

Contratos de PPP para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica

Modelos, pautas de aplicación y desafíos

DOCUMENTO TÉCNICO

Enero 2007



Autor: Ignacio Aragone Rivoir

IGU | PUBLIC
PRIVATE
INFRASTRUCTURE
& UTILITIES

1. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO – PRIVADA EN EL AMBITO DE LOS PROYECTOS DE INVERSION EN SECTORES DE INFRAESTRUCTURAS

1.1 Introducción

En líneas generales, existe acuerdo en cuanto a que una adecuada dotación de infraestructuras básicas –esto es, en los sectores del transporte, agua, energía y comunicaciones-, como consecuencia tanto de la construcción de nuevas infraestructuras como de la realización de labores de conservación y mejoras sobre las existentes, genera un impacto altamente positivo en el desarrollo de los países, en la medida en que repercuten en su productividad, crecimiento económico y competitividad internacional y, por sobre todo, contribuyen significativamente a un mayor bienestar social mejorando la calidad de vida de la población (1).

Ahora bien; en la mayoría de los países latinoamericanos, la situación en que se encuentran sus respectivos acervos infraestructurales es particularmente deficitaria; producto tanto de la postergación de la construcción de obras consideradas imprescindibles, como de la falta de conservación, mantenimiento y mejora de las existentes (2).

Es más, el escenario actual y futuro respecto de la capacidad financiera de los Estados para asumir con recursos propios amplios programas de inversión en infraestructuras públicas no es nada auspicioso; por el contrario, existe la tendencia cada vez más creciente a la aplicación con progresiva rigurosidad, de políticas de ajuste presupuestario y reducción del déficit fiscal, en donde el gran perdedor es el rubro destinado a inversión, al constituir unos de los pocos capítulos de gasto no comprometidos de antemano y, por ende, en donde la aplicación de recortes genera, a priori, una menor oposición.

¹ Así pues –citando una expresión muy gráfica utilizada en un estudio muy interesante del BANCO MUNDIAL (Documento “Infraestructura y Desarrollo”; Washington D.C., 1994)- puede afirmarse que “si no el motor, las infraestructuras representan al menos las ruedas de la actividad económica...” (en pág. 14), siendo la suficiencia de infraestructura “un factor determinante del éxito de un país y del fracaso de otro en la diversificación de la producción, la expansión del comercio, la capacidad para hacer frente al crecimiento de la población, la reducción de la pobreza o la mejora de las condiciones ambientales” (en pág. 3).

² Según estudios de la CEPAL, en función del atraso crónico que existe en Latinoamérica en materia de infraestructuras, se requieren al menos, 60.000 millones de dólares anuales de inversión en infraestructura, y tan sólo el 10 % de esa cifra, podría ser cubierto con préstamos a los gobiernos, conforme a sus capacidades de endeudamiento y a las propias disponibilidades de organismos multilaterales.

A este factor de primer orden en la presión por la búsqueda de soluciones de participación privada, se suman otros tales como las ineficiencias consabidas derivados del modelo tradicional de gestión de infraestructuras y prestación de servicios públicos o de interés público; la insatisfacción y creciente escepticismo de los usuarios respecto de las condiciones en que tales actividades son cumplidas por la Administración; y la constantes exigencias de los contribuyentes respecto de la eficacia y eficiencia (3) en la gestión y aplicación de recursos públicos.

1.2 La “Participación Público – Privada”: Concepto y caracterización

Tal es el entorno bajo el cual se ha venido gestando e intensificando en los últimos años los procesos de participación de agentes privados en los sectores infraestructurales antes referidos; de la mano, muchas veces, de procesos de ajuste en otros ámbitos coligados, , tales como liberalizaciones de determinadas actividades, privatizaciones, reformas institucionales, y reformas regulatorias, entre otros.

Llegado al punto, cabe preguntarse qué es, exactamente, la participación público – privada, “PPP” o “P3” como generalmente se le llama, y que, por cierto, no se trata de una creación originada en el “laboratorio jurídico”, sino surgida del ámbito negocial de promoción y desarrollo de proyectos de infraestructuras, en donde la misma praxis, a falta de normas regulatorias específicas, va creando las suyas propias.

Ahora bien, el hecho de que se trata de un concepto de carácter económico, no debería conducir al error de pensar que, por ello, no tiene trascendencia jurídica. Muy por el contrario, la variada problemática que la utilización de modelos de PPP plantea, requiere también de análisis y construcciones desarrolladas desde la perspectiva jurídica que, claro está, no deberían menospreciar o ignorar dicha realidad económica.

³ Es un principio unánimemente admitido el que estando la Administración al servicio del interés general, debe actuar con eficacia y eficiencia para dar satisfacción plena al mismo. Ello, que la mayor parte de las veces no deja de ser un verdadero *desideratum*, constituye una regla fundamental que debe presidir el obrar de la Administración, y servir de elemento de control del accionar de la misma por parte de terceros.

Eficacia y eficiencia no son la misma cosa. Lo primero significa que la actividad esté específicamente dirigida a alcanzar los fines que impone el interés general, y lo segundo, apunta a que los medios y mecanismos seguidos para ello sean idóneos para el cumplimiento de dicho fin de un modo óptimo, dentro del marco delimitado para ello por el ordenamiento jurídico. Ello implica para la Administración un deber positivo de actuación conforme a dichas exigencias, y un límite inquebrantable a su obrar legítimo. Se tratan éstos de dos principios elementales de gestión, perfectamente aplicables al actuar administrativo más allá de que estén o no explicitados en normas concretas de derecho positivo.

Como consecuencia de lo anterior, la expresión “PPP” es lo suficientemente vaga e imprecisa como para pretender resumir a través de ella, la esencia caracterizante de la amplia gama de operaciones, técnicas y metodologías que la misma engloba; pero, al mismo tiempo, lo suficientemente sintética como para englobar toda una tendencia en la aplicación de un conjunto de técnicas para la incorporación del sector privado en la ejecución de tales actividades.

No existe, pues, un claro consenso respecto al alcance de dicho concepto; sí, en cambio, en relación a ciertos aspectos comunes a todas dichas técnicas que, casi invariablemente, de un modo u otro, son resaltados en varias de las diferentes definiciones (4) existentes.

En suma, asumiendo que no existe una noción uniforme e internacionalmente aceptada de las PPP, y que además, como todo proceso innovativo, ofrece siempre nuevos desarrollos, definiremos las operaciones de PPP como:

Acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, y sistemas de transferencias de riesgos y consecuentes responsabilidades, tienen por objeto el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras y servicios, públicos o de interés público; reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de control y regulación de las actividades desarrolladas en tales casos.

A partir de dicha definición vamos a extraer y explicar las principales notas distintivas de este tipo de operaciones:

- A. Constituyen técnicas de cooperación entre el sector público y privado, de modo tal que combinando las fortalezas de ambas partes –y con ganancia neta para todos los involucrados-, apuntan a satisfacer, con eficacia y eficiencia, necesidades de interés público. Son, en definitiva, una suerte de “matrimonios por conveniencia”, que para que funcionen, es necesario que satisfagan de modo básico las expectativas mínimas de las diferentes partes.
- B. El término PPP engloba una amplia gama de modalidades de cooperación situadas entre los extremos existentes de actividad pública (sistema tradicional) y actividad privada (sea que tradicionalmente hayan tenido dicha

⁴ Entre otras pueden verse: KERNAGHAN, K; en “Partnerships and Public Administration: Conceptual and Practical Considerations”, pág. 61; CANADIAN COUNCIL FOR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS; en “Canadian Public Administration, vol. 36, N° 1, Spring, 1993, pág. 57-76; BRITISH COLUMBIA – MINISTRY OF MUNICIPAL AFFAIRS en “Public Private Partnership – A Guide for Local Government” – Mayo de 1999 – pág. 5; ARMSTRONG, J. L. en “Innovation in public management: towards partnerships”; Optimum – The Journal of Public Sector Management (1993); EUROPEAN COMISION en “Guidelines for succesful Public-Private Partnerships”, Enero, 2003; SEADER en “The United States Experience with Outsourcing, Privatization and Public-Private Partnerships”; GOVERNMENT OF VICTORIA PARTNERSHIP PROGRAM en “PPP: Do they add value to infrastructure procurement?, 2001, página 4.

calidad, o bien, la hubieren adquirido como resultado de procesos de liberalización), las cuales pueden adoptar diferentes formas contractuales (contratos sinalagmáticos como la concesión, contrato de management, etc., o bien, contratos plurilaterales de organización como las figuras asociativas de capital mixto), así como tener por objeto distinto tipo de actividades tales como el diseño, la construcción, la ampliación, el mantenimiento, la refacción, la gestión y/o financiación de infraestructuras –públicas (por ejemplo, una autopista) o privadas (por ejemplo, instalaciones portuarias)-, la provisión de servicios públicos (por ejemplo, los servicios de suministro de agua potable y alcantarillado) o de interés público (por ejemplo, los servicios de telecomunicaciones allí donde los mismos no califican como servicios públicos strictu sensu (5)) según los casos; o bien, quedar encuadradas bajo diferentes tipos de regímenes de gestión, según se verá en numerales siguientes. De dicho abanico de modelos de PPP quedan fuera las operaciones de mera tercerización o “contracting out” de ejecución de actividades conexas o accesorias, así como aquellas de privatización en sentido estricto (6), como resultado de la enajenación total de empresas o activos públicos.

- C. Varios de los modelos incluidos hoy día bajo la denominación genérica de PPP, ya se han aplicado en el pasado. Es más, la utilización de algunos modelos como la concesión, data de muchos siglos atrás (7), aunque su momento de esplendor lo tuvo a mediados del siglo XIX, en pleno auge del industrialismo, al influjo de los grandes descubrimientos técnicos y científicos (ferrocarril, electricidad, telefonía, etc.) que, progresivamente fueron dando lugar a un nuevo elenco de servicios, prestaciones y actividades destinadas a revolucionar el “estilo de vida” de la sociedad.

Pese a ello, en muchos países (donde obviamente se han aplicado este tipo de alternativas en el pasado), se habla de las operaciones de PPP como de algo novedoso. En el caso, la novedad estriba no tanto en la esencia de las técnicas en sí utilizadas a tales efectos, sino el nuevo sentido que ha adquirido su aplicación; particularmente en lo relativo a las metodologías empleadas

⁵ Esto es, actividades “publicadas” o extraídas del ámbito de libre prestación por parte del sector privado; a diferencia de los “servicios de interés público”, que constituyen actividades de carácter libre, aunque sujetas a intensa regulación por razones de interés público.

⁶ La aclaración procede por cuanto es usual calificar a la concesión y otras modalidades de participación privada como alternativas de “privatización”; que lo son en un sentido amplio (pues lo que se “privatiza” es la gestión de una infraestructura o servicio); más no en sentido estricto (en donde la privatización se entiende como transferencia o enajenación de activos públicos al sector privado, incluido –claro está- su gestión).

⁷ Ya en la Antigua Grecia y posteriormente Roma, existían antecedentes de obras públicas (básicamente, la construcción de puertos) cuya ejecución se cometía a personas privadas y a quienes, las autoridades públicas, en carácter de contraprestación, les permitían percibir una prestación del público usuario de dichas obras (al respecto, JOSSE, en “*Les Travaux Publics et l'expropriation*”, pág. 182 y sigtes.; Éditions Sirey, París, 1958).

para la concepción de los proyectos, su evaluación, diseño, estructuración, ejecución, control y regulación; así como en cuanto a la asignación de riesgos involucrados en los diferentes proyectos (8). A tales efectos, la experiencia británica –al influjo del programa denominado PFI (9)- y de los demás países del Commonwealth (Australia, Nueva Zelanda, entre otros), pone de manifiesto la utilización de excelentes herramientas como la denominada “Public Sector Comparator” (PSC) ¹⁰; así como, en el caso de Estados Unidos, los conocidos análisis “costo-beneficio” y “costo-efectividad” (11); cuyas mecánicas de utilización son trasladables a los países latinoamericanos.

⁸ En este sentido, en los casos de proyectos de concesión que son, dentro de la escala de modalidades de PPP, la alternativa en la que el concesionario suele asumir la mayor cantidad de riesgos, del viejo principio de la concesión a “puro riesgo y ventura” del concesionario (sistema tradicional) –suavizado más tarde por la aplicación del principio de “intangibilidad de la remuneración del concesionario”-, se ha pasado al principio de la “cooperación pública- privada”, como base para una asunción compartida de ciertos riesgos por parte del sector público y privado, en determinados tipos de proyectos en que por sus características especiales, no pueden ser abordados a partir de esquemas puros de project finance.

⁹ Este programa fue formalmente inaugurado por el Gobierno Británico en el año 1992, y promovido con la intención de fomentar la ejecución de obras y provisión de servicios de interés público (en sentido amplio) a través de mecanismos de participación privada. Sus objetivos básicos son los siguientes: a) generar el mayor nivel de financiación privada posible; b) mejorar la calidad de los servicios provistos a los usuarios; c) disminuir el gasto público en tales áreas, aprovechando la competencia y capacidad innovativa y eficiencia del sector privado. En el marco de este programa es posible identificar tres tipos de proyectos básicos: i) free-standing projects, ii) joint ventures, y iii) servicios prestados al público.

¹⁰ El PSC es un método de análisis y estimación objetiva de todos los costos (operativos, laborales, financieros, etc) derivados de la implementación y ejecución de un proyecto mediante, por un lado, la modalidad de ejecución pública, y de ejecución privada por otro (modalidades de PPP). Se trata de un instrumento que permite a la Administración comparar de manera científica la diferencia de costos (principalmente financieros) entre dos modelos de ejecución de un mismo proyecto ha implementarse. Siguiendo la terminología anlosajona, a través del PSC se logra un estimación cuantitativa del Value for Money (entendido como la combinación óptima de costos y la capacidad para satisfacer los requerimientos de los usuarios) que se obtendrá de la implementación de diferentes modalidades de ejecución de un mismo proyecto de infraestructura.

¹¹ Tanto la metodología del costo-beneficio (“benefit-cost analysis” o BCA) como la del costo-efectividad (“cost-effectiveness analysis” o CEA) permiten construir un marco para identificar y evaluar los resultados probables de las distintas alternativas en la estructuración de proyectos de PPP.

Un elemento distintivo del método costo-beneficio es que los costos y los beneficios deben ser susceptibles de expresión monetaria, para permitir una evaluación de las diferentes opciones según parámetros de relativa objetividad. Midiendo los costos y beneficios incrementales entre las diferentes alternativas puede llegar a determinarse cuál de ellas constituye la mejor alternativa para maximizar los beneficios netos.

Cuando resulta en extremo difícil expresar los costos y beneficios de una determinada acción en términos monetarios, o bien cuando es posible, pero los resultados son controversiales o discutidos, o cuando los beneficios o los costos son similares en diferentes alternativas planteadas, las prácticas internacionales proponen un método sucedáneo al del costo-beneficio, y en algunos casos complementario, denominado como “método del costo-efectividad”. El objetivo del último es determinar qué alternativa permitirlograr de un mejor modo posible los objetivos deseados al mínimo costo. Así por ejemplo, en el caso de existencia de varias alternativas con similares costos o beneficios, el análisis apuntará a determinar cuál genera los

En general, del dogmatismo con que se venían aplicando dicho tipo de estructuras de financiación/gestión privada de infraestructuras, se ha pasado a una concepción claramente pragmática; que parte como primera medida, de determinar –a partir de análisis fundados y racionales- si para ejecutar una determinada actividad o servicio, desde el punto de vista de la eficacia y eficiencia en la gestión, es mejor que esté a cargo del sector público o del sector privado; y a partir de allí, estructurar el proyecto utilizando la técnica de PPP más apropiada para el caso, poner en marcha un procedimiento licitatorio adecuado, seleccionar el mejor contratista para la Administración, y disponer los necesarios mecanismos de control y regulación de la actividad del futuro operador privado.

- D. Si bien es de esencia de cualquier estructura de PPP, la asunción de riesgos y responsabilidades por el sector privado, lo cierto es que el tipo y alcance de dicha transferencia de riesgos variará caso a caso en función del tipo de operación de PPP y las características específicas de su estructuración en cada oportunidad. En función de dicho criterio, es fácil comprender porqué en los extremos del abanico de modalidades de PPP, se encuentran los modelos de gestión, en un lado, y de concesión, en otro; yendo desde un menor a mayor escenario de hipótesis de transferencia de riesgos.
- E. Desde el punto de vista institucional, la promoción de este tipo de proyectos por parte de la Administración puede tener lugar a partir de diferentes estructuras, a saber: a) desarrollo a cargo de entidades públicas competentes para su otorgamiento: es el sistema tradicional y usualmente utilizado en la mayoría de los proyectos de PPP. En estos casos, la propia unidad especializada constituida para promover el proyecto sea quién, en definitiva, desarrolle el mismo hasta su adjudicación al sector privado; b) desarrollo a cargo de unidades públicas de propósito especial: constituye una variante de la anterior, generando a priori mayores ventajas en la medida en que a través de su utilización, se logra un mayor aislamiento de las actividades de promoción y desarrollo del proyecto, del resto de la entidad pública con competencia para la implementación de la operación de PPP planteada; y c) desarrollo a cargo de entidades instrumentales de la Administración de carácter independiente: Se trata de una modalidad relativamente novedosa, y ha venido siendo utilizada en varios países como Estados Unidos o España, entre otros. Este tipo de entidades puede ser creado, a su vez, por entidades competentes para el otorgamiento de PPP de carácter nacional o regional; para ejecutar un proyecto en particular o una gama más amplia de proyectos de PPP; sea en una región determinada ⁽¹²⁾, en más de una región ⁽¹³⁾, en un

mayores beneficios (en el caso de situación de costos similares), o cual representa los menores costos (cuando los beneficios son similares).

¹² Dentro de éstas, son conocidas, en España, las Sociedades gestoras de obras de infraestructura como GISA (Gestión de Infraestructuras S.A.), GIASA (Gestión de Infraestructuras de Andalucía S.A.) o ARPEGIO (Áreas de Promoción Empresarial y Gestión de Infraestructuras, S.A.) en España, constituidas

país ⁽¹⁴⁾, o para un grupo de ellos ⁽¹⁵⁾. Se trata ésta última de una modalidad por demás usual aplicada en el desarrollo y ejecución de proyectos de inversión en infraestructuras, especialmente en el sector del transporte, y su peculiaridad está no tanto en las formas de contratación de operadores privados adoptadas para llevar adelante los mismos, sino en la forma de hacerlo; que consiste en interponer entre los contratistas privados y la Administración Pública, una entidad instrumental constituida “ad hoc”, de carácter público o público-privado ⁽¹⁶⁾. Posteriormente, dicha entidad podrá contratar la ejecución del proyecto con carácter global, o bien, a través de un esquema de “unbundling” (o “desempaquetado”), involucrando a diferentes operadores para actividades distintas (por ejemplo, seleccionando un contratista para el diseño y construcción del proyecto; otro para la provisión de los equipamientos; y otro para gestionar la explotación de las infraestructuras), que reunir todas ellas en un mismo agente privado o grupo económico (por ejemplo, el otorgamiento de una concesión en cualquiera de sus versiones estándares).

- F. La ausencia de regulaciones específicas y sistematizadas en la amplia mayoría de países en relación a los diferentes aspectos que hacen al funcionamiento de los sistemas de PPP lleva, casi inexorablemente, al intento de encasillar dichas técnicas en los moldes contractuales tradicionales, lo cual muchas veces conduce controversias estériles. Por otra parte, dicha circunstancia es también generadora de la existencia de una nomenclatura no uniformizada en relación a los distintos modelos de PPP, así como también, a una falta de estandarización en cuanto a las caracterización de cada modalidad en particular; por más de que sobre la base de un importante esfuerzo de análisis

por los Gobiernos Estadales/Regionales Autónomos de España, que desarrollan inversiones en obras públicas de infraestructuras en una región determinada, actuando en nombre propio y por cuenta de la Gobernación. Se rigen bajo el principio de la empresa privada, encontrándose sometidas a la legislación mercantil.

¹³ Por ejemplo, el caso del “Foothill / Eastern Transportation Corridor” en California – Estados Unidos.

¹⁴ Tal es el caso, por ejemplo, de las denominadas “Empresas Estadales de Desarrollo” en Alemania.

¹⁵ A modo de ejemplo, puede citarse la Agencia Ejecutiva de la Red Transeuropea de Transporte (RTE-T), creada en el seno de la Unión Europea como sociedad de carácter comunitario, estatal, integrada por los países europeos involucrados, con la finalidad de ser una unidad o instrumento de promoción, co-financiación y gerenciamiento de los proyectos de infraestructura para la realización de la red transeuropea de transporte.

¹⁶ En definitiva, a través de este mecanismo, se crea una entidad de propósito especial, a la cual se le asigna la competencia, delega o comete el diseño, construcción, mantenimiento, rehabilitación, ampliación, gestión y/o financiación de una determinada infraestructura y, a cuyo respecto, se habilita posteriormente la participación privada a través de alguna de las diferentes alternativas PPP antes enunciadas, según las necesidades de cada caso en concreto.

y consideración de diferentes prácticas puedan extraerse elementos y rasgos definitorios (17).

G. Resta destacar, por último, la real esencia de las técnicas PPP; que son mucho más que meros mecanismos de financiación o gestión de infraestructuras con la participación del sector privado: consisten en herramientas que forman parte de procesos de connotaciones mucho más complejas, como son los usualmente denominados procesos de “reforma del Estado”. Tal es el criterio imperante en relación al encuadre conceptual de este tipo de herramientas, que para que funcionen eficaz y eficientemente, demandan ser acompañadas de la implementación un anterior o concomitante programa tendiente a redefinir los nuevos roles del Estado en dichos sectores de actividad (18), reforzando los roles de regulación y control como contrapartida de una progresiva retirada técnica del Estado del rol prestacional; el establecimiento de adecuadas estructuras organizacionales y funcionales al seno de la Administración para conducir las diferentes labores intrínsecas al diseño y estructuración general de operaciones de PPP, así como para el cumplimiento de roles en materia de regulación y control sobre operadores privados; la disposición de un adecuado régimen de responsabilización (“*accountability*”) para los funcionarios de la Administración Pública participantes en los procesos PPP; del establecimiento de un marco jurídico-institucional apropiado para la que los procesos de PPP tengan lugar de forma adecuada; y en suma, de una “nueva forma de hacer” en el sector público. Al respecto, la experiencia internacional pone de manifiesto que las razones de los magros o negativos resultados que la aplicación de modelos de PPP ha dejado como saldo en varios países latinoamericanos que han venido incursionando en la utilización de dichas técnicas en años anteriores, obedecen, casi sistemáticamente, al hecho de no haber procesado –previa o simultáneamente- las reformas antes expuestas.

¹⁷ “Para muestra basta un botón”, según el dicho popular. Por citar algunos casos, existen, en este sentido, ejemplos de situaciones en que se utilizan de manera indistinta las denominaciones de “contratos BOT” y “concesiones” (buena parte de las cuales califican como “TBOT”, según se verá más adelante), o contratos de obra pública “llave en mano” con “contratos BOT”. Por otra parte, también hay ejemplos de utilización de denominaciones contractuales distintas para referirse a similares estructuras operacionales, muchas veces producto de la normativa vigente en cada país (en este sentido, por citar algún caso, existen países donde se regulan los contratos de usufructo con una estructura similar a las de los contratos de concesión). Existen también casos en los que, como consecuencia de la necesidad de adecuar la utilización de un determinado modelo contractual de PPP a las características de un proyecto en particular, se introducen modificaciones tales a la figura original, que la llevan a una casi completa desnaturalización; al punto en que lo que conserva del modelo contractual original es sólo la denominación formal.

¹⁸ En esencia, existe consenso en cuanto a que en este nuevo entorno, el Estado debería focalizarse en sus roles de definición de políticas, planificación estratégica, regulación y control de actividades a cargo de operadores privados. En lo que respecta al ámbito prestacional, se considera que, en virtud de los deficientes resultados evidenciados a partir del modelo tradicional de gestión pública durante todos estos años, el Estado debiera dar paso al sector privado; excepto en aquellos casos en que no estén dadas las condiciones para que la participación privada tenga lugar bajo parámetros de eficacia y eficiencia.

2. MODELOS USUALES DE PPP: TIPOLOGIA Y CARACTERIZACION

2.1 Consideraciones generales

A continuación se presentan los modelos de PPP de uso más difundido en la práctica internacional. También cabe tener presente que, en consonancia con la gran variedad de definiciones de modelos de PPP existentes, abundan también los criterios de clasificación de los mismos (19).

Como se podrá apreciar de la caracterización de los diferentes modelos, algunos de ellos constituyen nuevas versiones –en definitiva, adaptaciones a las nuevas necesidades-, de modalidades de uso tradicional (y a las que incluso se las ha dotado de una propia fisonomía que, en algunas variantes, ya poco o nada pueden llegar a tener que ver con la forma contractual “madre” que les dio origen, como ocurre, por ejemplo, con ciertas variantes del contrato “llave en mano”); otras, en cambio, son herramientas de nuevo cuño; y otras, por último, prácticamente no presentan variantes respecto de sus símiles históricos.

De todas ellas la concesión es, por excelencia, la forma “reina”; regulada en prácticamente todos los países de la región latinoamericana. Claro está, que ello no significa per se que constituya la mejor opción, cualquiera fuere el entorno del proyecto respecto del cual se pretende implementar. La determinación de cuál es la mejor alternativa no es algo que pueda establecerse a priori y con carácter general para cualquier tipo de proyecto. Constituye una cuestión que debe considerarse caso a caso, y a partir de un cuidadoso análisis y evaluación del proyecto, empleando metodologías específicamente diseñadas a tal fin. Podrá ocurrir que frente a un mismo proyecto, sea igualmente conveniente utilizar más de una variante, y donde lo cual, la elección por una u otra modalidad dependerá de razones políticas o estratégicas. Cosa distinta es que se aplique frecuentemente un modelo en particular, sea por limitantes establecidas en los marcos normativos, sea por desconocimiento de las posibilidades que brindan otras alternativas.

¹⁹ Entre los más comunes están los siguientes: *A) En atención al tipo de potestades o prerrogativas que se transfieren al sector privado:* i) PPP de carácter colaborativo; ii) PPP de carácter operacional; iii) PPP de carácter contributivo; iv) PPP de carácter consultivo; *B) Según la entidad que asuma la financiación del proyecto:* i) financiación pública pura, que a su vez puede ser de carácter presupuestario o extrapresupuestario (esto es, en función de si, conforme a criterios contables, computan o no a los efectos del presupuesto); financiación privada pura; y iii) financiación público-privada o compartida; *C) En función de la fuente de fondos a partir de la cual el operador privado recibirá su contraprestación:* i) pagos provenientes de usuarios; ii) pagos o contribuciones abonadas por el Estado; iii) sistemas mixtos; *D) Según el tipo de gestión:* i) modelos PPP de gestión directa; y ii) modelos PPP de gestión indirecta; *E) En función del plazo de vinculación contractual:* i) contratos PPP de corto plazo; ii) contratos PPP de mediano plazo; y iii) contratos PPP de largo plazo; y *F) En función de la vía instrumental utilizada:* i) PPP basados en figuras contractuales; y ii) PPP basados en mecanismos de cooperación institucional entre agencias públicas y privadas.

Entrados a este ámbito, cabe recordar que, como ya se ha dicho, la nomenclatura utilizada para describir los diferentes modelos de PPP no está estandarizada (20); no obstante, se ha tratado de utilizar las denominaciones de uso más difundido a nivel internacional. Por dicha circunstancia, resulta vital centrarse en el análisis de las características esenciales de cada modelo en particular, antes que en sus respectivas denominaciones. Ahora bien; más allá de dichas notas típicas, lo cierto es que cada modelo puede presentar, en los hechos, una gran variedad de matices; tanto como consecuencia de la necesidad de ajustar la aplicación de los modelos a las peculiares características de cada proyecto en particular, como al “corset” que muchas veces imponen los marcos normativos en cada caso (21).

2.2 Modalidades más usuales de PPP aplicadas en el sector del transporte y caracterización de cada una de ellas

2.2.1 Arrendamientos de servicios

El arrendamiento de servicios constituye una técnica ampliamente utilizada por la Administración para cometer a operadores privados la prestación de servicios o gestión de actividades a su cargo en sectores infraestructurales, sea cual fuere su naturaleza, en áreas tales como la técnica, financiera, comercial, operativa y de mantenimiento; a cambio de la remuneración correspondiente recibida directamente de la Administración, y operando bajo su control.

De las diferentes modalidades de arrendamientos de servicios usualmente utilizadas en sectores infraestructurales –y que reciben la denominación genérica de “service contracts”-, cabe destacar especialmente los llamados contratos de mantenimiento y/o rehabilitación, y los contratos de gestión; que se verán a continuación por su orden.

2.2.1.1 Contrato de mantenimiento y/o rehabilitación (“rehabilitation and maintenance contracts”)

²⁰ Según se puede observar de la literatura y práctica existente a nivel internacional, existen varios nombres para un mismo tipo de contrato o instrumento de PPP. De hecho, en algunos casos observados, parecería que cada país utiliza una denominación propia, llegando incluso a disputarse la “paternidad” de dichos modelos. En esta línea, son corrientes las referencias al “modelo español”, “sistema alemán”, “sistema italiano”, “modelo inglés”, etc.; y ello, tanto en referencia a modelos contractuales similares como frente a otros con leves variantes entre sí; lo cual, indudablemente, puede llevar a confusión.

²¹ Lo que se viene de expresar pone de manifiesto una nota esencial a la implementación de procesos de PPP; y es que en tales casos, no es posible pretender aplicar a “rajatabla” y a modo de recetas uniformes e invariables, fórmulas y modelos preestablecidos y aplicados en otros países, sea cual fueren las circunstancias. Cada proyecto tiene sus propias particularidades y entorno que debe ser respetado. De ahí que, más allá de respetar –obviamente– la fisonomía de las modalidades utilizadas, lo cierto es que cada proyecto de PPP debe diseñarse, estructurarse y aplicarse del mismo modo de que se tratara de un “traje a medida” para cada ocasión.

A través de este tipo de contratos, la Administración Pública comete a un agente privado, la realización de labores de mantenimientos rutinarios, mantenimientos periódicos y/o de rehabilitación sobre determinados tipos de infraestructuras, a cambio de un determinado precio o retribución a serle pagado directamente por la Administración. Dichas tareas son realizadas por el contratista, en nombre y por cuenta de la Administración.

Las razones básicas para la utilización de esta modalidad de PPP por parte de la Administración han estado centradas, fundamentalmente, en la intención de mejorar la eficiencia en la financiación y ejecución de dicho tipo de actividades, como respuesta a los magros resultados evidenciados a partir de varios años de aplicación del sistema tradicional que, en el caso, implicaba que las actividades de referencia eran ejecutadas directamente por la Administración utilizando estructuras laborales propias.

La utilización de contratos de mantenimiento y/o rehabilitación –especialmente en la modalidad de contratación por estándares- comienza a tener fluida utilización en América del Sur a partir de mediados de los años 90 (Argentina, Brasil, y Uruguay, entre otros); despertando posteriormente interés en países desarrollados como Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda, entre otros, sobre la base de su potencial para alcanzar metas en materia de reducción de costos de dichas labores, así como en el aporte de soluciones de largo plazo al mantenimiento de redes viales.

Tal como se ha adelantado, son partes de este tipo de contratos, por un lado, la Administración Pública (que, a su vez, podrá ser una entidad nacional o departamental, en función de las asignaciones de competencias previstas en cada país para la suscripción de este tipo de contratos), y por otro, los agentes privados contratistas; que, a su vez, pueden ser empresas tradicionales del sector de la construcción o, bien, tratarse de microempresas; estas últimas, generalmente conformadas por ex-trabajadores provenientes del sector público (22). Más allá del desempeño demostrado por este último tipo de entidades, la asignación de los contratos a uno u otro tipo de empresas dependerá, en buena medida, de las características de los diferentes proyectos.

De acuerdo a lo antes expresado, el contratista recibe su retribución directamente de la Administración quién, a su vez, puede obtener los fondos para abonar al contratista de diversas fuentes; siendo las más usuales las que se describen a continuación, sea aplicadas en forma aislada o combinada: a) tributos de carácter general; b) tributos de carácter específico (por ejemplo, tasas o contribuciones

²² Existen en Uruguay interesantes antecedentes en cuanto a la suscripción de contratos de mantenimiento con microempresas constituidas por ex – trabajadores del sector público, con resultados claramente beneficiosos para las diferentes partes. Similares antecedentes de experiencias exitosas pueden mencionarse en Colombia con contratos de conservación rutinarias a cargo de microempresas de trabajadores.

especiales percibidas de los frentistas o beneficiarios de las redes viales afectadas a la operación; impuestos a los vehículos o combustibles, etc.); c) contribuciones negociadas; y d) peajes cobrados a los usuarios de las vías afectadas u otras distintas (“solidaridad interregional”).

En cuanto al pago que recibe el contratista de la Administración, cabe también señalar que puede asumir diferentes modalidades, a saber: i) pagos efectuados sobre la base de precios unitarios o por trabajos específicos ejecutados previamente definidos en el contrato; o bien, ii) pagos efectuados sobre la base de resultados alcanzados por el contratista (e independientemente de la cantidad de trabajo o volumen de obras ejecutada por éste) conforme a determinados parámetros objetivos de desempeño (“*performance standards*”) definidos en el contrato. A partir de dichas alternativas de fijación de la retribución del contratista, la práctica internacional reconoce dos sub-variantes de esta modalidad de PPP, que son los “*Quantity-based maintenance contracts*”, para el primer caso; y los “*Performance-based maintenance contracts*”; para el segundo.

Al establecerse pagos al contratista en carácter de suma global por resultados alcanzados y no sobre volúmenes de obras o trabajos ejecutados, se generan mayores incentivos para la obtención de ganancias por parte de éste, en la medida en que logre mejorar sus niveles de eficacia y eficiencia. En esta misma línea se ubican las tendencias actuales en cuanto a procurar mayores economías de escala a los contratistas por la vía de ampliar las áreas comprendidas en la operación, así como de extender los plazos contractuales.

En términos generales, los contratos basados en estándares se están otorgando por plazos situados entre los 3 y 5 años, a diferencia los anteriores, que solían otorgarse por plazos de entre 1 y 3 años máximo.

2.2.1.2 Contrato de gestión (“management contracts”)

Se considera tal al contrato conforme al cual, la Administración comete a una entidad privada, la realización de determinadas actividades vinculadas a la operación / gestión de infraestructuras, durante un período determinado, y a cambio de la correspondiente contraprestación, remuneración o precio, a percibir de la Administración. Al igual que en el caso anterior, dichas tareas son realizadas por el contratista, en nombre y por cuenta de la Administración (“*régie intéressée*”, según la denominación francesa).

Existen experiencias por demás interesantes respecto de este tipo de contratos, fundamentalmente en el sector de transportes (²³), pero también en otros sectores de infraestructuras en red (²⁴).

²³ En dicho ámbito, pueden citarse ejemplos del subsector vial en países como Inglaterra (por ejemplo, el “Services of Management and Contractor” sobre 1000 Km de carriageway, contrato suscrito a 2 años prorrogables por 2 años más, con el objetivo de mejorar económica y operativamente la gestión y mantenimiento de una red vial bajo control de la Highway Agency Area 8- North of London); y Canadá (en

Las actividades que específicamente puede englobar un contrato de esta naturaleza pueden ser del siguiente carácter:

- a. prestación de servicios específicos de gestión, tales como, por ejemplo, la recaudación de tarifas, atención a usuarios, etc.
- b. prestación integral de servicios gestión, incluyendo o no la organización y/o control de las actividades de mantenimiento / rehabilitación de infraestructuras, instalaciones y equipos ejecutadas por terceros; y
- c. prestación integral de servicios de gestión y de mantenimiento y rehabilitación; en cuyo caso, en el objeto del contrato abarca también las actividades mencionadas en el numeral 2.2.1.1 anterior.

Según se puede apreciar de la experiencia internacional en la utilización de este tipo de contratos, existen al menos dos factores considerados claves para una exitosa implementación de los mismos, a saber: i) por un lado, resulta imprescindible establecer un claro marco de actuación del operador, asignándosele la necesaria autonomía a efectos que diseñe, estructure e implemente un adecuado sistema para la gestión comercial eficaz y eficiente de la infraestructura en cuestión; y ii) por otro lado, que a través del contrato de gestión, se haya estipulado un adecuado sistema de incentivos y penalizaciones (“recompensas y castigos”) aplicables conforme a la gestión efectivamente desempeñada por el contratista.

Usualmente, este tipo de contratos se ha utilizado en los siguientes casos: a) cuando por razones políticas o estratégicas no existe la voluntad de transferir un mayor rango de actividades –y, consiguientemente, responsabilidades y riesgos– al sector privado; b) cuando se trata de proyectos no autofinanciables bajo esquemas de *project finance* en sus versiones más puras y, por ende, no fuere posible transferir una mayor carga de riesgos del proyecto al contratista; y c) como operaciones de carácter previo a un proceso de privatización, concesión u otras alternativas que impliquen una mayor transferencia de riesgos al sector privado, y con el objeto de obtener mayor información sobre los resultados susceptibles de ser alcanzados a través de una gestión eficiente de ciertas

este sentido, puede mencionarse el contrato de tercerización de gestión y mantenimiento para una red vial en la Provincia de Alberta, por 5 años con opción de prórroga por 3 años más), entre otros; en el subsector portuario pueden indicarse los casos de países como Jamaica (Puerto de Kingston – contrato de gestión a 5 años prorrogable), y Jordania (Puerto de Aqaba – contrato de gestión a 2 años prorrogable hasta 25), entre otros, y en el aeroportuario, el caso de Costa Rica (Aeropuerto Internacional Juan Santamaría – contrato de gestión interesada a 20 años), entre otros.

²⁴ En esta área, existen interesantes antecedentes en diferentes sectores, particularmente en aguas. En este caso, puede mencionarse, en el ámbito latinoamericano, el contrato para la provisión de los servicios de suministro de agua potable y saneamiento en Venezuela (“Aguas de Monagas”, donde existe un contrato de gestión a 4 años), entre otros.

infraestructuras, a fin de estructurar posteriormente dichos procesos en condiciones de mayor eficacia y eficiencia.

Como se señaló antes, la remuneración del contratista en estos casos, es abonada directamente por la Administración ⁽²⁵⁾, que corre con los riesgos comerciales de la operación (riesgo de diseño y construcción, riesgo de tráfico o mercado, etc.). Y ello, por cuanto al igual que respecto del anterior modelo PPP, el contratista es un gestor directo de la Administración; razón por la cual, los resultados económicos de su actividad de gestión, recaen sobre la Administración. Como consecuencia de ello, cuando entre otras funciones, el contratista gestiona los cobros de peajes o tarifas por los usuarios, debe transferir los mismos a la Administración.

La remuneración recibida por el contratista puede asumir diferentes modalidades. Puede adoptar, por lado, la forma de un “lump sum” o suma alzada (de carácter global y fijo), que a su vez puede ser de carácter uniforme, o bien, estar condicionada en la percepción de su 100% por parte del contratista, al cumplimiento de determinados niveles de performance mínimos (lo que se conoce como sistema de “pagos por disponibilidad”); siendo penalizado en el porcentaje total recibido en caso de no alcanzar los mismos, mediante la aplicación de deducciones progresivas conforme a ciertos parámetros o indicadores establecidos en escalas o matrices ⁽²⁶⁾.

Una variante al sistema anterior podría consistir en establecer un pago compuesto por una porción fija y otra variable; esta última, fijada o ajustada en función de los resultados económicos obtenidos por la Administración como consecuencia de la gestión del contratista (por ejemplo, fijando la porción variable a modo de precio por unidad de volumen producido o facturado, o calculándola a modo de un porcentaje sobre el total de las tarifas recaudadas de los usuarios entre otras modalidades). En estos casos, la determinación del componente fijo y variable es algo a establecer en función de las características de cada proyecto en particular; no obstante, se tiende a que, con carácter general, el componente de carácter fijo permita al contratista, como mínimo, cubrir sus costos operativos.

²⁵ Ello es independiente del hecho de que el contratista recaude tarifas, peajes o precios de usuarios por los servicios provistos en el marco de dicho contrato; los cuales, en todo caso, es por cuenta y en nombre de la Administración

²⁶ Por ejemplo, tratándose de la gestión de una carretera o autopista, podría establecerse en el contrato una matriz de condiciones de performance de calidad de servicio (número de accidentes en las vías gestionadas, el tiempo de demora de los vehículos en las casetas de peaje, el monitoreo del estado del firme, el nivel de quejas de los usuarios, etc.), estableciéndose que en caso de cumplirse los mínimos allí establecidos por el contratista, éste tendrá derecho al 100% de su remuneración. Caso contrario, debería padecer deducciones progresivas conforme a los niveles reales de gestión, hasta llegar a la hipótesis de rescisión del contrato por incumplimiento en situaciones de extrema gravedad o reincidencia.

Al igual que en los contratos de mantenimiento y rehabilitación antes comentados, también en estos casos la Administración se reserva las potestades de supervisión / control de la actividad del operador privado.

En lo que respecta a las inversiones, cabe señalar que, usualmente, el contratista sólo tiene a su cargo la realización de aquellas inversiones necesarias para cumplir con su actividad de gestión, por ejemplo en vehículos, equipos de oficina, etc. Sin embargo, la entidad pública contratante es la responsable de la financiación de infraestructuras nuevas, para el caso de que las mismas fueren necesarias para la prestación del servicio gestionado. También suelen ser de cargo de la Administración los costos correspondientes a los trabajos de mantenimiento y ejecución de obras menores vinculadas al proyecto.

En general, de la práctica internacional se puede constatar que esta clase de contratos suelen pactarse por plazos que oscilan entre los 3 y 5 años, incluso por plazos aún superiores, siendo en general renovables ante determinadas circunstancias.

2.2.2 Contrato de obra pública

2.2.2.1 Aspectos generales

Se trata de una de las modalidades más tradicionales de ejecución de proyectos de infraestructuras por parte de la Administración que, con diferentes variantes, ha venido siendo regularmente utilizada en el marco de aplicación de las nuevas técnicas de PPP.

Conceptualmente, consiste en el contrato administrativo conforme al cual, la Administración (contratante) comete a una persona (contratista), la ejecución de una determinada obra pública, a cambio del pago del correspondiente precio fijo en las instancias convenidas (pago único o pagos parciales).

Existen discusiones a nivel doctrinario respecto al tipo de bienes de los que podría ser objeto un contrato de obra pública (vale decir, si refiere exclusivamente a bienes inmuebles o abarcaría también bienes muebles), al alcance del concepto de obra pública desde el punto de vista de las actividades concretas que quedarían comprendidas bajo esta figura contractual, así como en relación al tipo de entidades públicas habilitadas para actuar en carácter de contratantes; entre otras cuestiones. No obstante el interés que los mismos presentan, el análisis de dichos aspectos excede el ámbito de esta presentación.

Lo que sí, en cambio, es importante destacar en esta instancia, son las variantes que modernamente ha tenido la tradicional figura del contrato de obra pública en el ámbito de las modalidades de PPP, tal como se verá al analizar a continuación la modalidad conocida como contrato “llave en mano”,

2.2.2.2 Contrato de construcción “llave en mano” (“turnkey contract”)

El contrato de construcción “llave en mano” en su esencia es, como decíamos, un contrato de obra pública que, respecto del modelo tradicional, presenta variaciones en los siguientes ámbitos en que se indican a continuación. Existen ejemplos por demás interesantes de la utilización de este tipo de modelos en el ámbito de los Estados Unidos y de la Unión Europea, en diferentes subsectores del transporte tales como el vial, ferroviario y sistemas urbanos (metro, trenes ligeros, etc.), entre otros (27).

A. Régimen de pago de la obra:

Al igual que en los modelos de PPP anteriores, también en este caso, la retribución del contratista es abonada directamente por la Administración.

En general, y especialmente en proyectos de obras en el sector de transportes, el pago cubierto al contratista consiste en una suma “alzada” o de carácter fijo (“lump sum”); la que muy posiblemente ha constituido el criterio básico o factor preponderante de adjudicación del correspondiente contrato en el procedimiento licitatorio. Pagos de dichas características permiten a la Administración desplazar hacia el contratista, fundamentalmente los riesgos de desarrollo, de diseño y construcción, de puesta en marcha y, en su caso, los riesgos operativos (estos últimos, cuando se impone al contratista la gestión de las infraestructuras objeto del proyecto durante un cierto período). No obstante, podrían darse casos – aunque no es lo usual, puesto que no protegen adecuadamente la posición de la Administración, al no presentar incentivos para una ejecución eficaz y eficiente del las actividades a cargo del contratista- de retribuciones fijadas a partir de precios unitarios o sistemas de “*cost plus*” (esto es, cobertura de costos incurridos por el contratista para la ejecución del proyecto más una razonable utilidad).

En cuanto al momento de efectuarse el pago, las prácticas internacionales existentes al respecto van desde la alternativa de efectuar un pago único (modalidad conocida como *contrato de obra con abono total de precio* (28), el que es pagado a través de una partida única entregada al contratista al momento de terminación de la obra –generalmente, puesta en marcha incluida, dependiendo del tipo de obra- o a cierto plazo contado a partir de allí), o varios pagos fraccionados durante un cierto número de años; en cualquier caso, en un plazo contado a partir de la finalización de la obra (en general entre 8 y 15 años)

²⁷ En el marco de proyectos viales comprendidos en el “Plan Puebla-Panamá” a ser promovidos próximamente con financiación aportada por el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), ya se ha anunciado que se utilizará esta modalidad de PPP para su desarrollo.

²⁸ Esta variante está expresamente recogida en la legislación española, más específicamente, en el artículo 147 de la Ley 13/1996 de fecha 30/12/96 de “Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social”, y el Real Decreto 704/97 de fecha 16/5/97.

(²⁹), incluyendo el precio abonado, el costo de la financiación provista a la Administración por parte del contratista (intereses).

B. Mecánica de financiación de la obra:

En la medida en que hay un diferimiento del pago, la financiación del proyecto es asumida por el contratista, aplicando recursos propios y/o ajenos. En este último caso, a efectos de gestionar financiación externa para la ejecución del proyecto, es frecuente la utilización por parte del contratista, de los compromisos de pago asumidos por el Estado hacia él, como respaldo de los pasivos que contraerá con los agentes financieros. A su vez, en ocasiones, con el objeto de asegurar al contratista el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la Administración a su respecto, también suele pactarse la constitución de un fondo de garantía (escrow account, fideicomiso, fondo de afectación especial, etc.) alimentado, en todo o en parte, por los ingresos obtenidos por la Administración por concepto de peaje, tarifa o precios pagados por los usuarios de las infraestructuras afectadas al proyecto, una vez se hayan puesto en funcionamiento las mismas.

C. Tipo de servicios o prestaciones comprendidas en el ámbito del contrato:

Las tareas objeto de un contrato “llave en mano” suelen ser de carácter más amplio que las usualmente comprendidas en un contrato de obra pública. En este sentido, además de la construcción de la obra o proyecto de infraestructura en sí, suele incluir su diseño (a partir de pautas básicas provistas por la Administración), la provisión de equipamientos que fueren eventualmente necesarios para la posterior explotación, su financiación –según se dijo antes-, su puesta en marcha y, eventualmente, su explotación por un determinado plazo (en general, entre 2 y 5 años máximo), una vez concluida la fase de construcción (³⁰). En otros casos, suele a su vez pactarse a cargo del contratista, el cumplimiento de ciertas obligaciones posteriores a la finalización exitosa de la construcción, como ser, la formación de personal y la asistencia técnica a la Administración (³¹).

²⁹ Entre otros casos, esta alternativa ha sido profusamente utilizada en Alemania, –de ahí a la referencia usual a este sistema como “modelo alemán”- en el marco del desarrollo del amplio programa de inversión en infraestructuras puesto en marcha tras la reunificación alemana. En este país, la legislación prevé que dichos pagos se realicen en hasta 15 anualidades presupuestarias, con ajustes de intereses cada 5 años. En el caso de España, se admite el diferimiento del pago en hasta 10 anualidades.

³⁰ Esta alternativa ha sido aplicada frecuentemente en Francia donde, técnicamente, la figura es conocida como “*marché d’entreprise de travaux publics*”; y se ha venido utilizando como variante a la concesión. También hay experiencias de la aplicación de este mismo modelo en España, en proyectos de autovías. A través de este tipo de contratos, el contratista tiene a su cargo no sólo la construcción de la obra o infraestructuras, sino también, su explotación durante un cierto período de tiempo (en términos generales, puede rondar los 15 años), pasado el cual, debe transferir las mismas a la Administración. A cambio de ello, la Administración abona anualmente al contratista un precio comprensivo tanto del correspondiente a la construcción de las infraestructuras y su financiación, como del relativo a su mantenimiento y gestión durante el plazo convenido. El pago efectuado por la Administración al contratista en concepto de remuneración de la gestión, sigue las reglas previstas para los contratos de gestión.

En general, a través de este tipo de contratos suelen consolidarse una amplia gama de actividades conexas -que tradicionalmente eran objeto de diferentes contratos- en un solo contrato de carácter integral; lo cual, al centralizar las mismas en una sola entidad –o consorcio- responsable, permite alcanzar mejoras notables en la eficiencia y eficacia en el monitoreo y ejecución de dichas actividades. Así pues, nota peculiar de este tipo de contratos es la responsabilidad global que asume el contratista frente a la entidad pública contratante. El contratista asume los riesgos propios de la etapa de construcción y/o puesta en marcha según sea el caso. De esta manera, la Administración no estará obligada a hacer efectivos los pagos sino hasta que la construcción de las infraestructuras haya concluido satisfactoriamente, se hayan puesto en marcha dichas infraestructuras, y/o se entreguen en condiciones de óptimo funcionamiento comprobado, según las diferentes variantes que puede asumir este contrato. Claro está, que cuando el contrato implica también el mantenimiento y la gestión de las infraestructuras durante un determinado tiempo, el contratista asume también los denominados riesgos de “sobrecostos operativos”, y podría llegar a asumir en parte riesgos comerciales derivados de la explotación del proyecto, en el caso en que al amparo de dicha modalidad, la parte de la retribución correspondiente a la gestión de las infraestructuras, tenga a su vez una porción variable ligada a los resultados comerciales de la explotación.

En los hechos, la aplicación de este tipo de contrato no tiene, necesariamente, que tener lugar en forma absolutamente pura. Cuando una parte del proyecto se ejecuta de acuerdo a los métodos tradicionales y la otra “llave en mano”, estaremos ante contratos “mixtos”; cuando se contrata de forma tradicional todo el proyecto pero se subcontrata por el adjudicatario una parte del mismo llave en mano, se trata de un contrato llave en mano “parcial”; asimismo estaremos frente a un contrato “semi” llave en mano, cuando la Administración celebra varios contratos siendo uno de ellos llave en mano y encarga a este último contratista la coordinación de los demás contratos, es decir de la obra en su conjunto.

2.2.3 Contrato de arrendamiento de infraestructuras (“lease contract”)

³¹ Basándose en las variantes en el contenido de los contratos se suele distinguir, por un lado, a los contratos llave en mano “simples o parciales” en los que el contratista concibe la obra, suministra los materiales y bienes de equipo y pone la obra en funcionamiento de conformidad a lo estipulado en el contrato mientras que es de cargo de la entidad pública contratante la instalación y puesta en funcionamiento bajo la supervisión y asistencia técnica del primero. Por otro lado, y según idéntico criterio, podemos identificar a los contratos llave en mano “completos o clásicos” en los que lisa y llanamente el contratista concibe, construye y pone en funcionamiento el proyecto. Por último, están los denominados contratos de llave en mano “amplios” en los que el contratista asume una serie de obligaciones complementarias relativas a la formación del personal local o asistencia técnica para el funcionamiento.

Se trata del contrato conforme al cual, la Administración (“arrendador”) arrienda a una entidad privada o público-privada (arrendatario) el derecho de uso de determinados bienes de su propiedad (inmuebles, muebles), a cambio de un determinado precio o canon abonable en cuotas periódicas por el arrendatario durante la vigencia del contrato; quién además se obliga a ejecutar ciertas actividades o prestar determinados servicios bajo las condiciones previamente convenidas con la Administración.

En líneas generales, el referido modelo contractual, puede caracterizarse de la siguiente manera:

- A. Los bienes objeto de un contrato de este tipo pueden ser variados, existiendo ejemplos de arrendamientos de infraestructuras completas y en funcionamiento destinadas a la prestación de un servicio público (por ejemplo, infraestructuras destinadas a la prestación del servicio público de suministro de agua potable y alcantarillado ⁽³²⁾, o de distribución y comercialización eléctrica ⁽³³⁾) o de interés público (por ejemplo, un puerto o terminal portuario ⁽³⁴⁾), o bien, determinados tipos de bienes concretos, utilizables por el arrendatario en su actividad (por ejemplo, un predio público para la construcción de un puerto comercial o expansión de un terminal, o bien, determinadas áreas, recintos o equipos dentro de un puerto público ⁽³⁵⁾).
- B. En contrapartida por el derecho al uso de las infraestructuras afectadas a su actividad otorgado por la Administración, el contratista está obligado al pago a ésta de un canon periódico (que podrá ser trimestral, semestral o anual, según las experiencias examinadas) por concepto de precio de arrendamiento. Las modalidades que puede asumir dicho canon son variadas; pudiendo tener carácter fijo o variable, y a su vez, adoptar una modo lineal, progresivo y/o regresivo, según los casos.

La base de cálculo utilizada para establecer el canon también pueden ser variadas, y dependerán de las características específicas del proyecto (por ejemplo, no es lo mismo establecerlo respecto de un proyecto BOT o “greenfield” que respecto de un proyecto TBOT en el que existe un “negocio en

³² A modo de ejemplo, y para citar ejemplos en diferentes países del mundo, puede mencionarse el caso de Togo, en donde el Gobierno ha suscrito un contrato de arrendamiento por 20 años de diferentes infraestructuras del sistema eléctrico de ese país, afectadas a la generación, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica.

³³ En relación a este tipo de casos, es por demás conocido el ejemplo de Francia, en donde para el suministro del servicio en París, se ha suscrito un contrato de arrendamiento a 25 años

³⁴ En Latinoamérica es conocida la experiencia de gestión privada de Terminales de Contenedores del Puerto de Santos (el TECON-1), bajo dicha modalidad, a un plazo de 25 años. Existe también, entre otros ejemplos, el caso del Puerto de Bristol, en el Reino Unido, arrendado por un plazo de... *150 años!!*

³⁵ Ejemplos de este tipo abundan en la amplia mayoría de países, en sus respectivos puertos públicos.

marcha”); pudiendo aplicarse una o más de ellas combinadamente. Entre otras, las variables pueden ser: a) valor no amortizado de infraestructuras cedidas en arrendamiento, b) valor del “negocio” que la Administración transfiere al arrendatario en el marco del contrato (por ejemplo, cuando la operación implica infraestructuras completas como las destinadas a la prestación de servicios públicos de suministro a través de redes), que a su vez puede estar establecido a partir de un fijo por unidades de servicio o espacio físico, o un porcentaje calculado sobre niveles de ingresos.

En cualquier caso, lo deseable, es que por dicha vía se generen incentivos para una eficaz y eficiente explotación de las infraestructuras por parte del contratista; combinando un adecuado sistema de pago de cánones con el régimen tarifario aplicado.

- C. El contratista obtiene su remuneración directamente de los usuarios que acceden a las infraestructuras o a los servicios prestados. De ahí que a diferencia de las modalidades de PPP antes enunciadas, en este caso –y salvo excepciones expresamente pactadas-, el contratista asume los riesgos comerciales de la operación en su totalidad; vale decir, básicamente, los riesgos de mercado, de sobre-costos operativos y tarifarios. En definitiva, bajo esta modalidad el contratista asume la responsabilidad de la gestión de la actividad o servicios correspondientes, mantiene relaciones contractuales con los usuarios y percibe de éstos los respectivos pagos por unidades de servicio provistas. Dependiendo de la naturaleza de la actividad o servicios prestados, dichos valores podrán ser tarifas fijadas por la Administración (tasas o precios públicos según la normativa de los diferentes países), precios libres o regulados.

Así pues, la retribución del contratista vendrá dada por la diferencia entre los ingresos tarifarios y otros precios percibidos de los usuarios, y los costos a su cargo, incluyendo el canon de arrendamiento.

- C. El régimen de inversiones varía, conceptualmente, en función del objeto del arrendamiento; más allá de que existen amplias excepciones que ponen en duda la existencia de una “real” regla al respecto. Por lo general, en los casos en que la operación involucra infraestructuras completas, suele estipularse que las inversiones en las infraestructuras afectadas a la actividad del contratista, así como las labores de rehabilitación y reparaciones mayores son, en todo caso, de cargo de la Administración. En estos casos, el contratista suele asumir, la obligación de realizar mantenimientos rutinarios, así como de ejecutar determinadas inversiones menores en las infraestructuras a su cargo; como por ejemplo, determinados tipos de tuberías de transporte de agua, en caso de tratarse de infraestructuras afectadas a la prestación de servicios de suministro de agua potable y saneamiento. Caso contrario, es el de los supuestos en los cuales el objeto de arrendamiento es una superficie, en la cual el arrendatario tendrá que construir las infraestructuras que

posteriormente operará, en donde éste suele asumir todas las inversiones necesarias para su funcionamiento.

- D. Del mismo modo, también varían los plazos de otorgamiento de este tipo de contratos, que deben fijarse en períodos tales que le permitan al contratista obtener los resultados derivados de una adecuada gestión comercial, así como amortizar las inversiones eventualmente realizadas por su parte conforme a los términos antedichos. El rango, en este sentido, es muy amplio. Tratándose de infraestructuras completas y en adecuado estado de funcionamiento, los plazos suelen situarse en el entorno de los 5 a 15 años. En otras circunstancias los plazos pueden ser mayores (en el entorno de los 25 a 30 años, más allá de algún ejemplo de contratos otorgados por plazos superiores a los 100 años, como el caso del Puerto de Bristol antes mencionado).

2.2.4 Contrato de arrendamiento financiero de infraestructuras (“lease - purchase contract”)

Este modelo de contrato ha sido aplicado en el ámbito de proyectos de inversión en infraestructuras de variada índole, y puede definirse como el contrato suscrito entre la Administración y una entidad privada conforme al cual esta última, conviene diseñar (eventual), construir y poner en funcionamiento (eventual) una determinada infraestructura para, posteriormente, cederle a la Administración el derecho de su uso durante un determinado plazo, a cambio del pago de cánones periódicos por parte de ésta, y otorgarle a la misma el derecho a adquirir la misma al vencimiento del contrato, a cambio del pago de un precio final; generalmente mínimo con relación al valor real de la infraestructura en cuestión. Cuando adopta esta modalidad, la operación se conoce internacionalmente como “leasing de infraestructuras” a secas, “*lease-purchase contract*”, o “modelo OLT” (“*own, lease and transfer*”). Como variante, puede ocurrir que los bienes objetos de leasing preexistan a la operación y sean de propiedad de la Administración, que conviene con la entidad privada su previa transferencia en propiedad a efectos de que ésta le otorgue posteriormente su derecho de uso en régimen de leasing, en términos similares a los precedentemente expuestos. Esta modalidad suele ser conocida como “lease back”, o “sale-lease-back contract” o “modelo TOLT” (“*transfer, own, lease and transfer*”), y es usualmente aplicada en operaciones que tienen por objeto infraestructuras de carácter social (centros educativos, bibliotecas, etc.)..

El tipo de bienes susceptibles de constituirse en objeto de un contrato de leasing de dichas características abarcan un amplio rango que va desde bienes muebles concretos hasta infraestructuras completas (36).

³⁶ A modo de ejemplo de este último tipo de casos, pueden citarse los ejemplos del Puerto de Colombo (Sri Lanka), y diferentes puertos en India, a cuyo respecto, diferentes compañías han hecho contratos de este tipo para diferentes puertos, muelles y facilidades.

Los contratos de leasing en su modalidad “OLT” (que es a la que nos referiremos de aquí en más), presentan interesantes puntos de contacto con los contratos “llave en mano” –básicamente con el denominado “sistema alemán”- antes referidos, particularmente, por el hecho de que también en estos casos, la Administración logra la construcción de un proyecto de infraestructura con financiación privada, adquiriendo el derecho a su uso o explotación, a cambio del pago de un precio abonado en partidas periódicas al contratista. No obstante, la diferencia básica está en la circunstancia de que bajo el esquema de los contratos de leasing, la propiedad formal de las infraestructuras, recién es adquirida por la Administración al vencimiento del plazo contractual, y en caso de hacer uso de la opción de compra a cambio del pago de un precio final. También puede marcarse, como otra diferencia entre una y otra figura contractual, el hecho de que en el contrato de leasing, por lo general, las infraestructuras no son gestionadas por el contratista ejecutante de la obra (podrá estar a cargo de la propia Administración o de una tercer entidad a la que ésta le hubiere cometido dicha gestión, en el marco de una estructura de “*unbundling*”); como sí pueden serlo, con carácter temporario, en ciertas versiones de los contratos “llave en mano”.

Precisamente esta circunstancia, limita la aplicación de este modelo –propio de países sajones- en países de tradición jurídica latina que no cuentan con disposiciones normativas concretas respecto a la aplicación de dicha modalidad al ámbito de desarrollo de proyectos de infraestructuras. En este sentido, a falta de disposición normativa expresa habilitante, la modalidad no sería aplicable respecto de aquellos bienes calificados como obras públicas o incorporados al dominio público. En este sentido, son interesantes los análisis realizados en el marco de la experiencia francesa respecto a opciones de financiación de nuevas líneas ferroviarias de alta velocidad, específicamente para la línea TGV Sudest ⁽³⁷⁾.

2.2.5 Contrato de concesión (“concession agreement”)

2.2.5.1 Caracterización general

En términos generales –y más allá de las profundas divergencias de la que ha sido objeto el concepto- el termino concesión puede definirse como el “el acto de Derecho público que confiere a una persona (física o jurídica, privada o pública) un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la Administración” ⁽³⁸⁾. Se trata, pues, de una técnica a través de la cual el Estado delega a un tercero la ejecución / gestión

³⁷ MARCOU, Gérard en “La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos”, pág. 80; trabajo que forma parte de la obra colectiva “La Participación del Sector Privado en la Financiación de Infraestructuras y Equipamientos Públicos: Francia, Reino Unido y España”; Ed. Civitas, Madrid, 2000.

³⁸ SAYAGUES LASO, Enrique en “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, pág. 421, Montevideo, 1963.

(por cuenta y riesgo de éste) de una actividad o servicio de la que es titular; o bien, habilita a un tercero a que, bajo su propia cuenta y riesgo, utilice bienes de dominio público para la prestación de actividades o servicios de carácter libre; bajo control o fiscalización de parte de aquélla.

Sin lugar a dudas, la concesión ha sido históricamente y es en la actualidad, la forma “reina” entre los distintos modelos PPP para el diseño, construcción, financiación y gestión de proyectos de infraestructuras; que tuvo su auge en el pasado, durante la segunda mitad del siglo XIX, de la mano de los grandes proyectos de inversión en infraestructuras que fueron surgiendo a partir de los descubrimientos científicos y avances de la tecnología durante el “industrialismo” (gas, electricidad, ferrocarriles, telefonía, etc.), y tras largos años de ostracismo resurgió fundamentalmente a partir de los años 90, con el “aura de novedad” que suele traer todo lo olvidado.

Ahora bien, existen varias diferencias “conceptuales” entre los modelos de concesión de uno y otro período, y que imprimen a los modelos actuales, las siguientes notas típicas:

- Antes que como un negocio del sector de la construcción, las concesiones actuales se conciben como negocios económico- financieros, en los cuales es fundamental involucrar a los agentes financieros, satisfaciendo sus expectativas básicas en este tipo de proyectos. La importancia de estos actores en estos procesos, muchas veces desconocida por parte de quienes han estructurado proyectos de concesiones en el pasado, se aprecia simplemente de ver los esquemas de financiamiento utilizados en estos casos, que son las estructuras de project finance, en donde la relación de capital propio a recursos ajenos (“equity/debt”) para cubrir las inversiones involucradas en los proyectos se sitúa, por lo general, en ratios con porcentajes del entorno del 20/80 a 30/70.
- Del modelo de concesión a total “riesgo y ventura” del concesionario – posteriormente morigerado en sus efectos por la aplicación del principio de “intangibilidad de la remuneración del contratista” o “mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión”- se pasa al modelo conceptual de la concesión como herramienta de “cooperación público-privada” que, en los hechos, implica una mayor coparticipación del concedente y concesionario en la asunción de riesgos –y consiguientes rentabilidades- implícitos en los diferentes proyectos -particularmente en aquellos de dudosa o incierta rentabilidad, o bien, elevado nivel de riesgos-, implementada por la vía de las denominadas “contribuciones públicas” a los proyectos (39). Precisamente las experiencias negativas derivadas de

³⁹ Esta expresión es utilizada para englobar un amplio elenco de medidas de “respaldo público” o formas de colaboración financiera entre la Administración pública y contratistas, conforme a las cuales, se procura mejorar las condiciones de inversión en proyectos de infraestructuras. Dentro de una amplia lista de alternativas, pueden destacarse, entre otras, el otorgamiento de subsidios, aportes de capital a sociedades

algunos grandes proyectos emblemáticos de infraestructuras, sea por su significación y/o inversiones involucradas (40), han puesto de manifiesto las dificultades de implementar determinados tipos de proyectos bajo el principio tradicional de “riesgo y ventura” (41).

En definitiva, los modelos de concesión actuales aplicados al ámbito de grandes proyectos de inversión en infraestructuras suelen ser operaciones complejas, que dan lugar a un entramado de relaciones jurídicas entre diferentes tipos de sujetos, a saber: i) Estado, ii) contratista, iii) usuarios, iv) instituciones financieras, y v) contribuyentes. Todos ellos son parte esencial de estos procesos y, para que los mismos funcionen acertadamente, se requiere que se satisfagan las expectativas e intereses básicos de los mismos.

Como consecuencia de los fuertes niveles de inversiones que por lo general requieren, demandan largos períodos para la recuperación total de las inversiones efectuadas con más una razonable utilidad (en general, los plazos de los proyectos de concesión se sitúan en el entorno de los 15 a 30 años). Pese a que dichos plazos pueden ser extendidos (lo que ocurre en procesos de renegociación) cabe destacar que, en general, las legislaciones de los diferentes

constituidas para el desarrollo de proyectos, otorgamiento de garantías de financiación, préstamos blandos, exoneraciones fiscales, garantías de ingresos mínimos, derecho a explotar negocios conexos; etc.

⁴⁰ El proyecto del Eurotúnel es un caso paradigmático que por una parte presenta un éxito técnico, al hacer realidad una obra impresionante desde el punto de vista de la ingeniería, y por otra, un notorio fracaso desde la perspectiva financiera, pasando los costos del proyecto del entorno de los £4,800 millones originales a los £8,000 millones, y afectando a un gran número de ahorristas y grupos financieros, lo que marca un mal precedente para el interés de la participación público-privada en nuevos proyectos de infraestructura. En efecto, cuando un proyecto es a entero riesgo privado y los resultados que se obtienen no son atractivos, una primera reacción del mundo privado es evitar participar en proyectos parecidos, lo que lleva a un movimiento pendular, donde se pasa de proyectos completamente a riesgo privado, a proyectos completamente de responsabilidad pública, por la falta de interés de actores privados en asumir este tipo de riesgos. Este proyecto se llevó a cabo sin ningún tipo de aportes o garantías de los gobiernos concedentes que, por cierto, estaban prohibidos en el marco del artículo 1 del Tratado Franco-Británico. En el caso, más allá de que el mecanismo de distribución de riesgos planteado era inadecuado, lo cierto es que no fue la única causa del fracaso financiero del proyecto, aunque si bien, tuvo su papel importante.

⁴¹ En general, el perfil de riesgos de los proyectos se acrecienta en los denominados BOT (“build-operate-transfer”) puros o “greenfield”, respecto de proyectos TBOT (“transfer-build-operate-transfer”), y son generalmente los primeros, los que demandan una mayor intervención pública tendiente a reforzar su viabilidad. En efecto, no es lo mismo, por ejemplo, obtener una concesión con infraestructuras en servicio, para mejorarlas y explotarlas, incluso añadiendo infraestructuras nuevas complementarias (modelo TBOT), que una concesión para desarrollar una nueva infraestructura desde su inicio (modelo BOT). Si bien se suelen confundir ambos y denominarlos todos bajo las siglas del segundo, no son iguales ya que en el primer caso se obtienen ingresos desde el primer momento de la ejecución del contrato y existe seguramente un mercado consolidado -incluso cautivo- de usuarios, mientras que en el segundo caso la inversión se hace sin obtener ingresos hasta la finalización o puesta en marcha de las infraestructuras, sin historial de desempeño, partiendo muchas veces de la creación de un mercado desde cero. Además, normalmente el volumen y la cadencia de las inversiones suelen ser muy diferentes y con distinta distribución temporal.

países prohíben las llamadas “concesiones a perpetuidad”, estableciendo plazos de, por lo general, entre 50 y 75 años, como tope máximo al período por el cual se puede otorgar una concesión.

Consecuentemente, son afectados por una amplia gama de riesgos, que difieren en su incidencia en función de las circunstancias específicas de cada proyecto en particular.

2.2.5.2 Tipología

Ahora bien, existen distintos criterios para definir y caracterizar los contratos de concesión, a saber:

- Según el objeto del contrato: la concesión puede conferir el derecho a: a) *el uso de un bien público* (en general, se trata de proyectos TBOT, en los cuales existe una determinada infraestructura preexistente que la Administración transfiere al concesionario, como por ejemplo, una carretera, un puerto, un aeropuerto, etc.; a cuyo respecto, el concesionario deberá realizar labores de ampliación o rehabilitación consideradas de carácter secundario; b) *a la prestación de un servicio público* (por ejemplo, en materia de servicios de suministro de agua potable, de distribución eléctrica, etc.); y c) *a la construcción de una obra pública* (por ejemplo, una carretera; pudiendo tratarse en este último caso tanto de proyectos BOT como TBOT).
- Según el tipo de operaciones específicas comprendidas en el objeto del contrato de concesión: Los proyectos de concesión pueden involucrar diferentes tipos de operaciones, con cuyas iniciales se suelen definir los tipos diferentes de concesión: i) diseño (“*design*”); ii) construcción (“*build*”), iii) financiación (“*finance*”); y iv) operación (“*operate*”). Sobre tales bases, y agrupando las letras iniciales de cada una de dichas actividades, se conocen en la práctica internacional distintas variantes de modelos de concesión (son por demás conocidas, por ejemplo, los modelos BOT, TBOT, DBFO, etc., que varían dependiendo de la nomenclatura empleada en los diferentes países).
- Según las características económico-financieras del proyecto: De acuerdo con este criterio se distinguen entre: a) *concesiones onerosas*, esto es, aquellas conforme a las cuales el concesionario debe efectuar el pago de un canon a la Administración, sea cual fuere la modalidad (*down payment*, canon periódico, etc.), o bien, se le impone al concesionario desarrollar determinados proyectos –generalmente de carácter social- a su exclusivo costo, y se aplican generalmente en aquellos casos de proyectos de alta rentabilidad; b) *concesiones gratuitas*, que son aquellas en las cuales no se imponen obligaciones de dicho tipo a cargo del concesionario; siendo de aplicación en aquellos casos en que se estima la percepción por parte del concesionario de una tasa de retorno normal o acorde al tipo y características del proyecto de inversión a desarrollar; y c) *concesiones subvencionadas*, que son aquellas a partir de las cuales el concesionario

recibe una determinada contribución o ayuda pública para el proyecto; habida cuenta de tratarse de proyectos “no autofinanciables”, y en los cuales, en función de la baja rentabilidad estimada o del elevado riesgo que las inversiones en ellos implica, los mismos no serían acometidos por los agentes privados basándose exclusivamente en los flujos generados por el proyecto. La participación estatal en este tipo de concesión puede asumir diferentes modalidades, las cuales varían dependiendo tanto de las características de cada proyecto en particular, como del tipo de contribución que en cada caso el Estado esté dispuesto a realizar. En nota a pie de página precedente se indican algunas de las más comunes fórmulas de contribuciones públicas a los proyectos; buena parte de las cuales no implican, necesariamente, la entrega de dinero al concesionario.

- Según el origen de la remuneración obtenida por el concesionario: Desde este punto de vista es posible distinguir entre las siguientes modalidades: a) *concesiones con sistemas basados puramente en remuneraciones abonadas por los usuarios de los servicios prestados por el concesionario;* que es el caso típico de concesiones de carreteras por peajes, aeropuertos, puertos, ferrocarriles y sistemas de transporte urbano); b) *concesiones con sistemas basados en remuneraciones abonadas por la Administración,* en cuyo caso la misma suele ser un sustitutivo de los pagos que hubieran correspondido ser realizados por los usuarios; como ocurre con los denominados sistemas de pago a través de “shadow tolls” (42), que implica que los pagos no son realizados directamente por los usuarios sino por la Administración, sobre la base del uso de la infraestructura objeto del contrato de concesión; y c) *concesiones con sistemas retributivos de carácter mixto;* que proceden en aquellos casos en que a los pagos realizados por los usuarios se le agregan

⁴² Existen importantes antecedentes de concesiones viales implementadas bajo el sistema de “peaje en sombra” en países como Australia (concesión de la “Western Sydney Orbital” y Autopista M 5; y de la “Circunvalación Albury y Hagley – By Pass; entre otras); España (carreteras M 45, M 501 y M 511 de la Comunidad de Madrid); y demás como Inglaterra, Portugal, Finlandia e Irlanda.

Este sistema, ideado inicialmente para concesiones viales, ha ido cobrando difusión respecto de otros tipos de infraestructuras distintas del transporte, según existen interesantes ejemplos.

En grandes líneas, el esquema funciona de modo tal que es la Administración se hace cargo –en todo o en parte- del valor equivalente a los peajes que les hubiera correspondido pagar a los usuarios de las vías concedidas. De ahí, pues, el nombre de “peaje”, pues los pagos están ligados al uso de las infraestructuras, y “en la sombra”, al no ser un pago directo realizados por los usuarios y sí por la propia Administración (técnicamente, denominada “subvención asociada al uso de la carretera”).

Usualmente en estos casos, la cantidad a pagar por la Administración al contratista se calcula a razón de “vehículos-kilómetro x tarifa unitaria”. Para optimizar el riesgo asumido por la Administración y el concesionario, suelen, a su vez, establecerse número de bandas diferenciales a efectos de determinar la cantidad a pagar por la Administración. Por otra parte, en relación a los pagos a que por dicha causa venga obligada a realizar la Administración al contratista, podrá condicionarse el abono de su 100% al cumplimiento de determinados niveles de performance mínimos, según se ha visto antes.

pagos realizados por la Administración (sea bajo esquemas de shadow tolls parciales, y/o esquemas de aplicación de subsidios ⁽⁴³⁾ de carácter general).

- Según las características del concesionario: Desde este punto de vista, se distingue entre: a) *concesiones otorgadas a entidades privadas* (alternativa usual en este tipo de proyectos; b) *concesiones otorgadas a entidades de carácter público-privado*, en cuyo caso, la participación del sector público podrá tener carácter mayoritario o minoritario respecto de la aportación de capital privado; siendo esto último lo usual.

2.2.6 Modelos asociativos: sociedades de capital público-privado (“joint venture”)

Se trata de una modalidad por demás usual en los últimos tiempos, para acometer el desarrollo de grandes proyectos de inversión en infraestructuras.

La práctica internacional pone de manifiesto la existencia de una amplia gama de posibilidades en cuanto al desarrollo de proyectos a través de entidades de participación público-privada, a cuyos aspectos más relevantes se hará referencia en este apartado.

Técnicamente, la participación del sector público y privado a través de figuras asociativas puede tener lugar a través de diferentes “vehículos jurídicos”, de los cuales, los más comunes, lo constituyen las sociedades comerciales; más específicamente, el de las compañías o sociedades anónimas, según la denominación de la figura en diferentes países; regidas, claro está, por el derecho privado ⁽⁴⁴⁾; y habida cuenta de las ventajas generales que estos modelos ofrecen frente a otras variantes del ámbito privado y, particularmente, respecto a las alternativas tradicionales de entidades o empresas de economía mixta regidas

⁴³ Los pagos que en tal concepto realice la Administración, pueden consistir en sumas de carácter fijo (lineales, progresivas, regresivas o adoptar acumulativamente criterios de progresividad y regresividad), o bien en retribuciones variables ligadas a determinados parámetros previamente establecidos en el contrato; puede estipularse su pago durante todo el plazo contractual o únicamente mientras se mantengan determinadas condiciones relativas a la explotación de infraestructuras (“cláusulas gatillo”); pueden ser, a su vez, sustitutivas o complementarias de otros ingresos recibidos por el concesionario de los usuarios; entre una amplísima variedad de modalidades que la práctica internacional pone de manifiesto.

⁴⁴ En general, la mayoría de países latinoamericanos no cuenta con regulaciones específicas aplicables a sociedades comerciales de capital público-privado, en cuyo caso, son aplicables las disposiciones normativas de carácter general. Existen, algunos ejemplos como Ecuador, en donde a través de la Ley de Compañías (Sección VII de la Ley), se regulan las denominadas “Compañías de Economía Mixta”, con un régimen similar al de las Compañías Anónimas y aplicación supletoria de las normas previstas para este tipo social. No obstante en ese caso, existe consenso en cuanto a que la instrumentación de operaciones de PPP utilizando figuras asociativas puede tener lugar tanto a través del vehículo de las Compañías de Economía Mixta como de cualquier otro tipo social.

por el derecho público, reguladas en la mayoría de los países de la región (en buena parte de los casos, en las normas constitucionales).

Bajo tales supuestos, la participación privada puede implicar o no la intervención en la gestión de la entidad; en cuyo caso, tiene por función esencial, contribuir a financiar su operativa. A modo de ejemplo, es común en determinados países como Estados Unidos, la conformación de entidades instrumentales –del tipo de las referidas en el literal E. del numeral 1.2 precedente- para el desarrollo de uno o más proyectos, que recurren a la emisión y posterior colocación de acciones o títulos de deuda en el mercado para financiar su operativa (45) (46).

Ahora bien; lo usual es que la participación privada tenga lugar, entre otras actividades, en la gestión del proyecto o proyectos que se promueve a través de la entidad, con independencia de la proporción del paquete accionario en manos del grupo privado; aunque lo normal es que ella sea superior al porcentaje de titularidad pública. En efecto, la participación pública en tales casos (47), puede ir desde un 49% del paquete accionario hasta porcentajes insignificantes, pero que otorgan importantes derechos “políticos” realmente desproporcionados respecto a dicha participación; como ocurre a través de instrumentos como la “golden share” del derecho británico o la “*action spécifique*” del derecho francés (48).

⁴⁵ La financiación por la vía de emisión de acciones suele tener lugar en el momento en que el proyecto ha madurado lo suficiente como para disminuir los riesgos comerciales –entre otros- derivados del mismo.

En cuanto a la financiación por la vía de la emisión de títulos de deuda, existen ejemplos interesantes en Estados Unidos, como por ejemplo, con los denominados “*revenue bonds*”, emitidos por entidades o mancomunidades públicas norteamericanas –usualmente de carácter municipal o regional- para construir / ampliar proyectos de infraestructuras. La financiación para proyectos de mancomunidades de entidades públicas da lugar a lo que se conoce como “*pooled financing*”; que consiste en la creación por parte de una o más entidades públicas, de una entidad de propósito especial autorizada para tomar deuda en mercados de capitales y, posteriormente, transferir dichos ingresos por la vía de préstamos a las entidades públicas que han constituido la misma. A su vez, dentro de esta alternativa, existen múltiples posibilidades que no es del caso analizar aquí.

⁴⁶ Ello es independiente de la financiación que para su funcionamiento aporte el propio Estado o entidad o entidades públicas que se avinieron a su constitución.

⁴⁷ El tipo de bienes susceptibles de ser aportados al capital de la entidad suele ser amplio; y siempre de conformidad con la normativa vigente en la materia en cada país.

⁴⁸ Definida como “*special right redeemable preference share*” (acción privilegiada rescatable de derecho especial), en esencia, este instrumento -ideado en el marco de las privatizaciones británicas llevadas a cabo bajo la Administración Thatcher- consiste en un derecho nominativo e intransferible, que se genera a partir de la posesión de, al menos, una acción de la sociedad gestora a través de la operación de PPP que corresponda, con un valor nominal concreto, que concede a su poseedor ciertas prerrogativas especiales previamente estipuladas estatutariamente; exorbitantes o desproporcionadas si se observan en relación a la participación del Estado en el paquete accionario de la sociedad (1 acción). Normalmente, confiere derecho de veto sobre determinados tipos de resoluciones sociales, puede otorgarse por un período de tiempo determinado (aunque también pueden preverse sin un plazo determinado), y son rescatables por la entidad pública titular, al valor de 1 libra esterlina.

Existen diferentes tipos de razones que pueden motivar la decisión de la Administración de participar en el capital de una entidad constituida para promover proyectos de inversión en infraestructuras, las cuales, evidentemente, condicionarán la dimensión y características de la participación. Entre dichas razones, las más comunes son las siguientes: a) *razones financieras*, en los casos en que la participación pública tiene por finalidad contribuir a la mejora de la capacidad financiera de la sociedad en la que participa (49); b) *razones políticas o estratégicas*, en los casos en que dicha participación tiene lugar desde la perspectiva de mantener una posición formal como socio o accionista de una sociedad gestora de un determinado tipo de proyecto de interés estratégico para el país (50); c) *razones administrativas*, cuando la participación pública tiene por objeto esencial, el cumplimiento de funciones de control interno dentro de una sociedad privada proveedora de servicios públicos o de interés público –para lo cual basta sólo la tenencia de una “acción de oro” (“*golden share*”) (51)-; complementando con ello los tradicionales controles de carácter externo

El instrumento de la acción de oro ha sido reconocido y regulado también en diferentes países tales como Alemania, México, y Nueva Zelanda, entre otros.

Un sistema similar es el de la “*action spécifique*” del derecho francés, especialmente a partir de las modificaciones introducidas a partir del año 1993 a su régimen original (1986); aunque no ha gozado del nivel de aplicación que ha tenido su equivalente británico.

⁴⁹ Por ejemplo, cuando los proyectos no son autofinanciables (esto es, por su escasa, nula o incierta rentabilidad, no son susceptibles de ser financiados por el sector privado, pura y exclusivamente sobre la base del *cash-flow* generado a partir de la explotación del proyecto), el Estado puede contribuir a través de aportes de capital o bajo cualquier otra forma a fin de elevar la baja rentabilidad estimada para los agentes privados y/o reducir el elevado riesgo que el proyecto implica para los inversores, llevando éste a parámetros estándares y, por ende, atractivo para éstos.

⁵⁰ En los tiempos actuales, es común el recurso a este argumento ante la promoción de procesos de PPP respecto de servicios de suministro de agua potable, o de explotación de cierto tipo de recursos naturales con funciones energéticas (gas, petróleo, etc.); en donde la circunstancia de participar una entidad pública en negocios de tales características ofrecidos al sector privado, genera una imagen más positiva en la ciudadanía frente a la utilización de otras modalidades de PPP que impliquen la gestión privada pura.

⁵¹ Cabe destacar que existen otras alternativas para el ejercicio de similares tipos de controles internos sobre la sociedad gestora de una determinada actividad o servicio instrumentado bajo el marco de una operación de PPP, sean o no ejercidos a través de participaciones en el capital accionario de una sociedad. En el primer caso, la alternativa pasa por establecer en el estatuto social de este tipo de sociedades, la necesidad de contar con el voto de unanimidad de acciones para adoptar determinados tipos de decisiones sociales, o bien, a través de la emisión de acciones preferentes, regulando derechos privilegiados (esto es, preferencias de carácter político) a determinadas clase de acciones. En el segundo caso, es posible –y frecuente, según se observa de la práctica de estructuración de operaciones de PPP en diferentes países del mundo- regular (generalmente por la vía contractual, vale decir, en las propias bases de licitación y/o contratos de PPP) la necesidad de contar con la conformidad de la Administración (usualmente con carácter previo, a través del mecanismo de la autorización) para la adopción de determinados tipos de resoluciones sociales o ante ciertos actos que puedan conllevar determinados tipos de cambios en los porcentajes de tenencia de participaciones accionarias.

ejercidos a través de los mecanismos y herramientas estándares, previstos usualmente en el marco regulatorio vigente en cada país y/o en los propios contratos de PPP, según los casos.

Desde el punto de vista del sector privado, su percepción respecto de la participación pública en dicho tipo de sociedades varía según los casos (fundamentalmente, entorno de la operación y características de la regulación vigente e institucionalidad imperante en el país en el que se promueve el proyecto). En efecto, existen casos en que la participación pública puede verse como un factor positivo del proceso, en tanto y cuanto denota externamente – aunque no significa que, en los hechos, llegue a ser así- un mayor compromiso de parte del sector público en el éxito de la operación de PPP (52). Por el contrario, en aquellos casos de proyectos y/o países en los que la participación pública no ha sido adecuadamente regulada, o el marco de institucionalidad existente es débil, la presencia pública en este tipo de sociedades suele verse con cierto recelo, habida cuenta del riesgo de que, sobre la base de la discrecionalidad de que goza la Administración en tales casos, se cometan excesos o abusos de su parte.

Para concluir este apartado resta mencionar que a efectos de poder desarrollar sus actividades, estas sociedades requieren contar con el correspondiente título habilitante que, tratándose de entidades privadas (53), será el derivado del propio contrato de PPP suscrito entre la sociedad y la Administración, o bien, una autorización o licencia, de acuerdo con las características de la actividad o servicio a ser prestado, así como del régimen jurídico vigente en cada país (54).

⁵² En estos casos, es necesario evitar el riesgo de que esa participación sea entendida como una “garantía pública” por los proveedores de financiamiento crediticio, pese a que por las características del tipo social, las entidades públicas aportantes de capital sean responsables, únicamente, hasta el tope del capital aportado a la sociedad concesionaria. De no desearse otorgar esa garantía implícita, convendría aclarar debidamente los límites de la participación pública en el proyecto (por ejemplo, mediante disposiciones contractuales o acuerdos societarios de Asamblea, adoptados por mayorías cualificadas establecidas al efecto en los estatutos sociales, que exoneren a la entidad pública accionista de suscribir nuevas acciones en el supuesto de que la sociedad concesionaria resuelva, por cualquier causa, ampliar el capital integrado).

⁵³ Tratándose de vehículos de derecho público, las modalidades básicas serán la creación o delegación de competencias a través de los correspondientes actos normativos, según los casos; o recurrirse a los otros títulos antes expresados.

⁵⁴ No hay que confundir el título necesario para ejercer una determinada actividad o servicio, con el requerido para utilizar determinados tipos de bienes a fin de desarrollar dicha actividad o servicio. Así por ejemplo, en el ámbito de la actividad portuaria, en el caso de los países en que dicha actividad es de carácter libre (servicio de interés público), quién quiera llevar a cabo la misma deberá contar con la autorización administrativa correspondiente; sin perjuicio de que, en la medida en que para el desarrollo de su actividad requiera acceder al uso de determinados bienes calificados como públicos (por ejemplo, una franja de costa, bahía o playa, así como el espejo de agua para la construcción de infraestructuras portuarias) o bienes fiscales o de propiedad pública (infraestructuras y superestructuras portuarias de las cuales es titular una entidad estatal), necesariamente deba contar con el correspondiente título habilitante para ello; que podrá ser una concesión, permiso u otra modalidad de PPP.

3. LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA EN LA APLICACIÓN DE MECANISMOS DE PPP: PROBLEMAS Y DESAFÍOS

3.1 Aspectos generales de la problemática

Pese a la novedad del concepto, en general, los países latinoamericanos han venido aplicando mecanismos de PPP para el desarrollo de proyectos de inversión en infraestructuras básicas desde los inicios de los años 90; fundamentalmente a través de la técnica de la concesión.

Más allá de importantes aciertos en la implementación de dicho tipo de programas en algunos países, la experiencia de los últimos años ha puesto de manifiesto la existencia de errores y fallas de variada índole cometidas por distintos Gobiernos en su implementación; al punto de que en varios países, fueron surgiendo –y persisten todavía, hoy día- serios cuestionamientos respecto de la eficacia de la concesión como herramienta para el desarrollo de dicho tipo de proyectos, planteándose la vuelta a la aplicación del modelo tradicional de gestión por mano pública.

A tal situación contribuyó aún más el cambio que fue produciéndose en la orientación política de los Gobiernos de varios países de la región en los últimos años, consolidándose liderazgos de izquierda (Argentina, Brasil, Venezuela, Uruguay, entre otros) y planteando como bandera, en este ámbito de gestión de proyectos de infraestructura, dicho “retorno a lo público”. Así que, sobre estas bases, en algunos países se acentuaron aún más las medidas, al punto de llevarse a cabo expropiaciones o rescates de concesiones, suspensión de procedimientos licitatorios, paralización de programas, etc.. Pero claro, las necesidades de inversión siguen siendo tan amplias y los recursos públicos tan escasos que el dilema entre la participación pública o privada volvía a plantearse inexorablemente.

En ese escenario hacen su aparición las “PPP”, vistas y abrazadas por dichos Gobiernos como una solución casi mágica para solucionar la problemática planteada. En el transitar por estos nuevos caminos, Brasil, por ejemplo –pilar de esa nueva izquierda latinoamericana-, aprueba el 30 de diciembre pasado la Ley Federal N° 11.079 conocida como “*Normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*”, embarcándose en un amplio programa de proyectos de PPP de carácter nacional y municipal.

Pero alcanza una simple lectura a esa ley para percatarse de que lo que se regula a través de la misma son sólo determinados tipos puntuales de concesiones. Por otra parte, en ciertos países de la región en donde la expresión concesión venía adquiriendo paulatinamente un sentido peyorativo, se ha continuado o comenzado con el lanzamiento de nuevos proyectos de desarrollo de infraestructuras a los que se les ha denominado genéricamente como “PPP”;

aunque, en su esencia, presentan una fisonomía muy similar a la de los contratos de concesión.

Lo cierto es que los factores que afectaron negativamente los procesos de concesión de los años 90 persisten hoy día, y en la medida en que no sean seriamente tratados y corregidos, indudablemente afectarán los procesos de PPP recientemente implementados o a implementarse en los próximos años. Basta con leer las primeras planas de la prensa latinoamericana de los últimos meses para ver noticias acerca de licitaciones que se suspenden o son impugnadas, casos de prácticas corruptivas, acciones de grupos de presión que paralizan actividades de concesionarios, tarifas que se “congelan”, instituciones de regulación y/o control de concesiones manipuladas políticamente, anuncios de suspensión de ciertos procesos de PPP en el marco de campañas electorarias, concesiones que se renegocian o rescatan, reclamos de usuarios por calidades deficientes o incrementos de tarifas de servicios, etc., entre una larga lista de temas relacionados, y que generan una sensación correlativa de desconfianza sobre dichos tipo de procesos de parte de los agentes privados.

La pregunta que entonces cabe realizarse es porqué programas y procesos de PPP (comprendiendo, claro está, a la concesión) que se han desarrollado exitosamente en países como Estados Unidos, o Inglaterra, Alemania y otros de la Unión Europea, por ejemplo, no han generado resultados satisfactorios por estas latitudes. Y la respuesta hay que buscarla, a nuestro juicio, no en un problema consustancial a este tipo de instrumentos, sino en la forma y condiciones bajo las que los mismos han sido utilizados en buena parte de los países de la región.

Se sabe que en el campo del diseño, estructuración e implementación de esquemas de PPP los procesos perfectos no existen, que se producen fallas, por mínimas que estas sean, cualquiera fuere el país en el que se instrumenten.

No obstante, no todos los errores tienen las mismas consecuencias; y el problema –y diferencia– que ha existido en buena parte de los países de Latinoamérica respecto de otros como los antes nombrados ha sido, precisamente, el de las características y consecuencias de los errores cometidos; e incluso, en algunos casos, en la persistencia en dichas prácticas, a pesar de las duras lecciones que la experiencia de procesos anteriores se ha encargado de dejarles.

Los errores cometidos se pagan, y muchas veces, se pagan caro. Se pagan por los partidos políticos de los gobiernos de turno, que casi invariablemente terminan siendo acusados por los magros o negativos resultados de procesos de PPP por ellos implementados, así como por los funcionarios de la Administración involucrados en los mismos. Se pagan por los usuarios de los servicios y la comunidad en su conjunto; que se privan de acceder al uso de infraestructuras o servicios de óptima relación calidad/precio, tanto en los casos en que los proyectos de PPP no se implementan, como cuando ellos se llevan a cabo de modo ineficiente; habida cuenta de que los mayores e innecesarios costos impuestos por el sector privado ante tales condiciones, son trasladados a los

usuarios, Estado y contribuyentes ⁽⁵⁵⁾; y que salvo que sean muy evidentes, muchas veces pasan desapercibidos en el corto plazo para los gobernantes y el común de la población, como consecuencia de las dificultades existentes para identificar y cuantificar específicamente dichos factores de sobre costo.

3.2 Problemas y fallas más comunes a la implementación de programas y procesos de PPP

A continuación se hace una enunciación de diferentes tipos de errores -los más usuales- cometidos por distintas Administraciones latinoamericanas en diferentes procesos y programas de PPP (fundamentalmente, de concesiones) que se han venido implementando desde los primeros años 90 a esta parte; y que, en gran medida, evidencian las causas por las que, en términos generales, los avances en la instrumentación de este tipo de operaciones no han sido, en varios de los aspectos críticos inherentes o vinculados a su estructuración, los esperables. Existen, por el contrario, importantes experiencias exitosas en la región, que deben de servir de guía a quiénes acometen nuevos programas y proyectos de PPP.

No obstante, es importante tener presente las carencias, fallas y/o errores que a continuación se mencionan, habida cuenta de su impacto en la sustentabilidad de dichos programas y proyectos. Por cierto, que no todos los aspectos mencionados impactan del mismo modo en las acciones promovidas. La gran mayoría de las veces, pese a ello, los proyectos son igualmente promovidos y desarrollados; no obstante, se generan una serie de ineficiencias que, en definitiva, terminan repercutiendo negativamente sobre el propio Estado en particular, usuarios y comunidad en su conjunto.

A. *Compromiso político con los programas y procesos de PPP:* En relación a esta cuestión fundamental, se observa frecuentemente situaciones tales como la promoción de proyectos o programas por Gobiernos que no cuentan con las apoyaturas necesarias al interior de sus respectivos partidos políticos, o sin contar con apoyaturas políticas de partidos de oposición (especialmente en aquellos casos en que reúnen altos porcentajes del electorado), o sin contar con la convicción necesaria para llevar a cabo las acciones apropiadas a tales efectos (particularmente en los casos que el inicio de este tipo de acciones responde a compromisos internacionales asumidos).

⁵⁵ La consecuencia inmediata de la existencia de fallas o errores en la instrumentación de operaciones de PPP, cuando se traducen en mayores riesgos, pasa por requerimientos de rentabilidad superiores de parte de los agentes privados involucrados en las mismas -de modo tal de llevar al proyecto, en términos relativos, a relaciones de riesgo/retorno estándares internacionalmente- y, en contrapartida, en un incremento del costo de financiamiento, invariablemente trasladados a los costos generales de la operación.

- B. Encuadre de los programas y procesos de PPP en el contexto de la “reforma del Estado”: La mayoría de países latinoamericanos los ha concebido y desarrollado de forma aislada, con carácter “reactivo” a situaciones puntuales o necesidades concretas de la Administración; como una mera “retirada técnica” del Estado de la ejecución de una determinada actividad o prestación de un servicio y, por ende, sin formar parte o ser acompañadas de un conjunto de acciones previas y simultáneas complementarias, usualmente encuadradas dentro de los denominados procesos de “reforma del Estado”. Claro que hay países que han iniciado acciones encuadradas dentro de dicho concepto, aunque buena parte de ellos lo ha hecho de modo inacabado.
- C. Entorno institucional: Existen 4 ámbitos básicos del entorno institucional necesario para el desarrollo de programas y procesos de PPP en los cuales se han evidenciado fallas en la gran parte de países de la región, con mayor o menor alcance, según los casos, y que son:
- a. Planificación y promoción de programas y procesos de PPP: existen casos de países que no cuentan con estructuras y mecánicas de funcionamiento adecuadas para promover este tipo de acciones, que se traducen en problemas tales como inapropiados procedimientos de aprobación y/o control de resoluciones, ámbitos de competencias superpuestas, fallas en mecanismos de coordinación inter-institucional, entre otros.
 - b. Estructuras públicas ex-prestadoras de servicios o actividades objeto de las acciones de PPP: Existen situaciones en que tampoco se han procesado adecuadas reformas en este ámbito, a efectos de evitar los “costos políticos” derivados de planteos de reducción de las estructuras laborales del sector público a las cuales se les había cometido la ejecución de las actividades o servicios en el escenario previo a la instrumentación de la operación de PPP, generándose los consiguientes sobrecostos derivados de dichas estructuras laborales sobredimensionadas.
 - c. Regulación de la actividad de operadores privados: Se trata de una de las cuestiones más críticas del entorno institucional de articulación de este tipo de acciones, siendo las fallas más comunes, del siguiente orden: casos en los cuales se ha instrumentado la operación de PPP y todavía no se han procesado adecuadamente las reformas institucionales en la materia, concentrando la entidad pública titular del servicio o actividad objeto de la operación de PPP, los roles de prestación, control y regulación de las mismas; casos en los cuales se han constituido instituciones reguladoras autónomas, pero que no están apropiadamente incardinadas en la estructura organizacional institucional del Estado; casos en los que no existen claras atribuciones en materia de potestad regulatoria, ni adecuadamente regulado el ejercicio de la misma, ni determinadas las metodologías a aplicar; entre una larga lista de casos relevados.

d. *Control de la actividad de operadores privados:* Existen fallas notorias en este aspecto en la gran mayoría de países latinoamericanos, de mayor o menor grado según los casos, y entre los cuales se pueden destacar: inexistencia de una adecuada regulación del ejercicio de las funciones de control, así como de metodologías y/o instrumentos a dichos efectos; falta de claridad en la determinación de los ámbitos de control y roles en cada caso a ejercerse sobre los contratistas; falta de coordinación en los controles de tipo técnico, legal y financiero realizados respecto de los contratistas; deficiencias en el ejercicio de las funciones de control –que no se ejercen, o se ejercen mal- aún cuando los sistemas y mecanismos específicos estén adecuadamente instituidos y regulados, entre otros problemas.

D. *Estructuras funcionariales:* Salvo excepciones, es frecuente observar situaciones en que funcionarios jerarcas, de rango gerencial y/o subalternos designados para integrar diferentes tipos de instituciones involucradas en programas y procesos de PPP (entidades promotoras o conductoras de proyectos, entes reguladores y/o de control, etc.) no cuentan con el perfil profesional, idoneidad o capacitación más adecuada para dichos cargos (ocurre regularmente que estos son cubiertos atendiendo razones políticas, o utilizando funcionarios provenientes de la burocracia tradicional sin experiencia relevante en tales materias), ni tampoco reciben la capacitación necesaria a tales efectos conforme a pautas estándares internacionales; entre otras cuestiones a corregir.

E. *Sistemas regulatorios:* Existen países que no cuentan con un marco regulatorio -de carácter general y/o sectorial- apropiado para la estructuración de operaciones de PPP. En la mayoría de los casos se regula específicamente algunas de las alternativas de PPP antes mencionadas, aunque no de un modo sistematizado, y presentando carencias de variada índole en una serie de aspectos considerados críticos (metodologías para la estructuración de los proyectos, procedimientos licitatorios, contribuciones públicas a proyectos, bases de distribución de riesgos en los contratos, renegociaciones de contratos, ejercicio de funciones de control y regulación, etc.). La regulación más reciente en materia de PPP en el continente es la brasileña, aunque la misma presenta también ciertas carencias en varios aspectos.

En algunos casos de países con estructuras federales, se han detectado distorsiones entre regulaciones de carácter nacional y estadual/provincial referente a las cuestiones que se vienen de mencionar.

Por otra parte, en ciertos países, también se puede apreciar que varios de sus respectivos marcos sectoriales regulatorios de la actividad o servicios provistos en determinadas áreas (por ej., en materia portuaria, suministro de agua potable, etc.) presentan importantes carencias, que tampoco han sido resueltas por la vía contractual.

Por último, tampoco se observa, en la gran mayoría de los países de la región, la existencia de legislaciones nacionales armonizadas respecto de los temas mencionados; particularmente relevante en el ámbito de proyectos transnacionales; como los que actualmente se vienen promoviendo en el ámbito de la iniciativa “IIRSA” (América del Sur) o “Plan Puebla-Panamá” (América Central).

- F. Metodologías: La amplia mayoría de países latinoamericanos no aplica metodologías específicas para la estructuración de operaciones de PPP, tales como los análisis “PSC”, “costo-beneficio”, o “costo-efectividad” antes mencionados (véase cita N° 11 y 12). Hay sí, en varios casos, previsiones de algunas pautas metodológicas para estructurar proyectos, pero que no presentan la sistematicidad y completividad deseable en estos casos.
- G. Sistemas de responsabilización: En términos generales, los distintos países de la región cuentan con sistemas de responsabilización previstos en sus respectivos marcos normativos; ahora, ocurre que, o son inadecuados, o no funcionan eficaz y eficientemente, desaprovechándose con ello la utilización de un incentivo importante para la eficaz y eficiente acción administrativa. En el ámbito de estructuración de proyectos de PPP, con más frecuencia de la esperable, se ven proyectos mal estructurados, que dan lugar a consecuencias negativas de diverso tipo para el Estado (sobrecostos procedimentales, impugnaciones a procedimientos licitatorios o a adjudicaciones o renegociaciones contractuales que de haberse estructurado los proyectos de otro modo hubieran sido innecesarias, etc.), pero que por lo general, no “disparan” el funcionamiento de los sistemas de responsabilización de los funcionarios que hubieren estado involucrados en los mismos, individualizando las responsabilidades y aplicando las sanciones pertinentes. También se observa similares carencias respecto de los funcionamientos de los sistemas de control y regulación de la actividad de los contratistas en diferentes casos.
- H. Planificación de acciones en materia de PPP: Al respecto, se observan importantes carencias en la mayoría de los países de la región; verificándose, según los casos, situaciones tales como inexistencia de adecuadas “políticas de Estado” en la materia; ausencia de o diagnósticos inadecuados respecto de las necesidades de inversión en infraestructuras; acciones concretas en materia de planificación inadecuadas respecto de las necesidades diagnosticadas; ausencia o mal funcionamiento de apropiadas instancias de coordinación en la planificación, especialmente críticas tratándose de proyectos o programas de PPP que afectan a más de una entidad, región o país; entre otras cuestiones.
- I. Diseño de modelo de pliegos o bases de procedimientos competitivos y contratos de PPP: En general, la experiencia indica que el diseño de bases de procedimientos competitivos (licitaciones, subastas, etc.) y de contratos de

PPP constituyen ámbitos en los que también suelen apreciarse carencias respecto a las denominadas “mejores prácticas internacionales” (implementación de procedimientos de selección no apropiados para proyectos de infraestructuras, falta de claridad en los supuestos de valoración de ofertas, falta de regulación de supuestos de presentación de ofertas “temerarias” o anormalmente desproporcionadas, inadecuadas regulaciones de aspectos críticos de la relación “Administración – contratista”, entre otros aspectos); desaprovechándose muchas veces la oportunidad de corregir las fallas o vacíos que presenta la regulación heterónoma (leyes, reglamentos, resoluciones) por la vía contractual (bases y contratos). En estos casos, y a complicar aún más la situación, contribuye el hecho de la ausencia también detectada en varios países, de modelos estándares de bases y contratos de PPP que sirvan de guía a quienes les compete estructurar dicho tipo de operaciones; observándose en algunos casos cómo proyectos similares de concesiones –por ejemplo- en un mismo país y sector, presentan regulaciones diferenciales en cuestiones que requieren un tratamiento uniforme.

- J. Mecanismos de resolución de controversias: Se trata de una cuestión crítica desde el punto de vista de la sustentabilidad de los proyectos de PPP que se implementen. La existencia de mecanismos idóneos para la resolución de controversias constituye un aspecto fundamental para todos los agentes privados involucrados en un proyecto de PPP, especialmente los de mayor complejidad como los grandes proyectos de infraestructuras, pues se sentirán inclinados a participar en aquellos casos en que tengan certeza de que las controversias surgidas serán resueltas con imparcialidad, eficiencia y con la celeridad necesaria a efectos de evitar interrupciones innecesarias en la ejecución del contrato por el contratista. No obstante, se aprecian muchas veces regulaciones de este tipo de instancias inadecuadas, no sólo en perjuicio de los agentes privados, sino también, del propio Estado promotor de la operación.

* * * * *



El presente documento contiene información de carácter general y no tiene por objetivo referir a información reservada o confidencial de ninguna institución, entidad o persona en particular