gargarella, R. (Coord.). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Gargarella, R. (2017). "Pensar sobre la democracia, discutir sobre los derechos". *Nueva Sociedad*, n° 167, 101-113.

Glinavos, I. (2008). "Neoliberal Law: Unintended Consequences of Market-friendly Law Reforms". *Third World Quarterly*, vol. 29, n° 6, 1087-1099.

Grzymala-Busse, A. (2008). "Beyond Clientelism Incumbent State Capture and State Formation". *Comparative Political Studies*, vol. 41, n° 4/5.

Guasch, J., Benitez, D. Portabales, I., y Flor, L. (2016). "The renegotiation of public private partnerships contracts (ppp): an overview of its recent evolution in Latin America". *Revista Chilena de Economía y Sociedad*, Junio, 42-63.

Hall, D. (2015). *Por qué las asociaciones público-privadas (APPs) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública*. Reino Unido: Public Services International Research Unit.

Horsfall, D. (2010). "From competition state to competition states?". *Policy Studies*, vol. 31, n° 1, 57-76.

Hurtado, C. (30/1/17). "Los (pobres) números de AIH, socio de Kuntur Wasi en Chinchero", *El Comercio*. Recuperado de <http://elcomercio.pe/economia/dia-1/pobres-numeros-aih-socio-kuntur-wasi-chinchero-161787>

Informe en Minoría. (2016). *Comisión Investigadora encargada de investigar el pago de presuntas coimas a funcionarios peruanos por parte de empresas brasileñas Odebrecht, Camargo Correa, OAS, Andrade Gutiérrez, Queiroz Galvao y Otras, desde el inicio de sus actividades hasta la fecha, por cualquier forma de contrato con el Estado peruano*. Lima, Perú: Congreso de la República del Perú.

Klimina, A. (2009). "Toward an Evolutionary-Institutionalist Concept of State Capture: The Relevance of Kaleckian Analysis of Non-Equilibrium Dynamics". *Journal of Economic Issues*, vol. XLIII, n° 2.

Lacina, P. (2009). "Public-Private Road Building in Latin America: Legal Advances and Challenges". *Law and Business Review of the Americas*, vol.15, n°3, 661-669.

La vía legal del millonario tren de Odebrecht. (20/8/15). *Convoca*, Recuperado de <http://convoca.pe/investigaciones/la-legal-del-millonario-tren-de-Odebrecht>

Las idas y vueltas sobre el peaje de Puente Piedra. (18/1/17). *El Comercio*. Recuperado de <http://elcomercio.pe/lima/idas-vueltas-peaje-puente-piedra-cronologia-159701>

Law, M. (2011). "Revolving door laws and state public utility commissioners". *Regulation y Governance*, vol. 5, 405-424.

Levine, M. y Forrence, J. (1990). "Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis". *Journal of Law, Economics, y Organization*, vol. 6, 167-198.

Makkai, T. y Braithwaite, J. (1992). "In and out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture". *Journal of Public Policy*, vol. 12, n°1, 61 - 78.

Manion, M. (2004). *Corruption by design: Building Clean Government in Mainland China and Hong Kong*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Marchand, Q. (6/13/17). "Peaje en Puente Piedra y acceso a la ciudad. Límites sociales y territoriales de las Asociaciones Público-Privadas". *IFEA*, Recuperado de <https://ifea.hypotheses.org/tag/peaje-en-puente-piedra>

Mckinlay, J. (2012). "Regulation, Renegotiation, and Reform: Improving Transnational Public-Private Partnerships in the Wake of the Gulf Oil Spill". *Indiana Law Journal*, vol. 87, n° 3, 1315-1344.

Mendoza, J. (31/5/17). "La adenda de chincheró", *Gestión*. Recuperado de <http://blogs.gestion.pe/economia-aplicada/2017/05/la-adenda-de-chincheró.html>

Merino, M. (2013). "La captura de los puestos públicos". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año LVIII, n° 219, 153-171.

Mills, C. W. (1956). *The Power Elite*. Oxford: Oxford University Press.

Minow, M. (2003). "Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion". *Harvard Law Review*, vol. 116, 1229-1270.

Miraftab, F. (2004). "Public-Private Partnerships. The Trojan Horse of Neoliberal Development?". *Journal of Planning Education and Research*, vol. 24, n° 1, 89-101.

Moreno, E. (2012). "Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración". *Oñati Socio-legal Series*, vol. 2, n° 4, 83-102.

MTC. (2017). *Adenda al Contrato de Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco*. Recuperado de <https://www.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/documentos/Proyectos/proyecto--adendaN1-KunturWasi.pdf>

Municipalidad Metropolitana de Lima. (22/12/16). *Acta n° 64. Sesión Ordinaria del Concejo Metropolitano*. Recuperado de http://www.munlima.gob.pe/Gobierno-abierto-municipal/transparencia/mml/datos-generales/disposiciones-emitidas-1/actas-de-concejo/cat_view/14-documentos-mml/1-disposiciones-emitidas/15-normas-emitidas/2-actas-de-concejo/748-actas-2016.

Negretto, G. (2002). “¿Gobierna solo el Presidente? Poderes de decreto y diseño institucional en Brasil y Argentina”. *Desarrollo Económico-Revista de Ciencias Sociales*, vol. 42, n° 167, 377-404.

Nino, C. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Nota de Prensa MEF. (28/3/17). *MEF*. Recuperado de <https://www.mef.gob.pe/es/noticias/notas-de-prensa-y-comunicados?id=5220>

OCDE. (2015). *Multi-dimensional Review of Peru*. Volume 1. Initial Assessment, París, Francia: OECD Publishing

O'Donnell, G. (1994). “Delegative Democracy”. *Journal of Democracy*, n° 5, 55-69.

Omelyanchuk, O. (2001). *Explaining State Capture and Capture Modes. The Cases of Russia and Ukraine*. Budapest, Hungría: Central European University.

ONPE. (2017). *Base de Datos sobre Financiamiento de Organizaciones Políticas*. Recuperado de <https://www.web.onpe.gob.pe/servicios/financiamiento-organizaciones-politicas/aportes-limpios/>

Peltzman, S. (1976). “Toward a More General Theory of Regulation”. *Journal of Law and Economics*, vol. 19, n° 2, 211-240.

Przeworski, A. (1991). *Democracy and the Market*. Cambridge: Cambridge University Press.

Pistor, K. (2002). "The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, n° 1, 97-130.

Renuncia presidenta de Ositran tras controversia por proyecto Chinchero. (24/01/17). *Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/renuncia-presidenta-ositran-controversia-proyecto-chinchero-127202>

Reynaers, A.-M. y Parrado, S. (2016). "Responsive regulation in public-private partnerships: Between deterrence and persuasion". *Regulation and Governance*, vol. 1, Issue 3, 269-281.

Sabatier, P. (1975). "Social Movements and Regulatory Agencies: Toward a More Adequate: And Less Pessimistic: Theory of Clientele Capture". *Policy Sciences*, vol. 6, n° 3, 301 - 342.

Sergio Siragusa: El escándalo que persiguió a García en los 90. (7/11/14). *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/politica/polemica/sergio-siragusa-escandalo-persiguio-garcia-90-290662>

Stigler, G. (1971). "The Theory of Economic Regulation". *Bell Journal of Economics and Management Science*, n° 2 (Spring), 3-21.

Wansley, M. (2015). *Virtuous Capture*. *Administrative Law Review*, Forthcoming, Harvard Public Law Working Paper, n° 15-16.

Wedel, J., Hussain, N. y Archer Dolan, D. (2017). *Political Rigging. A primer on political capture and influence in the 21st century*. Oxfam America.

Wiesse, P. y Saravia, G. (2014). "La corrupción por decreto". *Revista Ideele*, n° 238.



CLACSO



OXFAM