

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN SURAMÉRICA

GABRIEL SIRA SANTANA*

SUMARIO

Introducción. 1. Argentina. 2. Colombia. 3. Ecuador. 4. Paraguay. 5. Perú. 6. Uruguay. • Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años se oye hablar de las asociaciones público-privadas (APP, por sus siglas en español¹) como una modalidad de colaboración entre el sector público y el sector privado que, al reducir el gasto público y propender a una obra o servicio de calidad superior, permite a la Administración Pública alcanzar con mayor eficacia objetivos cónsonos con el interés general, si bien el contenido de estas asociaciones no queda del todo claro y las aproximaciones doctrinales van desde considerarlas un mecanismo novedoso de gobernanza –término que también ha calado recientemente el foro²– que favorece la competencia

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Este trabajo se da en el marco del Programa de Investigadores Invitados del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

¹ También conocidas como alianzas, colaboraciones o participaciones público-privadas, mientras que en inglés se les denomina *public-private partnerships* (PPP, 3P o P3).

² Véase José Ignacio Hernández G., “El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo Global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América española”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, N° 16, Universidade da Coruña, La Coruña, 2012, pp. 197-223, en <http://hdl.handle.net/2183/12007> El autor indica que “[l]a gobernanza no es, ciertamente, un concepto nuevo, aun cuando en este contexto pretende aludir a los requisitos necesarios para que la toma de decisiones en un Estado sea resultado de procesos abiertos, que propicien la interacción de todos los interesados (Gobierno, sector económico, ciudadanos, entre otros)”. Sobre la vinculación de las APP con la gobernanza véase Janio Morales

mediante licitaciones públicas y transparentes, hasta quienes plantean que las APP no son más que un esfuerzo por cambiarle el nombre a instituciones ya conocidas para presentarlas como algo nuevo y exento de los vicios tradicionales³.

No obstante, a pesar de esta diversidad de criterios, en el foro parece haber cierta uniformidad en cuanto a que las APP plantean (i) la necesidad de cooperación entre el sector público y el sector privado (ii) para obtener un beneficio que es común a ambos y al interés general, tal como sería la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, siendo que (iii) la asociación contará con un largo plazo para el desarrollo de este objeto, (iv) los términos de la asociación pueden ser adaptados de acuerdo con las situaciones que se presenten durante su vigencia, y (v) los riesgos del proyecto son compartidos equitativamente entre ambas partes⁴.

Es decir, que estas asociaciones no crearían una tercera institución –como ocurre por ejemplo con las empresas mixtas en materia de hidrocarburos en Venezuela⁵, aun cuando nada impide que como parte del convenio se acuerde la constitución de una persona jurídica dedicada exclusivamente al objeto de la APP– ni consistirían en la privatización de una actividad o sector en donde la Administración se

Alegía, “Las alianzas público privadas: las nuevas herramientas estratégicas de cohesión, gobernanza y desarrollo en el siglo XXI”, en *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, N° 35, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2010, pp. 181-200, en <http://www.sociedaduytopia.es/images/revistas/35/35.pdf>

³ Véase (en inglés) Graeme A. Hodge y Carsten Greve, “Public - Private Partnerships: An International Performance Review”, en *Public Administration Review*, vol. 67, N° 3, American Society for Public Administration, Washington DC, 2007, pp. 545-558, en <https://doi.org/10.1111/j.1540-6210.2007.00736.x> y la bibliografía allí citada.

⁴ *Ibíd.*, p. 546. En el mismo sentido, en adición a buena parte de los trabajos citados en esta colaboración, Julio V. González García, “Contrato de colaboración público-privada”, en *Revista de Administración Pública*, N° 170, CEPC, Madrid, 2006, pp. 7-39, en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=621&IDA=26467>

⁵ Véase Luis Ernesto Andueza Galeno, “El régimen jurídico aplicable a las empresas mixtas a las que se refiere el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos”, en *Derecho y Sociedad*, N° 8, Universidad Monteávila, Caracas, 2009, pp. 57-108. Una alternativa a estas empresas para lograr una mayor participación privada puede verse en Juan Cristóbal Carmona Borjas, “Modalidades no asociativas de participación del sector privado en el ejercicio de actividades reservadas en el ámbito de los hidrocarburos líquidos”, en *Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Año 2020*, AVEDA y CIDEP, Caracas, 2020, pp. 61-83.

separe por completo del mismo⁶, sino, más bien, podrían verse como un contrato en el que cada parte aporta los recursos de los que disponga –sean estos patrimoniales o más cercanos a lo intangible, como sería el conocimiento y la experiencia (el conocido *know-how*)⁷– para alcanzar un objetivo común a los intereses de la sociedad⁸, a la par que compar-ten los riesgos que de ello derivan⁹.

En este orden de ideas se mueve el foro internacional al definir a las APP como “una técnica ecléctica para armonizar los intereses públicos y privados, donde bienes públicos se ponen a disposición durante un plazo determinado a favor del empresario, sin que implique transferir al

⁶ Véase José Ignacio Hernández G., “Constitución económica y privatización”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, Editorial Sherwood, Caracas, 2011, pp. 327-342. El autor define a la privatización como “la política económica arbitrada por la Administración y en cuya virtud se transfieren al sector privado bienes y servicios a fin de alcanzar los objetivos de esa política que son, observamos, los fines propios de toda liberalización: estímulo e incentivo de la iniciativa privada y de la libre competencia y mejora de la prestación de los bienes y servicios privatizados, principalmente”.

⁷ Téngase presente que hay autores que sostienen que en este tipo de asociaciones, al momento de negociarse los recursos que cada sector aportará, la carga financiera siempre debe recaer en el agente privado. Véase entre otros Carlos Alberto Barreto Nieto, “Modelo de asociación pública-privada: un enfoque de teoría de contratos”, en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 13, N° 25, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 253, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2001047

⁸ Nótese que a pesar de que estas asociaciones tienden al interés general, hay sectores del foro que apuntan que en ellas la sociedad civil queda de lado por lo que más que una relación bilateral (Administración Pública -inversor privado) debería darse un vínculo tripartito en el que se sume a la sociedad civil como órgano de control (la llamada asociación público-privada-social). Véase Rafael E. Valenzuela Mendoza, “Relaciones asociativas como instrumento de cambio en la gestión pública”, en *Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública*, N° 24, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2014, pp. 71-95, en <https://doi.org/10.5354/0717-8980.2017.45038>

⁹ Véase sobre los riesgos en general Pascual Berrone et al., *Asociación Público-Privada en América Latina. Guía para gobiernos regionales y locales*, CAF, Bogotá, 2018, pp. 37-44, en <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1179> donde los autores destacan que si bien históricamente es común transferir al sector privado la mayoría de los riesgos que derivan de una contratación pública por considerarse que dicho sector es el que tiene mayores incentivos para afrontarlos, “hay riesgos que no pueden ser controlados por el sector privado, como los relativos a la aprobación de licencias ambientales y expropiaciones. En estas circunstancias, el sector privado no tiene suficientes instrumentos para manejar variables que no dependen de su buen hacer, lo que puede resultar en fallas del proyecto. Siendo este el caso, el Gobierno debe asumir un rol en cuanto a asegurar estos riesgos, bien compartiéndolos parcialmente con el sector privado, bien trasladándolos a la casilla del sector público”.

sector privado el bien o el servicio”¹⁰, constituyéndose entonces como “una especie de cooperación institucionalizada entre los dos sectores de la economía (...) con base a la experiencia (...) de cada asociado, la cual responde mejor a las necesidades públicas, a través de una repartición adecuada de los necesarios recursos y de los riesgos”¹¹.

Es otras palabras, una APP sería un “acuerdo mediante el cual el gobierno contrata a una empresa privada para construir o mejorar obras de infraestructura, así como para mantenerlas y operarlas por un período prolongado”, en el que dicha empresa recibe como contraprestación “un flujo de ingresos a lo largo de la vida del contrato” que provendría de los usuarios de la infraestructura comentada o el propio gobierno¹².

De este modo, estaríamos frente a “un traslado al privado no tan solo del financiamiento y construcción de la obra sino también de la responsabilidad de operar y mantener la misma, sometiéndose además a ciertos estándares de calidad del servicio”, requiriéndose como punto de partida un acuerdo entre el sector público y el sector privado que podría derivar de la iniciativa del Estado o del propio particular¹³; elementos estos que constituyen puntos clave de la definición de las APP a nivel regional según constataremos más adelante.

Ahora bien, al pasarse por estas aproximaciones conceptuales sobre las asociaciones público-privadas es probable que el lector encuentre similitudes con la figura de las concesiones, reguladas en Venezuela por medio del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre

¹⁰ Henry Alexander Mejía, “Los socios público-privado: algunas formas de implementación en el Derecho Comparado”, en *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, INAP, Madrid, 2017, p. 150. El autor agrega que esta técnica puede darse a través de dos modalidades según la remuneración que reciba el privado devengue del socio público o del usuario, y puede consistir en actividades como el diseño, construcción, adquisición, mantenimiento, operación o explotación de un bien, así como la combinación de dos o más de estas actividades bajo esquemas que –de acuerdo con sus iniciales en inglés– se denominan BOT, BTO, BROT, BLOT, BOOT, BOO, BBO, LDO o WAA.

¹¹ Antonio Maniatis, “Nuevos derechos en la colaboración público-privada”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, N° 22, Universidade da Coruña, La Coruña, 2018, pp. 176-187, en <https://doi.org/10.17979/afdudc.2018.22.0.5181>

¹² Eduardo Engel et al., *Economía de las asociaciones público-privadas. Una guía básica*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2014, formato Kindle, loc. 179.

¹³ Javiera Cid Vega, “Diálogo competitivo en el contexto de las asociaciones público-privadas en la Unión Europea”, en *Derecho Administrativo para el siglo XII. Hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*, Fórum, Belo Horizonte, 2018, p. 248.

Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones de 1999¹⁴.

Dicho vínculo tiene un razón de ser y es que, aunque suele decirse que las APP “constituyen un paso adelante respecto de la figura tradicional de la concesión de obra pública y de servicios públicos, en ese proceso de participación del sector privado en este tipo de contratos públicos con el Estado”, a fin de cuentas, nos encontramos frente a un “modelo concesional, en donde el sector privado se obliga a la construcción, mejora y mantenimiento de una infraestructura; y, el sector público aporta los recursos económicos necesarios para que el proyecto muestre una rentabilidad financiera adecuada para ser atrayente respecto del empresario privado”¹⁵; ideas sobre las cuales gira la concesión en nuestro país¹⁶.

Es esta semejanza entre las APP y las concesiones lo que ha llevado a sectores del foro internacional –donde estas asociaciones han sido analizadas con mucho más detalle que en Venezuela– a concluir que “con la participación público-privada sucede que, su noción, y, por tanto, efectos jurídicos, dependen del tribunal decisor, del tratadista ponente, del legislador de turno y peor aún, de la opinión pública que (...) paradójicamente venera a las comúnmente denominadas APP’s, pero crucifica a las concesiones, sin parar mientes en que, en esencia, son lo mismo”¹⁷.

¹⁴ Publicado en Gaceta Oficial N° 5.394 Extraordinario del 25-10-1999.

¹⁵ Jorge Enrique Romero Pérez, “Consideraciones sobre la asociación pública-privada”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 137, Universidad de Costa Rica, San José, 2015, pp. 102 y 110, en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/21973>

¹⁶ Véase en general José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte general*, 2ª reimp., Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 627-639.

¹⁷ Luis A. Ortiz Zamora, “Los contratos de participación público-privada en el derecho costarricense”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, N° 24, IJ Editores, Buenos Aires, 2019, en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?opcion=articulo&Hash=101235489a1c5a32f3fc04949fe89bac> Véase en sentido similar José Antonio Esperón Lázaro, “Los diferentes modelos de colaboración público-privada y su control”, en *Revista Española de Control Externo*, Vol. 10, N° 28, Tribunal de Cuentas, Madrid, 2008, pp. 187-198, en <https://www.tcu.es/repositorio/119976f0-6546-4ca7-884d-b78679cc85e3/Revista%2028.pdf> donde el autor afirma que “[l]a línea divisoria entre los contratos de concesión de obra pública y los de gestión de servicios, por una parte, y los de colaboración público-privada, por otra (...) es significativamente difusa porque los objetos de ambos tipos de contratos son muy similares”.

No obstante lo dicho, otro sector del mismo foro ha abogado porque entre las APP y las concesiones existe una relación género-especie y estas últimas serían solo una de las tantas modalidades contractuales que las primeras reúnen¹⁸, derivándose de ello, en consecuencia, la necesidad de estudiar cómo son reguladas las APP en el derecho comparado –limitándonos en esta ocasión a los Estados suramericanos hispanohablantes¹⁹– a fin de hallar elementos que puedan servir de inspiración al legislador venezolano para una eventual regulación de las asociaciones público-privadas como parte de las medidas a tomar para hacer frente a la crisis económica, política y social que aqueja al país.

Lo anterior, visto que a pesar de que hemos adelantado que las APP requieren por definición términos que puedan ser adaptados de acuerdo con las situaciones que se presenten a lo largo de su vigencia, no se duda que ellas también necesitan de un marco jurídico idóneo para su correcto desarrollo en donde se precisen algunas de sus particularidades y, muy especialmente, cuáles son los derechos y obligaciones de cada sector, así como sus diferencias con otras modalidades de contratación pública²⁰.

¹⁸ Véase Pierre Nalvarte Salvatierra, “Conceptos y alcances básicos de las asociaciones público-privadas”, en *Revista Derecho & Sociedad*, N° 49, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017, p. 324, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19898> El autor incluye dentro de ese universo de contratos a las *joint ventures* y los contratos atípicos. Asimismo, véase Luis Miguel Macho, “Las formas de colaboración público-privada en el derecho español”, en *Revista de Administración Pública*, N° 175, CEPC, Madrid, 2008, pp. 157-215, en <http://www.cepc.gob.es/ca/publicaciones/revistas/acces-al-fons-historic-de-revistas?IDR=1&IDN=652&IDA=27023> quien distingue entre la colaboración público-privada contractual (gestión de servicios, concesión de obra pública o urbanística y contratos administrativos típicos) y la colaboración público-privada institucionalizada (sociedades de economía mixta).

¹⁹ Nótese que, aunque escapa del objeto de estudio que nos hemos propuesto, se tiene conocimiento que en otros países del continente americano también existen leyes dedicadas a este tema, tal como sería la Lei Parceria Público-Privada N° 11.079 de 2004 (Brasil) y la Ley Especial de Asocio Público y Privado de 2013 (El Salvador).

²⁰ Véase en este sentido Jerónimo Lau Alberdi, “El régimen de participación público-privada (PPP): concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética”, en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, N° 12, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2017, pp. 199-238, quien indica que “la experiencia ha demostrado que un régimen de PPP sin flexibilidad es un sistema destinado al fracaso”, por lo que “deben extremarse los recaudos a la hora de plasmarlo en una norma, pues si se cae en el error de reglamentar minuciosamente cada uno de sus aspectos, los proyectos que puedan surgir al amparo de ese ordenamiento jurídico estarán condenados al fracaso, si es que

Es en virtud de esta necesidad que –según detallaremos de seguida– países como Argentina, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay han dictado leyes especiales sobre la materia que nos ocupa, mientras que en otros como Bolivia, Chile y Venezuela ello sigue siendo una materia pendiente, sin que por ello debamos entender que sea imposible cualquier tipo de alianza o asociación entre el sector público y privado para alcanzar los objetivos del Estado²¹.

Este estudio lo presentamos como un sencillo homenaje al profesor Jesús Caballero Ortiz, quien en su importante obra bibliográfica aborda en más de una ocasión el tema de la contratación con el Estado y la necesidad de limitar las prerrogativas de la Administración a fin de evitar abusos del Poder en desmedro de los particulares contratantes y el propio interés general que se persigue con estas contrataciones²².

logran instrumentarse. Se necesita una ley marco, lo más breve posible, donde se sienten los principios fundamentales y se marquen las directrices necesarias a fin de dar un régimen jurídico sólido y eficaz a los distintos actores”. En sentido similar se pronuncia Javier Robalino Orellana, “Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”, en *Revista de Derecho Foro*, N° 13, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010, pp. 97-108, en <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/383/379> para quien “[s]i bien las APP se están aplicando, se lo hace, en la mayoría de países como variaciones de la contratación administrativa tradicional o como expresiones mutantes del derecho de las privatizaciones. Es menester dar a estas formas de contratación un contenido específico, para lo cual algunos países latinoamericanos deberán emprender reformas al respecto”.

²¹ En adición a lo ya dicho sobre la concesión en Venezuela, respecto a Bolivia, puede revisarse Lenny Roxana Cáceres Frías, “Gestión de las alianzas estratégicas de inversión conjunta como plataforma para iniciar la discusión respecto a la aplicabilidad de las asociaciones público-privadas en Bolivia”, en *Revista Jurídica de Derecho*, Vol. 7, N° 9, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2018, pp. 164-180, en <https://repositorio.umsa.bo/xmlui/handle/123456789/19875> donde se comenta el Decreto Supremo N° 3.469/2018 por el que se regulan los contratos de alianza estratégica de inversión conjunta como un primer paso en pro de las APP. En tanto, sobre el caso chileno puede verse Claudio Moraga Klenner, “¿Hace falta una ley de asociaciones público-privadas en Chile?”, en *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 105-134, donde luego de ratificar la inexistencia de una ley especial el autor señala que, más allá de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el ordenamiento jurídico chileno posee disposiciones aisladas que promueven asociaciones similares en materia de municipalidades, deporte, financiamiento urbano, servicios sanitarios, servicios eléctricos, telecomunicaciones, entre otros.

²² Véase, entre otros trabajos del mismo autor, Jesús Caballero Ortiz, “Una concepción amplia del contrato administrativo es contradictoria con las prerrogativas de la Administración”, en *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*, vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 209-246.

Tema este de las prerrogativas que cobra relevancia en relación con las APP, según veremos a continuación.

1. ARGENTINA

En el año 2016 el Congreso argentino sancionó la Ley de Contratos de Participación Público-Privada (Ley N° 27.328)²³, cuyos antecedentes normativos son los decretos N° 1.299/2000 y N° 967/2005²⁴ con los que se buscó promover a las APP en el país pero, en la práctica, no hubo mayor éxito dado el contexto político y económico que resultaba adverso en el primer caso y la deficiente técnica legislativa del decreto en el segundo²⁵.

Esta ley –reglamentada por Decreto N° 118/2017²⁶– define en su artículo 1 a los contratos de participación público-privada como “aque- llos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional (...) y sujetos privados o públicos (...) con el objeto de desa- rrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, activida- des y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o inno- vación tecnológica”, traduciéndose estos proyectos en “actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento” que pueden derivar de la iniciativa pública o privada (artículo 17).

De este modo, estos contratos se presentan como “una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520, y sus modificatorias, y por el decreto 1023/2001 y sus modificatorias”

²³ Publicada en Boletín Oficial N° 33.514 del 30-11-2016, en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/268322/texact.htm>

²⁴ El primero publicado en Boletín Oficial N° 29.559 del 04-01-2001 y el segundo en N° 30.718 del 17-08-2005, en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/65655/texact.htm> y <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/108806/norma.htm>, respectivamente.

²⁵ Véase Alejandro Einstoss Tinto, *Contratos de asociación público - privada ¿Una solución al déficit de inversión en infraestructura en Argentina?*, Centro de Estudios para el Cambio Estructural, Buenos Aires, 2018, pp. 19-20, en <http://fcece.org.ar/wp-content/uploads/informes/participacion-publico-privada.pdf>

²⁶ Publicado en Boletín Oficial N° 33.570 del 20-02-2017, en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/271968/texact.htm>

(artículo 2)²⁷ y entre sus características a destacar encontramos que: (i) el proyecto no puede tener una duración superior a treinta y cinco años, con inclusión de sus eventuales prórrogas (literal “D” del artículo 4); (ii) la selección del contratista ocurre mediante licitación o concurso público (artículo 12); (iii) puede acordarse la constitución de sociedades anónimas, fideicomisos u otros esquemas asociativos para la ejecución del contrato (artículo 7); y (iv) la supervisión del contrato por parte del Estado se califica como “indelegable”, correspondiéndole esta al órgano o ente contratante o al organismo que se haya creado en la jurisdicción para tal fin (artículo 21).

No obstante, si bien estas disposiciones son relevantes, el foco de nuestra atención hemos de dirigirlo al artículo 9 de esta ley que, entre las veinticuatro previsiones que determina deben incluir los contratos de participación pública-privada “[s]in perjuicio de lo que se establezca en la reglamentación, en los pliegos y en la documentación contractual”²⁸, enlista:

- a. *En cuanto a su ejecución:* (i) estándares objetivos de calidad y eficiencia; (ii) el régimen de las garantías; (iii) los mecanismos para controlar el cumplimiento del contrato y las eventuales sanciones por incumplimiento; (iv) la posibilidad de que cualquiera de las partes suspenda temporalmente la ejecución de sus obligaciones previo incumplimiento de la otra; y (v) los procedimientos para dirimir controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial como función que podría recaer en un panel integrado por profesionales o representantes de universidades de acreditada imparcialidad y trayectoria, así como en árbitros nacionales o internacionales de preverse una cláusula arbitral.

²⁷ Las normas versan sobre la licitación o contratación directa para la construcción, trabajos o servicios de industria que se ejecuten con fondos del Tesoro de la Nación (Ley N° 13.064), la concesión de obras públicas para la construcción, conservación o explotación de estas mediante el cobro de tarifas (Ley N° 17.520) y el régimen de contrataciones de la Administración Nacional (Decreto N° 1.023/2001).

²⁸ Véanse algunos ejemplos de condiciones adicionales en los contratos suscritos a la fecha por la Dirección Nacional de Vialidad de la Argentina –como parte del Proyecto Red de Autopistas y Rutas Seguras– en <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/ppp/contratos-registrados>

- b.** *En cuanto al equilibrio económico-financiero:* (i) el reparto equitativo de los aportes y riesgos, con inclusión de factores como el hecho del príncipe o el alea económica extraordinaria del contrato; (ii) los aportes que hará el órgano o ente contratante²⁹; (iii) la “forma, modalidad y oportunidades de pago de la remuneración (...) así como también, los procedimientos de revisión del precio del contrato a los fines de preservar la ecuación económico-financiera del contrato”; (iv) los instrumentos que permitan adaptar el contrato a las necesidades de financiamiento y a los avances tecnológicos que se produzcan durante su vigencia; y (v) la posibilidad de que la Administración modifique unilateralmente el contrato siempre que tales cambios versen únicamente sobre su ejecución, hasta por un 20 % del valor del contrato y sin atentar contra el equilibrio económico-financiero ya mencionado.
- c.** *En cuanto a su terminación:* (i) la “titularidad y el régimen de explotación, afectación y destino, luego de la terminación del contrato, de los bienes, muebles e inmuebles, que se utilicen y/o que se construyan durante su vigencia”; (ii) los bienes que revertirán o que serán transferidos al Estado al extinguirse el contrato; (iii) la imposibilidad de que, ante la terminación anticipada por motivos de interés público, la Administración limite su responsabilidad con base directa, supletoria o analógica en la legislación vigente³⁰; y (iv) la facultad de ceder en todo o en parte el contrato una vez transcurrido al menos 20 % de su

²⁹ En el literal “G” del artículo comentado se indica que estos “podrán consistir, entre otros, en aportes de dinero, cesión de fondos obtenidos de operaciones de crédito público, de la titularidad de bienes, de créditos presupuestarios, fiscales, contractuales o de cualquier otra naturaleza cuya cesión sea admitida por la normativa aplicable, en la cesión de derechos, en la constitución de derechos de superficie sobre bienes del dominio público y/o privado, el otorgamiento de avales, beneficios tributarios, subsidios, franquicias, y/o la concesión de derechos de uso y/o de explotación de bienes del dominio público y/o privado, y cualquier otro tipo de concesión u otros aportes susceptibles de ser realizados por el Estado nacional”.

³⁰ En el literal “P” del artículo comentado se hace mención expresa a la restricción para invocar la Ley N° 21.499 (Expropiaciones), la Ley N° 26.944 (Responsabilidad Estatal) y el Decreto N° 1.023/2001 (Contrataciones del Estado).

duración original o realizado el 20 % de la inversión prevista, en cuyo caso, al ser la cesión aprobada por el contratante, el cedente quedará librado de toda obligación.

De este modo, las APP argentinas constituirían una alternativa al régimen usual de la contratación pública a través de la cual se pretende alcanzar un *mejor equilibrio* entre la posición del sector público y privado al limitarse las prerrogativas del primero y aumentar las garantías del segundo³¹.

Estas diferencias entre la contratación tradicional y las APP podemos notarlas, por ejemplo, en el hecho que el contrato donde se asiente la asociación público-privada debe prever un reparto equitativo de los riesgos³² mientras que, en las concesiones tradicionales, “el concesionario asume todos los riesgos técnicos y económicos, tanto en la fase de la construcción de la obra cuanto en la de ejecución, así como aquellos relativos a la viabilidad comercial del proyecto”³³.

Asimismo, el *rol garantista* de las APP se aprecia en circunstancias como que (i) la interpretación del contrato puede recaer en un tercero y no obligatoriamente en cabeza del órgano o ente contratante, favoreciéndose en consecuencia la idea de imparcialidad y tecnicidad; (ii) el énfasis en la importancia del equilibrio económico-financiero y la necesidad de asegurar su permanencia a lo largo del contrato; (iii) la restricción del universo de eximentes de responsabilidad que

³¹ Véase en este sentido Juan Carlos Cassagne, “Sobre los contratos de asociación pública privada (PPP) en Argentina”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, N° 1, IJ Editores, Buenos Aires, 2012, en <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=62169&print=1> para quien “la idea de una asociación de intereses y esfuerzos (...) prevalece durante la vida del contrato, lo que necesariamente justifica que se atenué y en algunos casos se supriman del régimen o cláusula contractual determinadas prerrogativas de poder público que posee la Administración en los contratos administrativos (rescisión unilateral por razones de interés público) que desalientan las inversiones privadas, aumentando el riesgo político y el costo de los proyectos”.

³² Entendidos como “cualquier factor, evento o influencia que amenaza la finalización de un proyecto ya sea en términos de plazos, costos o calidad comprometida”. Véase Patricia Guglielminetti y Pascual Bensadon, “Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada e infraestructura pública (a propósito del decreto 967/05)”, citado en Ezequiel Cassagne, “El régimen de participación público-privada en Argentina”, en *Anuario Iberoamericano de Regulación. hacia una regulación inteligente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 597.

³³ E. Cassagne, ob. cit., p. 594.

podría alegar la Administración en relación con la terminación anticipada del contrato; y (iv) el hecho que, al operar una cesión, el contratista original pierde todo vínculo con la APP mientras que, en las contrataciones públicas ordinarias, este permanece atado al proyecto como responsable solidario (artículo 13 del Decreto N° 1.023/2001).

De lo aquí planteado podría surgir una interrogante y es que, sí ya existe un régimen de contrataciones y concesiones públicas que supone menos cargas para la Administración al satisfacer el interés general, ¿por qué ella optaría por la modalidad de las APP que podría resultarle más gravosa (de materializarse un riesgo) y en donde debe renunciar a algunas de sus prerrogativas como sería la interpretación unilateral del contrato y la rescisión unilateral por razones de interés público?

La respuesta que ofrece el foro argentino gira en torno a dos motivos fundamentales: por un lado, la necesidad de atraer inversionistas que de otra forma se abstendrían de contratar con el Estado para satisfacer los requerimientos básicos de la población que no puede quedar desasistida³⁴ y, por el otro, el hecho que si bien el contrato podría resultar más oneroso a corto o mediano plazo, la Administración espera conseguir un producto de mejor calidad a largo plazo (el llamado *value for money*) y, con ello, brindar una respuesta más eficiente a las necesidades del colectivo³⁵ a la par de mayor seguridad jurídica a los contratistas³⁶.

³⁴ Piénsese por ejemplo en la necesidad de construir hospitales para salvaguardar el derecho a la salud en un Estado que por sus propios medios no cuenta con la posibilidad de llevar a cabo tal labor mediante la contratación de obra pagada con el erario público, requiriéndose en consecuencia del auxilio del sector privado que, bajo un modelo típico de concesión y dada la poca seguridad jurídica que estos ofrecen al responder a variaciones sociopolíticas y presentar un bajo equilibrio económico-financiero, preferiría no ofertar o hacerlo de una forma muy superior a lo esperado, acudiendo al sobreprecio como método para contrarrestar los posibles efectos adversos de la contratación, lo que en definitiva resultaría perjudicial para el Estado que vería mermados los recursos que podría destinar a otras actividades.

³⁵ Nótese que el principio de la eficacia es uno de los baluartes de la APP y ha sido estudiado a profundidad por el foro, tal como puede constatarse en Francisco Domínguez Sampedro, “La eficiencia económica en las colaboraciones público-privadas”, en *Revista Española de Control Externo*, Vol. 10, N° 28, Tribunal de Cuentas, Madrid, 2008, pp. 199-224, en <https://www.tcu.es/repositorio/119976f0-6546-4ca7-884d-b78679cc85e3/Revista%2028.pdf>

³⁶ E. Cassagne, ob. cit., pp. 597-598.

Estas ventajas, argüidas a su vez por las organizaciones internacionales que promueven a las APP³⁷, se reiteran en el resto de los países estudiados como las principales razones que llevan a los Estados a prever en sus ordenamientos a las APP como una modalidad *más amigable* de las concesiones, como constataremos de seguida.

2. COLOMBIA

En 2012 –cuatro años antes que lo hiciera Argentina, según vimos– el Senado colombiano sancionó la Ley por la cual se establece el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público Privadas (Ley N° 1.508)³⁸, cuyo objeto es regular a estas asociaciones como “instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio” (artículo 1), siempre que la inversión sea superior a seis mil salarios mínimos mensual legal vigente (parágrafo 1 del artículo 3)³⁹.

Esta ley, que fue reglamentada por Decreto N° 1.467/2012⁴⁰, destaca expresamente la relación género-especie que hemos mencionado

³⁷ Véanse por ejemplo las publicaciones del Centro de Recursos para Asociaciones Público-Privadas del Banco Mundial en su sitio web (<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas>), el Libro Verde sobre la Colaboración Pública-Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones aprobado por la Comisión Europea en 2004 (<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e/language-es>) y, en inglés, el *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships* de las Naciones Unidas (<https://unece.org/DAM/ceci/publications/ppp.pdf>).

³⁸ Publicada en Diario Oficial N° 48.308 del 10-01-2012, en <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45329> La ley ha sido reformada parcialmente por las leyes N° 1.753 de 2015, 1.882 de 2018 y 1.955 de 2019.

³⁹ A la fecha de cierre de esta colaboración la suma equivaldría a poco más de USD 1.500.000. De ser el contrato inferior a esta cifra el mismo habría de tramitarse de acuerdo con los mecanismos de contratación pública ordinaria.

⁴⁰ Publicado en Diario Oficial N° 48.483 del 06-07-2012, en <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48266#0>

en cuanto a las APP y las concesiones (artículo 2), y que las primeras versan sobre el diseño, construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento de una infraestructura y sus servicios asociados –con inclusión de la infraestructura requerida para la prestación de servicios públicos–, siempre que el sector privado obtenga como retribución “el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera” (artículo 3).

Asimismo, la ley precisa que (i) el proyecto que desarrolle la APP no puede tener una duración superior a treinta años, con inclusión de sus eventuales prórrogas (artículo 6); (ii) la selección del inversor privado se regirá por los procesos ordinarios de contratación pública (artículo 3); (iii) los contratos deben contar con “una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio” (artículo 4); y (iv) la retribución que recibirá el inversor privado estará subordinada al cumplimiento de estándares de calidad (artículo 5)⁴¹.

En tanto, por lo que se refiere a las particularidades del contrato de asociación, ellas dependerán de si se trata de un proyecto de iniciativa pública o privada, siendo esta una de las principales diferencias con el régimen de las concesiones que en Colombia siempre son de iniciativa pública⁴².

Así, en el primer caso la selección será mediante las modalidades conocidas en Venezuela como el concurso abierto o cerrado (artículo 10 de la Ley N° 1.508) y habría de evaluarse en cada contratación la capacidad jurídica, financiera y técnica de los oferentes y seleccionarse

⁴¹ Véase en general Jennifer Henao Jaramillo, “Asociaciones público privadas en la actividad contractual: nuevo modelo de gestión pública dirigido a la concreción de los fines del Estado”, en *Revista Ratio Juris*, Vol. 14, N° 28, Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, 2019, pp. 67-108, en <https://doi.org/10.24142/raju.v14n28a3>

⁴² Véase la Ley por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley N° 80), publicada en Diario Oficial N° 41.094 del 28-10-1993, en <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

la oferta más favorable de acuerdo con los factores mencionados, en adición a la mejor relación costo-beneficio (artículo 12).

Por su parte, en el segundo caso –es decir, los contratos de iniciativa privada– la ley indica que “[l]os particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes” (artículo 14), quienes de forma motivada, luego de realizar los estudios pertinentes en cuanto a su viabilidad y vinculación con las políticas públicas que le competen, podrán aceptar o no los proyectos sin que la mera presentación de la iniciativa genere algún derecho al particular u obligación al Estado (artículo 16).

Finalmente, la ley agrega que si se trata de un proyecto de iniciativa privada pueden darse dos situaciones: la primera, que el mismo requiera recursos públicos (que no podrán superar el 20 % del presupuesto estimado de inversión), y la segunda, que dichos recursos no sean necesarios.

En el primer supuesto el proyecto habrá de someterse a licitación pública y el promotor únicamente tendrá una bonificación en su calificación. De ser seleccionado, se procederá a la firma de la APP y, en caso contrario, recibirá como contraprestación una suma que habría de determinar la Administración antes de proceder al llamado a concurso por concepto de los estudios que el particular haya realizado para la estructuración del proyecto (artículo 17).

Por el contrario, si el proyecto no requiere de estos fondos, la Administración anunciará en el “Sistema Electrónico para la Contratación Pública” la existencia del mismo y su disposición a firmar la APP con el promotor –tal como si se tratase de una contratación directa– salvo que un tercero desee ejecutar el proyecto pues, de ocurrir esto último, la Administración habrá de evaluar la oferta que esté presente dándosele al promotor la posibilidad de mejorar la suya (artículos 19 y 20).

En todo caso, sea una APP que surge de la iniciativa privada o del sector público, la ley establece como disposiciones comunes a ambas modalidades que *(i)* en todos los contratos deben incluirse cláusulas

exorbitantes como sería la caducidad y la interpretación y terminación unilateral del contrato (artículo 22); (ii) todos los recursos que se manejen en el proyecto deben ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido a tal efecto por el contratista (artículo 24); (iii) todas las APP deben ser incorporadas en el Registro Único de Asociación Público Privada (RUAPP), el cual tendrá carácter público y detallará el estado de la asociación así como los proyectos que hayan sido rechazados (artículo 25)⁴³; y (iv) es necesario que en los contratos se especifiquen los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto y que revertirán al primero a la terminación del contrato (artículo 31).

Conforme con lo aquí narrado veríamos entonces que el énfasis de la legislación especial sobre las APP en Colombia radica en que —al contrario de las concesiones— ellas pueden ser de iniciativa privada⁴⁴ y la remuneración del sector privado se condiciona al nivel de servicio⁴⁵, lo que junto a otras medidas como la supresión de los anticipos y el hecho que solo puedan acordarse ajustes presupuestarios hasta por un 20 % del valor del contrato reduciría el gasto público; si bien el Estado no renuncia o reduce sus prerrogativas al momento de contratar como sí vimos ocurre en Argentina, afirmándose en consecuencia que “[e]n

⁴³ Véanse los reportes que trimestralmente publica este Registro —donde se indica, por ejemplo, cuántos proyectos han sido incluidos y sus etapas, porcentaje de proyectos de iniciativa privada y pública, y la ubicación de las iniciativas— en <https://www.dnp.gov.co/programas/participacion/C3%B3n-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/documentos-app.aspx>

⁴⁴ Véase en general Paula Andrea Guarín Prieto y Luis Fernando Torres Ramírez, *Todo lo que necesitas saber sobre las asociaciones público privadas de iniciativa privada*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2015, pp. 12-15, en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/AsociacionesPublicasPrivadas.pdf> y Laura María Vergara Aguilera, *El papel de las asociaciones público privadas (APP) dentro de los contratos de concesión de obra*, Universidad Santo Tomás, en <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/2128>

⁴⁵ Véase Carlos Andrés González Serna, “De los avances legislativos en asociaciones público-privadas (APP): los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada”, en *Justicia Juris*, Vol. 10, N° 1, Universidad Autónoma del Caribe, Barranquilla, 2014, p. 26, en <https://doi.org/10.15665/rj.v10i1.296> donde el autor expresa que la principal diferencia de las APP con la contratación tradicional “radica en que la contraprestación no viene dada por la construcción de la obra, la entrega de la misma para tomar la foto, sino por su utilización efectiva y de calidad o por la explotación del servicio bajo estándares preestablecidos”.

esencia, los proyectos de APP de iniciativa pública que establece la Ley 1508 de 2012 son una nueva generación de concesiones”⁴⁶.

Pero, si el Estado no renuncia a sus prerrogativas al momento de contratar y las APP parecen brindar mayores ventajas a la Administración que al inversionista que para poder celebrar este tipo de contrato debe contar con patrimonios autónomos, inscribirse en registros y dejar de percibir anticipos, entre otras medidas de interés, ¿por qué Colombia se ha consagrado en los últimos años como uno de los países de la región con un mayor desarrollo de las APP⁴⁷?

La respuesta parece estar en el hecho que al mediar un reparto más equitativo de riesgos y objetivarse elementos de la contratación –entre ellos: que los bienes sujetos a la reversión deben ser especificados previamente en el contrato en vez de ser todos los empleados en la concesión, como prevé el artículo 19 de la Ley N° 80, y que para optarse por esta modalidad la Administración debe realizar un estudio previo donde concluya, con base en criterios objetivos⁴⁸, que la APP genera más valor por dinero (*value for money*) favoreciendo así que únicamente se inicien proyectos que sean efectivamente viables, eficientes y en los que haya una relación ganar-ganar para todas las partes involucradas–, el sector privado ha visto aumentada su seguridad jurídica en un grado suficiente –si bien no tanto como quisiera, ya que persisten las

⁴⁶ Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, *Boletín N° 197: Asociaciones Público Privadas Ley 1508 de 2012*, Bogotá, 2016, p. 3, en <http://www.icpcolombia.org/dev/wp-content/uploads/2016/08/2012.02.01-Boleti%CC%81n-197-Asociaciones-Pu%CC%81blico-Privadas.pdf>

⁴⁷ Véase Ginette Sofía Lozano Maturana, “Las asociaciones público-privadas: una oportunidad de crecimiento y desarrollo económico y social”, en *Revista Divergencia*, N° 23, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 16-29, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/diver/article/view/5103/6159> La autora precisa que estas asociaciones han tenido gran auge en el sector transporte, educación, cultura, agua, salud, justicia y edificaciones públicas en general.

⁴⁸ Véanse algunos de estos criterios en la Resolución N° 3.656 del 20-12-2012 del Departamento Nacional de Planeación, por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley 1.508 de 2012 y el Decreto número 1.467 de 2012, publicada en Diario Oficial N° 48.651 del 21-12-2012 y disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Resoluci%C3%B3n%203656%20de%202012.pdf>

prerrogativas mencionadas— para considerar que la inversión ofrece un nivel aceptable de rentabilidad (mayor ganancia a menor riesgo), lo que lo motiva finalmente a contratar con el Estado⁴⁹.

Es decir que el éxito de una APP, más allá de que en la misma existan o no prerrogativas a favor de la Administración Pública contratante, vendría de la mano de un clima que ofrezca seguridad al inversionista privado de que obtendrá una ganancia a largo plazo (sea esta la prevista originalmente o la que resulte de los ajustes que se realicen para asegurar el equilibrio económico-financiero del contrato⁵⁰), y a la Administración de que los proyectos que emprenda por esta vía se verán materializados de acuerdo con estándares de calidad y en los tiempos pautados.

3. ECUADOR

Tres años después de la ley colombiana sobre APP, en el año 2015, la Asamblea Nacional de Ecuador sancionó la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera⁵¹, hoy reglamentada por Decreto Ejecutivo N° 1.190/2020⁵².

Esta ley orgánica —que parte de los principios de sostenibilidad fiscal, distribución adecuada de riesgos, valor por dinero, cobertura social y el respeto de los derechos de los usuarios y de propiedad de las partes (artículo 3) y crea un Comité Interinstitucional de Asociaciones

⁴⁹ Nótese que en esta decisión también influyen elementos propios de la realidad política, económica y social de este Estado cuyo estudio escapa del objeto de esta colaboración, pero que suelen presentarse en el foro como un escenario favorable para estas inversiones. Véase al respecto José Manuel Vassallo, *Asociación Público-Privada en América Latina. Afrontando el reto de conectar y mejorar las ciudades*, CAF, Bogotá, 2018, pp. 14-15 y 34-85, en <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1376>

⁵⁰ Véase en general Libardo Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 3° ed., Editorial Jurídica Venezolana y Temis, Caracas, 2015.

⁵¹ Publicada en Registro Oficial Suplemento N° 652 del 18-12-2015, en http://historico.energia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/07/ro_ley_organica_de_incentivos_para_asociaciones_publico-privadas_y_la_inversion_extranjera_ro_652_sup_18-12-2015.pdf

⁵² Publicado en Registro Oficial Suplemento N° 333 del 19-11-2020, en <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/suplementos/item/13908-suplemento-al-registro-oficial-no-333>

Público-Privadas como autoridad central en la materia (artículo 4)– define a las APP como “la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su financiamiento total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada” (artículo 8).

Es decir que –en palabras del foro ecuatoriano– nos encontraríamos frente a una “contratación a largo plazo de servicios públicos ‘en paquete’, en donde no se paga por la obra en sí, sino por la disponibilidad y/o uso del servicio inherente a la operación de dicha obra por un plazo determinado, conforme a los precios y estándares de calidad establecidos contractualmente”⁵³.

Como vemos, se trata de una definición cónsona con las traídas a colación en el caso argentino y colombiano, siendo de igual forma similar las características de esta *gestión delegada* ya que la ley orgánica prevé que el proyecto (i) podrá ser de iniciativa pública o privada (artículo 11); (ii) puede consistir en la construcción, equipamiento, operación, mantenimiento, rehabilitación de obras públicas, así como el desarrollo de actividades productivas, de investigación y desarrollo (artículo 14); (iii) la selección del gestor privado será mediante concurso público (artículo 12); y (iv) es posible que las diferencias se sometan a arbitraje nacional o regional (artículo 19); si bien se agregan algunas particularidades como la mención expresa al desarrollo de determinados sectores a través de APP⁵⁴ y que la estabilidad jurídica que busca garantizar la ley “se extiende a los aspectos regulatorios sectoriales y

⁵³ Inés María Baldeón Barriga, “Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”, en *Revista de Derecho Foro*, N° 25, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, pp. 101-124, en <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/465>

⁵⁴ Véase el artículo 13 según el cual “[s]erán objeto de los contratos de gestión delegada, los proyectos públicos desarrollados en los sectores de interés general. Estos, para efectos de la aplicación de esta Ley, serán aquellos bienes, obras o servicios provistos por el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados, determinados en las leyes o por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, tales como infraestructura, desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios y aquellos vinculados con vialidad e i nfraestructuras portuaria y aeroportuaria”.

específicos que hayan sido declarados como esenciales en los correspondientes contratos de gestión delegada”, salvo que tales normas sean declaradas posteriormente como inconstitucionales (artículo 15).

Lejos de esto, poco más agrega la ley en relación con la constitución de la asociación y su posterior ejecución visto que el resto de su articulado se dedica es a establecer una serie de incentivos fiscales para promover estas asociaciones⁵⁵, por lo que para conocer el contenido de los contratos y demás caracteres hemos de acudir al reglamento ya citado –en el que, por ejemplo, se incluye la existencia del Registro Nacional de Asociaciones Público-Privadas de acceso público (artículo 11), la necesidad de que la Administración especifique los resultados que espera lograr mediante “indicadores específicos, medibles, alcanzables, relevantes y programables” (artículo 18), el plazo de treinta años como la duración ordinaria del contrato prorrogable solo por motivos técnicos (artículo 45) y la reversión de las obras y bienes al finalizar el contrato (artículo 76)–, así como otros instrumentos de rango sublegal⁵⁶.

De este modo, y aunque la legislación ecuatoriana podría parecer insuficiente al compararla con sus homólogos de Argentina y Colombia⁵⁷, es posible afirmar que la misma recoge los principios básicos de las APP –entre otros: la distribución de riesgos y el *value for money*

⁵⁵ Véase en general Marlon Manya Orellana, “Asociaciones público-privado (APP) y su ley orgánica de incentivos tributarios en el Ecuador”, en *Revista de Administración Tributaria*, N° 42, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, Ciudad de Panamá, 2017, pp. 35-48, en https://www.ciat.org/Biblioteca/Revista/Revista_42/Espanol/2017_RA_42_manya.pdf

⁵⁶ Véase por ejemplo la Resolución CIAPP-R-009-ABRIL-2017 del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, sobre la presentación y aprobación de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada, y la Guía Metodológica para la Presentación y Aprobación de Proyectos bajo la Modalidad de Asociación Público-Privada del mismo comité, en <http://historico.energia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/07/1.-Resolucio%CC%81n-No.-9-Comite-APP.pdf> y <http://historico.energia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/07/2.-Gui%CC%81a-Metodologica.pdf>, respectivamente.

⁵⁷ Esta insuficiencia ha sido puesta de relieve por el mismo foro ecuatoriano al afirmar –por ejemplo– que “esta ley trae una definición ambigua de la APP” y “no aporta novedad al sistema jurídico ecuatoriano ya que a nivel conceptual, la Ley maneja conceptos iguales o parecidos a los de la Ley de Modernización en la que se encontraba regulada la concesión”. Véase Ximena Vera Fernández, *Asociaciones público-privadas y concesiones administrativas*, trabajo de grado, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2017, pp. 58-59, en <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/6756>

como criterios para determinar la retribución que recibirá el sector privado—, que habrían de desarrollarse luego por la vía contractual de acuerdo con el proyecto que se pretenda ejecutar dada la adaptabilidad que caracteriza a nuestro objeto de estudio.

Asimismo, el hecho que la ley enfatice que el derecho a la propiedad del inversionista debe ser respetado, que en caso de diferencias puede acudir al arbitraje si se previó una cláusula al respecto —aun cuando en el caso internacional este se haya limitado a sistemas de integración regional— y que de haber cambios en la legislación estos no afectarán a las APP que se encuentren en curso —cimentando el principio de irretroactividad de la ley— se valoran como disposiciones normativas favorables a la seguridad jurídica de quien se plantee celebrar una alianza de este tipo con el Estado y, con ello, una más eficiente satisfacción de la necesidad colectiva que motiva la contratación.

No obstante, y al contrario de lo visto en Colombia donde las faltas del ordenamiento jurídico son suplidas por la confianza que parece existir en el gobierno de acuerdo con las fuentes citadas, en Ecuador estas asociaciones no reportan mayor éxito a la fecha visto que, si bien “[a] partir de esta reglamentación Ecuador ha mantenido una actitud proactiva en la implementación del modelo con una importante cartera de proyectos APP (...) centradas por completo en el sector vial y portuario”, el país “sigue enfrentando importantes retos para implementar su programa de APP, entre los que se encuentra la creación de una unidad técnica especializada que, siguiendo el modelo de otros países, permita centralizar la actividad de este sector”, requiriéndose en consecuencia que la legislación especial se acompañe de un “ambiente de inversión sólido y atractivo para las empresas privadas”⁵⁸.

En otras palabras, el éxito de las APP como modalidad de contratación —y de otras políticas públicas en general, como podrá advertir el lector— no depende únicamente de que exista un marco jurídico que las regule y acuerde incentivos para su promoción como ocurre en Ecuador —al preverse diversas exenciones tributarias a favor de los inversionistas que celebren este tipo de contratos con la Administración— pues ello,

⁵⁸ J. M. Vassallo, *Asociación Público-Privada en América Latina. Afrontando...*, ob. cit., p. 31.

aun cuando se considera un *paso necesario* para la constitución de estas asociaciones, no será el único factor a considerar dada la convergencia de elementos de corte político, económico y social que bien podrían traducirse en riesgos del contrato y que el Estado no puede ignorar si desea que las APP prosperen y que estas, a la larga, no sean un modelo que repita las fallas de las concesiones tradicionales que se buscan dejar de lado con las asociaciones público-privadas.

Este planteamiento, consideramos, habría de tenerse presente en el país de argüirse que la inclusión de las APP en nuestro ordenamiento constituiría un mecanismo idóneo para enfrentar la crisis harto conocida.

4. PARAGUAY

Las APP son reguladas en Paraguay por la Ley para la Promoción de la Inversión en Infraestructura Pública y Ampliación y Mejoramiento de los Bienes y Servicios a Cargo del Estado, sancionada por el Congreso en el año 2013 (Ley N° 5.102)⁵⁹ y reformada parcialmente por la Ley N° 5.567 de 2016⁶⁰.

Esta ley, reglamentada por Decreto N° 4.183/2020⁶¹, define a los contratos de participación público-privada como aquellos “en virtud de los cuales las Administraciones Contratantes participan con personas jurídicas de derecho privado en un proyecto de inversión relacionado con el objeto de esta Ley [es decir, la infraestructura pública y la prestación de los servicios a los que las mismas estén destinadas o que sean complementarios a ellas, así como la producción de bienes y la prestación de servicios⁶²], a través de una relación jurídica contractual de largo plazo, con una distribución de compromisos, riesgos y beneficios

⁵⁹ En <https://www.bacn.gov.py/archivos/4669/20160401130109.pdf>

⁶⁰ En http://snip.hacienda.gov.py/normativas/ley_5567.pdf

⁶¹ En http://app.gov.py/wp-content/uploads/2020/12/DECRETO4183.compressed_wr12mz0f.pdf

⁶² Nótese que entre los proyectos a desarrollar la ley enlista en su artículo 52 a las hidro-vías, autopistas, líneas ferroviarias, puentes, aeropuertos internacionales, hospitales, centros educativos y penitenciarias; la provisión de agua potable y servicios de saneamiento, así como servicios de telecomunicaciones y de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica; la producción, refinamiento y comercialización de hidrocarburos, combustibles y lubricantes; entre otros.

entre las partes” (literal “C” del numeral 2 del artículo 2), siempre que estos proyectos superen los 12.500 salarios mínimos mensuales⁶³.

En este sentido, y como hemos visto es usual en la región, la ley comentada precisa que (i) el proyecto no puede tener una duración superior a treinta años, con inclusión de sus eventuales prórrogas (literal “F” del numeral 1 del artículo 2); (ii) la selección del contratista se realizará por licitación pública (artículo 20); (iii) el contratista debe constituir –como en el caso colombiano– una sociedad anónima con el objeto específico de desarrollar el proyecto, siendo con esta empresa con quien se suscribirá la APP, aunque de forma sustitutiva puede optarse por la administración de los recursos que requiera el proyecto a través de un fideicomiso (artículo 27); (iv) la APP surge de la iniciativa pública o privada una vez realizados los análisis técnicos, económicos y jurídicos correspondientes (artículos 16 y 17); (v) todos los proyectos desarrollados bajo esta modalidad deben inscribirse en un registro público de acceso libre, como también vimos ocurre en Colombia y Ecuador (artículo 13); (v) en los contratos de APP debe preverse el financiamiento total o parcial de la inversión por parte del sector privado, que siempre se encargará de la operación y el mantenimiento de la infraestructura final, y pudiese adicionalmente estar obligado a su diseño, construcción, reparación, equipamiento y mejora (artículo 3); y (vi) en caso de controversias estas podrán ser sometidas a arbitraje de derecho –siempre que se refieran a cuestiones de derecho privado– o paneles de expertos si versan sobre discrepancias de naturaleza económica o financiera (artículo 41).

De esta forma vemos que la legislación paraguaya se asemejaría al caso colombiano y ecuatoriano en donde si bien la Administración no reduce sus prerrogativas al momento de celebrar una APP como sí ocurre en Argentina⁶⁴, la correcta distribución de riesgos⁶⁵ y la necesidad

⁶³ A la fecha de cierre de esta colaboración la suma equivaldría a poco más de USD 4.800.000. De ser el contrato inferior a esta cifra el mismo habría de tramitarse de acuerdo con los mecanismos de contratación pública ordinaria.

⁶⁴ Véanse por ejemplo los artículos 32 y 35 de la Ley N° 5.102, conforme con los cuales la Administración paraguaya puede modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público o suspenderlo, respectivamente.

⁶⁵ Véase al efecto el artículo 6 del reglamento de esta ley que clasifica los riesgos –que habrán de distribuirse en atención al caso concreto– en de ingeniería y construcción, operaciona-

de realizar arduos estudios previos que garanticen la factibilidad del proyecto⁶⁶ se considerarían motivos suficientes para catalogar a estas asociaciones como una *nueva forma de contratación pública*, diferente a las concesiones, que incentiva la inversión privada en el país al dotar a los contratos de mayor seguridad jurídica⁶⁷, a la par de facilitar la iniciativa de este sector que podría presentar proyectos a la Administración para su evaluación, aprobación y posterior ejecución, sin que por ello pueda obviarse la necesidad de que se realicen los concursos respectivos pues la APP no constituye un medio para proceder sin más a la contratación directa y evitar las licitaciones públicas. Planteamientos estos que resultan cónsonos con los registros que hemos mencionado y el deber de la Administración de asegurar la transparencia de la contratación en todas sus etapas.

5. PERÚ

Aun cuando Perú fue el primero de los países reseñados en esta colaboración en contar con una ley especial en materia de APP⁶⁸, hoy en día nuestro objeto de estudio está regulado por una norma de más reciente data: el Decreto Legislativo que Regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos

les, de mercado, ambientales, financieros, políticos y derivados de conflictos sociales, caso fortuito o fuerza mayor. Esta clasificación se compagina con trabajos como el de P. Berrone et al., ob. cit., que clasifican a los riesgos en de expropiación de tierras o de disposición del terreno, diseño, construcción, ambiental y social, inversiones adicionales, terminación anticipada del contrato, explotación, ingresos, demanda, financiación, inflación, tasa de interés, tipo de cambio, regulatorio, sobrecostos de explotación, y político.

⁶⁶ Véanse los artículos 34 a 41 del reglamento donde se alude, entre otros, al análisis de costo-beneficio, indicadores de rentabilidad económica y social, estudios de valor por dinero, estimaciones de impacto presupuestario y ambiental, y la ya mencionada evaluación y asignación de riesgos.

⁶⁷ Véase Gustavo Hinz, *Las alianzas público privadas en Paraguay*, en <https://www2.deloitte.com/py/es/pages/finance/articles/alianzas-publico-privadas-en-paraguay.html>

⁶⁸ A saber: el decreto legislativo de 2008 que aprobó la ley marco de asociaciones público - privadas para la generación de empleo productivo y dictó normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (Decreto Legislativo N° 1012), reformado parcialmente por la Ley N° 29.771 y el Decreto Legislativo N° 1.016. El texto que recoge las reformas puede consultarse en <https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-sp-29923/portemas/7030-decreto-legislativo-n-1012-2/file>

en Activos (Decreto Legislativo N° 1.362) de 2018⁶⁹, reglamentado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF del mismo año⁷⁰.

Este decreto legislativo califica la promoción de las APP como de “interés nacional (...) para contribuir al crecimiento de la economía nacional, al cierre de brechas en infraestructura o en servicios públicos, a la generación de empleo productivo y a la competitividad del país” (artículo 3) y determina que ellas se rigen –entre otros– por los principios de enfoque de resultados, transparencia, competitividad, valor por dinero y adecuada distribución de riesgos (artículo 4), independientemente de si se trata de una APP autofinanciada o cofinanciada según su desarrollo requiera o no fondos públicos (artículo 22).

En este sentido las APP peruanas –entendidas como “una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados” a fin de desarrollar “proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica” (artículo 20)– coincidirían con lo visto a nivel regional en el sentido que (i) el proyecto no puede tener una duración superior a sesenta años, lo que constituye el plazo más largo de los países estudiados (artículo 52); (ii) la selección del contratista se da de forma competitiva (artículo 34); (iii) los contratos resultan de la iniciativa pública o privada (numeral 3 del artículo 20), siendo que en este último caso el procedimiento para su celebración se asemeja al caso colombiano ya tratado⁷¹; (iv) toda APP debe hacerse constar en el Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas, que tiene carácter público (artículo 59 de la ley en concordancia con el artículo 139 del reglamento); y (v) el Estado puede constituir fideicomisos para la administración de pagos e ingresos derivados de los contratos APP (artículo 54).

⁶⁹ Publicado en El Peruano del 23-07-2018, en https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/NL_IP_AUTOSOTENIBLE/DL_N_1362.pdf

⁷⁰ Publicado en El Peruano del 30-10-2018, en https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/NL_IP_AUTOSOTENIBLE/DS_N_240_2018_EF.pdf

⁷¹ Véanse los artículos 76 a 108 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

Asimismo, como también lo hiciera Argentina, la legislación es cónsona con la idea de reducir las prerrogativas del Estado al celebrar una APP al punto de prever que toda modificación del contrato requiere del acuerdo de ambas partes (artículo 55) y que los contratos deben incluir cláusulas arbitrales para la resolución de controversias (artículo 56)⁷², así como las ya usuales indemnizaciones a favor del inversionista en caso de rescisión unilateral del contrato (artículo 25).

De este modo el legislador peruano parece haber respondido a los requerimientos del foro que en el año 2007, antes de que se sancionara la primera ley en esta materia, planteaba que “el marco legal actual es insuficiente para incentivar y llevar más allá las potencialidades que pueden generarse con respecto a las Asociaciones Público Privadas” y “[p]areciese inclusive que se defiende la idea de que la concesión es la única modalidad participativa para incluir al sector privado en una APP”, por lo que era imperativo “reflexionar sobre la pertinencia de regular algunas normas que brinden sustento jurídico, tanto a los principios aplicables a la PPP, las fórmulas o modalidades que ésta puede emplear, y las reglas necesarias para optar por fórmulas de financiamiento flexibles, así como los procedimientos necesarios para ello, y las autoridades competentes para la realización de tales iniciativas”⁷³.

⁷² Esta última obligación no ha estado exenta de comentarios en el foro peruano, como se constata en Ramón Huapaya Tapia, “Diez tesis sobre las asociaciones público - privadas (APP) en nuestro régimen legal”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, pp. 28-31, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13465/14092>

⁷³ Ramón Huapaya Tapia y Giuliana Vergaray D'arrigo, “Algunos apuntes en relación con la ‘participación público-privada’ y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, pp. 122-123, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16318> Nótese que los autores agregaban, en consonancia con lo dicho al inicio de esta colaboración, que “[n]o obstante el reclamo efectuado por la necesidad de una regulación normativa de la PPP en nuestro país, al menos de forma general, no es menos cierto que tampoco es nuestra intención propugnar una regulación cerrada o muy detallada o amplia con respecto a dicha institución. Debemos recordar que la PPP es una institución flexible, es una nueva filosofía de relacionamiento entre el sector público y privado para las inversiones en infraestructura, y por tanto, requiere normas adecuadas para dar pie a la creatividad en la estructuración de fórmulas jurídicas para su desarrollo, utilizando siempre, claro está, las instituciones básicas de la contratación pública y el derecho administrativo”.

Ello es justamente lo que plantea el decreto legislativo traído a colación para promover la inversión privada en el país –muy especialmente en aquellos casos que las concesiones tradicionales prevén una baja rentabilidad económica aunque esta a nivel social sea alta– mediante un modelo de contratación flexible que resulta más atractivo al inversionista que la concesión clásica⁷⁴, dado que los riesgos y cargas financieras que asume el sector privado son efectivamente compensadas por las eventuales ganancias y el *apoyo* por parte del Estado que, más que la autoridad en la materia, ha de comportarse como un verdadero socio sin que por ello deje de lado el interés general llamado a proteger.

No obstante, como advertimos en el caso de Ecuador, la existencia de una buena regulación en la materia no basta por sí sola para que las APP alcen vuelo en un país. Así lo recuerda el foro cuando, al analizar el caso de Perú, apunta que “ha alcanzado un desempeño semejante al de los mejores países de la región en su marco normativo e institucional, además de haber logrado impresionantes mejoras en su clima de inversión. Sin embargo, algunos conflictos sociales y protestas ambientales han creado dificultades políticas en el desarrollo de algunos proyectos clave para el país”⁷⁵, confirmándose así que la correcta implementación de las asociaciones público-privadas va de la mano con la reducción de los riesgos sociales, económicos y políticos que puedan afectar al proyecto.

6. URUGUAY

Por último en los países que conforman esta reseña, la Asamblea General de Uruguay reguló a las APP por la Ley sobre los Contratos de Participación Público-Privada para la Realización de Obras de Infraestructura y Prestación de Servicios Conexos de 2011 (Ley N° 18.786)⁷⁶.

⁷⁴ Véase sobre las concesiones en Perú y sus limitaciones: Diego Zegarra Valdivia, “Concesión administrativa e iniciativa privada”, en *Themis*, N° 39, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 99-119, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10383>

⁷⁵ José Manuel Vassallo, *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*, CAF, Bogotá, 2015, p. 22, en <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/758>

⁷⁶ En <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18786-2011>

Esta ley, reglamentada en 2012⁷⁷, define a los contratos de participación público-privada como “aquellos en que una Administración Pública encarga a una persona de derecho privado, por un período determinado, el diseño, la construcción y la operación de infraestructura o alguna de dichas prestaciones, además de la financiación”, siempre que la Administración haya resuelto que “otras modalidades alternativas de contratación no permiten la mejor forma de satisfacción de las finalidades públicas” (artículo 2).

Es decir, que la elección de la APP tendría un carácter secundario frente a las modalidades clásicas y solo procedería de considerarse la forma más eficaz de satisfacer el interés general en cuanto a obras de infraestructura⁷⁸, advirtiéndose que de tratarse de un contrato sobre centros educativos, de salud o reclusión los mismos no podrán incluir la prestación de servicios educativos, sanitarios ni de seguridad, respectivamente (artículo 3).

Por lo que respecta a las características de las APP en Uruguay vemos que ellas coinciden con el resto de la región en el sentido que (i) el proyecto no puede tener una duración superior a treinta y cinco años, con inclusión de sus eventuales prórrogas (literal “G” del artículo 4); (ii) la selección del contratista ocurre mediante concurso público (artículo 19); (iii) la APP podrá ser de iniciativa pública o privada, llevándose en este último caso un procedimiento de selección como el visto en Colombia (artículo 15); (iv) debe preverse una adecuada distribución de riesgos así como la retribución que recibirá el inversor privado con base en estándares de calidad (literales “B” a “D” del artículo 17); y (v) toda APP debe hacerse constar en un registro que al efecto llevará el Ejecutivo Nacional (artículo 14).

Asimismo podemos apreciar que el régimen uruguayo presenta similitudes con Argentina y Perú en materia de prerrogativas, ya que determina que la modificación unilateral del contrato procederá

⁷⁷ En <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/17-2012>

⁷⁸ Nótese que en el artículo 3 se precisa que estos proyectos podrán consistir en obras viales, ferroviarias, portuarias y aeroportuarias; infraestructura energética e hidráulica; disposición y tratamiento de residuos; e infraestructura social como cárceles, centros de salud y de educación, viviendas de interés social, complejos deportivos y obras de mejoramiento, equipamiento y desarrollo urbano.

únicamente por los supuestos que se hayan previsto en el mismo (artículo 47) y todo conflicto en cuanto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y extinción de la APP deberá someterse a arbitraje (artículo 54), si bien se declara de utilidad pública las expropiaciones de bienes inmuebles destinados a ejecución de proyectos de participación público-privada (artículo 59) por lo que este último riesgo permanece latente.

De este modo, la ley vendría a recoger “las soluciones más actualizadas” en materia de contratación pública, destacándose –como hemos visto en la región– la importancia de la asignación de riesgos que “se convierte en un elemento clave en este tipo de contratos” a fin de evitar que “el agente privado, colocado en la situación de enfrentar riesgos que no le son propios o no está en las mejores condiciones de administrar, compensa esta situación trasladando el mayor costo económico que los riesgos generan, al precio del contrato”⁷⁹.

No obstante, nuevamente vemos que una regulación del tema que nos ocupa –por garantista que sea– no es suficiente para asegurar el éxito de estos proyectos pues “[a] pesar de las buenas expectativas que se formaron en torno a la aprobación de la normativa, lo cierto es que el arranque del modelo en el país está siguiendo un ritmo inferior a lo esperado. Tras cinco años transcurridos desde la aparición de la ley solo dos proyectos APP habían sido adjudicados en 2017”⁸⁰, señalándose como las causas de esta baja implementación –entre otros– “resistencias políticas y administrativas producto de procedimientos fuertemente instaurados como lo son las licitaciones” en contraposición a las novedosas APP que requieren que la Administración las demande explícitamente al motivar que las modalidades clásicas de contratación son poco eficaces, requiriéndose en consecuencia un procedimiento de formación y capacitación de los funcionarios que no ha ocurrido⁸¹.

⁷⁹ Pablo Schiavi, “La participación público-privada en el desarrollo de infraestructuras y servicios relacionados en el Uruguay primeras reflexiones sobre la Ley N° 18.786” en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Vol. 10, N° 20, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2011, pp. 84-85, en <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/640>

⁸⁰ J. M. Vassallo, *Asociación Público-Privada en América Latina. Afrontando...*, ob. cit., p. 28.

⁸¹ Guillermo Fuentes, “¿Reforma silenciosa del Estado?: proceso político de la ley de Participación Público-Privada en Uruguay”, en *Revista de Administração Pública*, Vol. 51,

En consecuencia, como apuntan en el foro uruguayo, “buena parte del éxito en propiciar, prolongar y aumentar la participación de la iniciativa privada en proyectos de infraestructuras radica, en nada más y nada menos, que en construir y reforzar día a día la confianza mutua entre las partes: la empresa privada y la Administración Pública concedente”⁸², a lo que se suma la importancia de la simplificación administrativa –sin dejar de lado las competencias de supervisión propias de la Administración– visto que la legislación uruguaya acuerda atribuciones a múltiples órganos y entes en vez del modelo de autoridad central que hemos visto en otros países y, con ello, aumentan considerablemente los trámites, tiempos y burocracia en general, atentando a larga contra la eficacia de la APP⁸³.

CONCLUSIÓN

Las leyes especiales sobre asociaciones público-privadas reseñadas en esta colaboración permiten apreciar cómo las APP han calado en el derecho latinoamericano como un modelo de contratación complementario a las tradicionales concesiones y contratos de obra, con el que se pretende alcanzar una mayor eficacia en materia de infraestructura y servicios públicos.

En este sentido, las asociaciones público-privadas constituirían un contrato cuya definición no dista en demasía de las concesiones –así como tampoco la necesidad de que la selección del contratista se dé por concurso público y que la relación se extienda por un lapso prolongado de hasta treinta, treinta y cinco o sesenta años, según el país del que se trate–, encontrándose la principal diferencia entre ambos modelos en cuatro ideas fundamentales:

La *primera*, que la asociación público-privada podrá derivar de la iniciativa del sector público –como ocurre en materia de concesiones– o

Nº 6, FGV EBAPE, Rio de Janeiro, 2017, p. 1015, en <https://www.scielo.br/pdf/rap/v51n6/1982-3134-rap-51-06-1005.pdf>

⁸² P. Schiavi, ob. cit., p. 118.

⁸³ Véase en general Pablo Schiavi, “Régimen institucional de la participación público-privada en Uruguay”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Nº 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 213-241, en <https://doi.org/10.18601/21452946.n17.12>

el sector privado, siendo que en este último caso ello no será óbice para que se proceda a la asignación del proyecto por la vía concursal contando el proponente únicamente con ciertas ventajas en su calificación.

La *segunda*, que la asociación debe prever –como vimos reiteran las leyes de los seis países tratados, en consonancia con los dichos del foro en la materia– una distribución de riesgos adecuada en el sentido que estos recaigan en cabeza del socio que tenga una mejor capacidad para enfrentarlos o mitigarlos a fin de que estos afecten en la menor medida posible a la infraestructura o servicio al que se refiera la APP, al contrario del modelo concesional clásico en el cual los riesgos son asumidos sin más por el sector privado que, como mecanismo para paliarlo, tiende a aumentar sus costos con el impacto que ello genera en el erario público.

La *tercera*, que la retribución que recibirá el socio privado se hace depender de estándares de calidad y eficiencia que deben ser valorados objetivamente por la Administración de acuerdo con lo que se haya determinado en el contrato o prevea el ordenamiento jurídico –con inclusión de actos de rango sublegal como serían los manuales de buenas prácticas–, bajo el argumento de que de esta forma el socio privado contará con una motivación adicional para entregar un producto de calidad en los lapsos acordados para ello, a la par que al objetivarse los elementos que serán tomados en cuenta por la Administración al evaluar dicho producto disminuye la discrecionalidad del funcionario y aumenta la seguridad jurídica del inversor.

Y la *cuarta*, justamente vinculada con el principio de seguridad jurídica mencionado, es que estos contratos tienden a colocar a la Administración y al socio privado en una situación de mayor paridad al promover mecanismos como el arbitraje para la resolución de conflictos –visto en todas las leyes menos en el caso colombiano– y disminuir en algunas ocasiones las clásicas prerrogativas de la Administración en cuanto a la modificación o terminación unilateral del contrato, si bien sobre esto último no hay uniformidad y mientras algunos países como Argentina, Perú y Uruguay aluden expresamente a ello, otros como Ecuador y Paraguay callan o, incluso, como ocurre en Colombia, se indica que la Administración contará en las APP con su usual universo

de prerrogativas. E igual falta de uniformidad encontraríamos en cuanto a las expropiaciones, la reversión de bienes y la necesidad de crear empresas cuyo objeto único sea la ejecución del objeto de la APP, según vimos.

En otras palabras, la APP no es consustancial con la supresión de prerrogativas a favor de la Administración, en tanto sí lo será respecto a la adecuada distribución de riesgos y la remuneración basada en estándares de calidad (*value for money*).

Ahora bien, si luego de este sobrevuelo por las APP en Suramérica regresamos al Estado venezolano podemos constatar que esta tendencia que hemos visto presente en buena parte del continente al menos desde el año 2008 en Venezuela no se ha positivizado. Realidad que no ha de resultarnos extraña si tenemos presente que en el país, más bien, ha imperado durante más de veinte años una política que denigra a la empresa privada y los derechos económicos de los particulares que, lógicamente constituyen prerequisites de una asociación de este tipo⁸⁴.

No obstante lo anterior, pensando a futuro, bien podríamos preguntarnos si en Venezuela haría falta sancionar una ley sobre APP o si, por el contrario, bastaría con una reforma puntual del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones de 1999 que tendiera a optimizar algunas de sus disposiciones.

La duda surge del hecho que al comparar el decreto ley en cuestión con la legislación comentada vemos por ejemplo que los artículos 17 a 19 del primero prevén la posibilidad de que la concesión surja de la iniciativa privada –que recordará el lector es uno de los principales baluartes que incluye la legislación sobre APP– mientras que en otras tantas oportunidades se hace alusión a que el concesionario debe cumplir con estándares o niveles mínimos de calidad (artículo 36, 37 y 51) y la posibilidad de que la Administración determine en el pliego de condiciones y el contrato cuál será la remuneración que recibirá el concesionario

⁸⁴ Véase sobre algunos de estos ataques, a modo de ejemplo, Juan Domingo Alfonso Paradisi et al., *Análisis jurídico económico y financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la normativa complementaria*, FUNEDA, Caracas, 2014 y José Ignacio Hernández G., *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014.

(artículo 7, 24 y 33), por lo que consideramos nada impediría que en el contrato dicha remuneración se hiciera depender de estándares de calidad y eficiencia, como promueven las APP.

Asimismo, el decreto ley señala en su artículo 61 que podrán emplearse medios alternativos como la conciliación y la transacción “[p]ara la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por este Decreto-Ley”, pudiendo acudirse también a tribunales arbitrales “cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia”⁸⁵ y que “[c]uando se trate de la solución de diferencias de carácter exclusivamente técnico, las partes podrán someter la solución del asunto al conocimiento de expertos directamente designados por ellas”, lo que coincidiría con una de las ventajas de la APP respecto a las concesiones en Suramérica según comentamos, y que en el país ya se encontraría satisfecho.

En tanto, otras circunstancias como lo son el hecho que el concesionario tenga que constituir una sociedad mercantil “cuyo objeto será la construcción rehabilitación, modernización, ampliación y explotación de obras y servicios públicos, incluyendo particular referencia al objeto de la concesión adjudicada” (literal “A” del artículo 29) no parecen ser determinantes ya que vimos las leyes de APP prevén en ocasiones que estas sociedades son requeridas (Colombia, Paraguay) y en otras son facultativos (Argentina, Perú).

Donde sí parecería haber diferencia –y, por ende, necesidad de reforma o mayor precisión– es en lo que se refiere a los riesgos visto que la ley parte que el concesionario participa “por su cuenta y riesgo” (artículo 2), abstrayéndose a la Administración de este elemento, si bien luego, al precisarse el contenido del pliego de condiciones, se indica que en él debe indicarse el “[g]rado de riesgo que asume el participante durante la construcción de la obra o prestación del servicio” (literal “D”

⁸⁵ Si bien la materia escapa de nuestro objeto de estudio, se recomienda la consulta de Rafael Badell Madrid, *Medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho Administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos*, en <https://www.badellgrau.com/?pag=17&ct=75>

del artículo 24), abriéndose la posibilidad de que este no sea absolutamente para el concesionario⁸⁶.

Finalmente, a pesar de que vimos ello no es una medida intrínseca a las APP y que por sí sola no garantiza el éxito de este modelo de contratación, sería recomendable el estudio de las prerrogativas a favor de la Administración que hoy en día se encuentran previstas en términos absolutos que no dan lugar a negociaciones al momento de contratar⁸⁷ y están signadas por conceptos jurídicos indeterminados⁸⁸ que en definitiva atentan contra la eficacia del contrato y el equilibrio económico-financiero (literal “C” del artículo 33)⁸⁹.

Sobre estas prerrogativas el homenajeado en esta obra colectiva ha afirmado en más de una ocasión que dadas sus implicaciones, las mismas deben circunscribirse “a un ámbito reducido [de] la noción de contrato administrativo”, que quedaría limitada a aquellos en los cuales

⁸⁶ Nótese, no obstante, que más adelante el decreto ley indica que “[l]as obras se ejecutarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación. La República no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores” (literal “C” del artículo 31), de lo que podría desprenderse que el grado de riesgo durante la construcción sería total en cabeza del concesionario pero en otras etapas de la concesión (operación, mantenimiento, entre otras) podría distribuirse de un modo más equitativo.

⁸⁷ Véase por ejemplo el artículo 38 del decreto ley según el cual “[d]e surgir discrepancias entre las partes durante la ejecución del contrato acerca de la interpretación o el alcance de cualesquiera de sus disposiciones, el ente concedente, de no lograrse un acuerdo, interpretará mediante acto administrativo debidamente motivado las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia”.

⁸⁸ Véase por ejemplo el artículo 39 del decreto ley, conforme con el cual “el ente concedente podrá modificar, por razones de interés público y mediante acto debidamente motivado, las características de las obras y servicios contratados”, y el artículo 53 que prevé que “[l]as concesiones podrán rescatarse anticipadamente por causa de utilidad o interés público, mediante acto administrativo debidamente motivado del ente concedente”, si bien en ambos casos se prevé la necesidad de indemnizar al concesionario.

⁸⁹ Véase sobre el equilibrio, entre otros, el literal “C” del artículo 33 del decreto ley conforme con el cual “[d]esde el momento en que se perfeccione el contrato, nacen para el concesionario los derechos a: c. Solicitar la revisión del régimen económico de la concesión y del plazo de ejecución por causas sobrevinientes, y a obtener, si fuere el caso, las compensaciones a que hubiere lugar que podrán hacerse efectivas por medio de la revisión del régimen tarifario u otras fórmulas de remuneración del concesionario, de su fórmula de reajuste o del plazo del contrato, pudiendo utilizarse para ello uno o varios de estos factores a la vez”.

“la Administración encomienda efectivamente al cocontratante la ejecución misma del servicio público”, siempre que se trate de su “prestación inmediata y directa” y sea un servicio “de relevancia para la colectividad; de un servicio de gran importancia que, debiendo ser prestado por el Estado, éste lo encomienda por un contrato a un particular”⁹⁰.

De este modo, continua el autor, solo en los contratos que versen sobre servicios públicos podrían incluirse prerrogativas o cláusulas exorbitantes⁹¹ “que tienen por objeto conferir a las partes derechos o imponerles obligaciones que son extraños a los que pueden ser libremente consentidos en el marco de las leyes civiles y comerciales”, si bien el tema se ha prestado a debates al momento de determinar si se requiere que el contrato se refiera a la ejecución del servicio público o basta con que exista una “participación directa del cocontratante en el funcionamiento del servicio público, sin que tenga a su cargo la verdadera ejecución del referido servicio” o, inclusive, la mera asociación de este con el servicio en cuestión⁹².

No siendo nuestra intención ahondar en los pormenores de la noción del servicio público, los contratos administrativos, ni las cláusulas exorbitantes tratadas a profundidad por Caballero Ortiz junto a otros

⁹⁰ Jesús Caballero Ortiz., *Una concepción...*, ob. cit., pp. 223 y 246.

⁹¹ Ténganse como ejemplos de estas cláusulas la dirección, control, interpretación, modificación y resolución unilateral del contrato, así como la posibilidad de sancionar el incumplimiento del contratista. Véase en general José Araujo-Juárez, *La teoría de la cláusula exorbitante. El tránsito de la cláusula derogatoria a la potestad administrativa contractual en los sistemas de contratación pública*, CIDEP y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

⁹² Jesús Caballero Ortiz., *Una concepción...*, ob. cit., p. 214. El autor, siguiendo a Paul Amselek y la doctrina francesa en la materia, destaca que el servicio público “es una fórmula engañosa que recubre, bajo una apariencia formal de unicidad, una multiplicidad de criterios jurisprudenciales diferentes que derivan del objeto del contrato, así por ejemplo, el hecho de que el contrato tenga por finalidad confiar al cocontratante la ejecución misma de un servicio público, o que tal objeto constituya una modalidad de ejecución de un servicio público constituyen criterios variables manejados por la jurisprudencia”. Esta afirmación es confirmada por Caballero Ortiz dentro de nuestras fronteras cuando, páginas más adelante, hace un repaso de cómo la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia y del actual Tribunal Supremo de Justicia han moldeado el término de acuerdo con el caso que conocían para concluir que “la noción de contrato administrativo (...) ha perdido toda sustantividad, al quedar fundamentada en criterios tan disímiles” y “es muy factible que cualquier contrato celebrado por la Administración pueda ser calificado como administrativo, con las consecuencias que (...) ello implica en el plano de las prerrogativas”.

temas propios de la contratación pública como lo sería la distinción entre los contratos de interés público y los contratos de interés nacional⁹³, hemos traído a colación el criterio del homenajeado para hacer frente a una interrogante que deseamos dejar como reflexión final y planteamos del siguiente modo: sabido que la concesión de servicios públicos suele verse como el “ejemplo más típico” de un contrato “cuyo vínculo jurídico queda regulado fundamentalmente por el derecho público”⁹⁴ y, por ende, serían contratos donde tienen cabida las prerrogativas de la Administración Pública a tenor del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, ¿podría modificarse este decreto ley a fin de disminuir o incluso suprimirse estas prerrogativas en determinadas concesiones (aquellas que quieran calificarse como APP en el argot reciente) con la intención de favorecer los principios de eficacia, valor por dinero y seguridad jurídica que promueven estas asociaciones?

Si partimos, como lo hace Caballero Ortiz, de que “legislativamente se encuentran consagradas tales prerrogativas de la Administración en relación a determinados contratos” —a saber, las concesiones en virtud del decreto ley indicado— y que “su interpretación es restrictiva y no cabe respecto a ellas la interpretación analógica”⁹⁵, somos de la opinión que nada impediría entonces la reforma propuesta a fin de preverse la posibilidad que al celebrar una asociación público-privada la Administración pueda reducir o renunciar a las prerrogativas que el ordenamiento le reconozca a título facultativo —y no imperativo— con la intención de promover la inversión privada en el quehacer público y, con ello, una mejor satisfacción del interés general por medio de estas asociaciones.

⁹³ Véase Jesús Caballero Ortiz, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo. Libro homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del vigésimo aniversario del curso de Especialización en Derecho Administrativo*, t. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 139-155.

⁹⁴ Jesús Caballero Ortiz, “¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, t. II, Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 1765.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 1772.

No obstante, y como lo atestigua la experiencia latinoamericana analizada, el éxito de un programa de APP va más allá de un ordenamiento jurídico garantista –prevea o no prerrogativas a favor de la Administración– y requiere de la confluencia de elementos de corte económico, político y social para que estas asociaciones generen verdaderos resultados y no sean, como dijésemos al inicio, solo un esfuerzo por cambiarle el nombre a instituciones ya conocidas (básicamente, la concesión) para presentarlas ahora como algo nuevo y exento vicios.

Cierto es que el derecho comparado que hemos citado a lo largo de esta colaboración podría servir de inspiración al legislador venezolano para regular en un futuro cercano a las APP, pero cierto es también que, como también reseñamos *ut supra*, en más de uno de estos países se ha adoptado este modelo de contratación y los resultados han sido los mismos que los observados con las concesiones tradicionales.

A fin de cuentas, nos encontramos frente a una asociación entre dos personas –una pública y otra privada– y, como toda asociación, su éxito requerirá que haya confianza recíproca y buena voluntad para lograr los objetivos trazados; lo que hoy difícilmente podría afirmarse existe en el país cuando se tiene un Poder Público cuyos principales cabecillas ven al sector privado como un enemigo que debe ser eliminado y sus bienes absorbidos a favor del creciente Estado para sus políticas paternalistas, y un sector privado que, como consecuencia de lo anterior, cada vez tiene menos interés en contratar con el Estado aumentando a la larga las carencias de infraestructuras y servicios en el país y, con ello, las penurias de la población.

En otras palabras, la crisis que aqueja el país no la hallaremos en figuras como las APP si, junto con ellas, no se impulsan verdaderos cambios estructurales y de mentalidad en cuanto a la relación Estado – sociedad y el rol que compete a cada sector.