

Contratos de PPP y desarrollo de
infraestructuras:
¿las nuevas regulaciones solucionan los
viejos problemas?

DOCUMENTO TÉCNICO

NOVIEMBRE 2013



Autores: Ignacio Aragone Rivoir
Pablo Esteban Perrino

 PUBLIC
PRIVATE
INFRASTRUCTURE
& UTILITIES

INDICE

- 1. Infraestructuras y desarrollo: el rol de las PPP en el proceso**
- 2. Diseño regulatorio para el desarrollo de proyectos de PPP**
- 3. Las reformas institucionales para el desarrollo de proyectos de PPP**
- 4. La Iniciativa Privada**

1. INFRAESTRUCTURAS Y DESARROLLO: EL ROL DE LAS PPP EN EL PROCESO

Existe un consenso generalizado de que la inversión en infraestructuras es fundamental para generar el desarrollo económico-social y, de este modo, elevar la calidad de vida de las personas.

Una adecuada dotación de infraestructuras básicas provoca un impacto altamente positivo en la productividad, el crecimiento económico y la competitividad internacional de un país y, por sobre todas las cosas, contribuye decisivamente al bienestar, calidad de vida y prosperidad de la sociedad.

Cuando la inversión en infraestructuras se planifica, estructura e implementa adecuadamente, entonces se desata un “círculo virtuoso” que impacta positivamente en las diferentes variables de un país (crecimiento económico, mejora de la productividad, mayores índices de inversión nacional y extranjera directa, reducción de la pobreza, creación de nuevas fuentes laborales, aumentos de puestos de trabajo; en fin, mejora de indicadores económicos y sociales en general). Por el contrario, cuando la inversión en infraestructura no se desarrolla en volúmenes, calidad y condiciones de entorno adecuadas, se alimenta un espiral descendente o “círculo vicioso” que provoca los resultados inversos (estrangulamiento de las posibilidades de desarrollo económico, pérdida de competitividad, aumento de desocupación, mayores niveles de pobreza, insatisfacción creciente de usuarios de servicios, etc.).

Pero, si bien es cierto que la inversión en infraestructuras es una condición necesaria para que tenga lugar el desarrollo económico, también lo es que ello no es una condición suficiente de por sí. En realidad, los efectos beneficiosos no se originan de la mera inversión en infraestructuras, sino cuando junto a ella convergen otros factores tales como una eficiente gestión de las infraestructuras y provisión de los servicios ligados a las mismas que generan beneficios netos para los usuarios; el aprovechamiento de sinergias entre los diferentes tipos de infraestructuras; la congruencia entre las políticas de Estado y las acciones definidas por éste para el desarrollo de los sectores o regiones a los que el programa de inversión en infraestructuras apunte; la adecuada planificación y generación de incentivos para que la actividad privada tenga lugar en tales sectores o regiones; y la existencia, en definitiva, de un entorno general favorable para la actividad económica.

En definitiva, el “espiral” que genera la inversión en infraestructuras puede ser ascendente o descendente; y en gran medida, todo ello depende de una decisión política. El punto de partida es determinar cuál es el modelo de país que se quiere; cuáles son los objetivos de corto, medio y largo plazo que en materia de desarrollo sectorial o regional se quieren alcanzar; cuáles son las acciones que para ello deben implementarse en diferentes campos (institucionales,

regulatorios, políticos, económicos, etc.) y dentro de los cuales debería estar comprendida la materia de infraestructura y servicios. A partir de allí, debe planificarse toda la acción en este último campo: formular políticas, relevar necesidades, establecer metas concretas, definir cronogramas, procedimientos, recursos humanos y financieros, instrumentos y tipología contractual potencialmente utilizable, estudios a realizar, etc.; en fin, todo lo que hace a una planificación e implementación seria y profesional de un programa de infraestructuras, sea nacional o regional, sectorial o multisectorial.

En ese marco, las denominadas técnicas de Participación Público-Privada, conocida en el derecho anglosajón como **Public-Private Partnership**, o simplemente PPP, o “P3”, y en otros países como Asociación Público Privada (APP)¹ o como Colaboración Público Privada (CPP)² constituyen un valioso instrumento para dar para lograr una eficaz y eficiente provisión de infraestructuras y servicios en beneficio de la comunidad. Sin embargo cabe advertir que, como se explicará más adelante, su uso se encuentra enmarcado y a la vez condicionado, por otra serie de instrumentos, acciones o herramientas propias del Estado como son la formulación de políticas, la planificación estratégica, medidas de fomento o ayudas públicas, las estructuras institucionales, y el marco regulatorio³.

¹ Vgr. Argentina. Conf. Decreto 967/05, por el que se aprueba el Régimen Nacional de Asociación Pública Privada.

² Vgr. Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM (2004) 327, de 30 de abril de 2004 y España. Conf. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 11).

³ Quienes desde unos cuantos años venimos trabajando profesionalmente en procesos de estructuración e implementación de proyectos de PPP para el desarrollo de infraestructuras y servicios en diferentes países, hemos podido contemplar el impacto que tienen en determinadas comunidades, decisiones erróneas en cuanto a llevar o no adelante determinados procesos de provisión de infraestructuras y servicios. Tomar decisiones desacertadas puede tener a veces consecuencias desde el punto de vista institucional. Pero siempre las tendrá, y a veces terribles, si se mira la situación desde la perspectiva de los habitantes o comunidades a quienes el proyecto estaba dirigido.

Los proyectos de PPP en el sector del agua potable y saneamiento, por ejemplo, son de los más críticos en el contexto de los diferentes sectores de infraestructuras; pues con frecuencia van dirigidos a comunidades y personas en condiciones de alta vulnerabilidad. Hemos visto, en este sentido, cómo en determinados países de América Latina, África o Asia, la no implementación de un proyecto significa para los potenciales beneficiarios beber agua no potabilizada, o a veces caminar diariamente más de 10 kilómetros para acceder al recurso; en definitiva, vivir el día a día en condiciones indignas, sin esperanzas, y con la muerte golpeando a las puertas. Desde detrás de un escritorio en la ciudad, puede restársele trascendencia a que un proyecto se retrase o no se concrete; en definitiva, en ese caso puede ser nada más que un dato estadístico. Pero hay que estar allí en el terreno, en la “línea de fuego”, para entender lo que realmente eso significa para las personas.

Cuando respecto de la gestión de un gobierno se presentan, por ejemplo, cifras de volúmenes de inversión en infraestructura, o porcentajes de población cubierta por un determinado servicio, hay que tener siempre presente que si un proyecto se hace o no en tiempo y forma, no es un dato más para una estadística, sino

La experiencia demuestra que, en algunos países, la participación público-privada (PPP) constituye una herramienta casi “mítica” que se utiliza como regla para promover todo tipo de proyectos de infraestructuras, basados en resultados notables obtenidos en el pasado. En otros, en cambio, los resultados obtenidos han estado muy distantes de los esperables; alimentando, así, un clima de desconfianza, insatisfacción y escepticismo en ciertos sectores de la sociedad en relación a la incorporación de la participación privada en sectores de infraestructuras de interés general.

Es curioso, pero en algunos de estos países tal es el recelo que existe respecto a la introducción de la participación privada ante cualquier vía que evoque el término “privatización”, que debe aclararse una y mil veces que no son sinónimos.

La razón principal de los fracasos en el desarrollo de programas y proyectos de PPP reside en el hecho de que se pretenden aplicar nuevas técnicas utilizando los mismos métodos que en el pasado no dieron resultado ni con privatizaciones ni con concesiones. Se pretende insertar cambios regulatorios o generando nuevas figuras institucionales, sin generar los cambios en los marcos normativos o institucionales más amplios sobre los cuales aquellos deben insertarse e interrelacionarse; y que tradicionalmente han generado diferentes tipos de dificultades, fallas o ineficiencias en el desarrollo de los proyectos.

No se realizan los diagnósticos necesarios para detectar cuáles son concretamente los aspectos en los que los marcos deben ajustarse, y se pretende, en cambio, importar soluciones completas que en otros países han funcionado, pero desconociendo los contextos de base que en tales casos se han requerido como imprescindibles para alcanzar el éxito en los programas y proyectos de PPP. Casi desde su origen, en algunos casos, los mismos están destinados irremediablemente a fallar.

Las causas puntuales de fallas y malos resultados indudablemente varían de país a país. Pero lo cierto es que más allá de que cada país presenta sus particularidades en esta materia, buena parte de ellas son “nota común” en más de un país.

El tema es tan amplio que en el ámbito de este trabajo vamos a concentrarnos exclusivamente en algunas de ellos:

- a. Diseño regulatorio
- b. Reforma institucional
- c. Fomento de la participación privada a partir del mecanismo de las iniciativas privadas

que existen personas con necesidades, sueños y expectativas que pueden ver frustradas ante ese tipo de situaciones.

2. DISEÑO REGULATORIO PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE PPP

2.1 La nueva “oleada” de reformas regulatorias a los marcos de PPP

En los últimos años, en la región latinoamericana se ha iniciado un proceso a partir del cual varios países han venido aprobando legislaciones en materia de participación público-privada (PPP) para el desarrollo de proyectos de infraestructura.

En este sentido, sólo para citar algunas, pueden mencionarse los casos de Guatemala (“Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica” - 2010); Honduras (“Ley de Promoción de la Asociación Público-Privada” – 2010); El Salvador (“Ley de Asociaciones Público-Privadas” - 2013); Uruguay (“Ley de Contratos de Participación Público-Privada” – 2011); México (“Ley de Asociaciones Público- Privadas” - 2011); Colombia (“Ley de Asociaciones Público-Privadas” – 2012). Otros casos como Paraguay, por ejemplo, están en procesos similares. Puntualmente este país ha presentado a fines del año pasado el proyecto de ley correspondiente para aprobación del Congreso; el cual cuenta ya con media sanción.

Cuando un país inicia un proceso de aprobación de una ley que establezca el marco institucional y regulatorio aplicable a las PPP, lo hace en el entendido de que existen fallas, carencias o limitantes en el sistema tradicional de provisión de infraestructuras y servicios que pueden ser corregidas por dicha vía.

Puede ser que en ese caso un nuevo marco genere posibilidades que con el marco anterior no eran posibles; pero si el problema real del funcionamiento del sistema de desarrollo de proyectos está en otra parte que no es precisamente el área regulatoria, sino el área institucional, por ejemplo, una nueva ley puede mejorar en algo el funcionamiento de todo el sistema, pero no será un elemento decisivo para solucionar los problemas existentes.

Uno de estos casos es el de un país centroamericano donde el plazo que llevan usualmente los procedimientos de contratación de concesiones de obras y servicios, desde que se inician hasta que finalizan, está en el entorno de los *4 a 5 años!* Un lapso excesivo, considerando que la media de este tipo de procedimientos suele ubicarse entre los 8 y 18 meses. En ese país existe una entidad pública nacional a través de la cual se canalizan prácticamente todos los procedimientos de concesiones de infraestructuras en áreas estratégicas. Los problemas de funcionamiento institucional de esta entidad y de todo el sistema en la materia son bien importantes; y explican, en gran medida, el retraso notorio existente en ese país en cantidad y calidad de infraestructuras básicas y servicios ligados a ellas. Pero el diagnóstico que habían realizado las autoridades situaba el problema en la figura de la concesión; por tanto, en su criterio, lo que había que

hacer era aprobar una nueva regulación de contratos de PPP. Ese país puede aprobar la mejor ley de PPP del mundo, pero si el sistema institucional no funciona, los problemas que antes se planteaban con las concesiones, se plantearán ahora con las PPP.

En términos generales, podría decirse que un marco normativo adecuado de las PPP es aquel que establece soluciones para la problemática o dificultades existentes en el país; consagra o prevé instrumentos destinados a alcanzar con mayor eficacia y eficiencia los objetivos perseguidos por el Estado en el área de infraestructuras y servicios; genera un entorno de seguridad jurídica esencial para la captación de inversión privada de largo plazo; diseña un sistema flexible y adaptable a las características específicas de los proyectos y a la evolución natural de la herramienta de la PPP en el corto, mediano y largo plazo; y contempla de modo equilibrado los intereses y expectativas básicas de los distintos actores (Estado, trabajadores, sector empresarial, comunidades, etc.).

Las buenas leyes de PPP deben ser hechas -para empezar- a la medida de cada país.

Lo que acabamos de decir parece una obviedad, pero a veces, se suele caer en la práctica de copiar –en algunos casos, hasta literalmente- textos de leyes de otros países en la materia; sobre todo de aquellos que se pretenden emular, dado sus buenos resultados en el área de las PPP. No queremos decir con esto que preparar un texto de ley de PPP sea como reinventar la rueda en cada oportunidad, pues hay ciertas regulaciones que son estándares, producto de las mejores prácticas internacionales en la materia. Pero es evidente que al ser los países y sus contextos claramente diferentes, la ley que es buena o suficiente para uno, no necesariamente tiene que ser buena o suficiente para otro.

Claro, que además hay que tener en cuenta que hay leyes de países donde los procesos de PPP funcionan bien o muy bien, que presentan determinados artículos que no son los más adecuados; sea porque presentan errores de enfoque o redacción, sea porque resultaron de negociaciones propias en estos casos con partidos políticos de oposición, en el proceso de aprobación parlamentaria de la ley. Y cuando no se conocen estos contextos, y falta el discernimiento y capacidad de análisis que sólo da la experiencia relevante en el área, se corren riesgos de copiar incluso este tipo de regulaciones inadecuadas.

2.2 ¿Regulación “transversal” o regulación “vertical”?

La expresión “PPP” o “P3” nace con un concepto de carácter económico, del ámbito negocial de promoción y desarrollo de proyectos de infraestructuras, en donde la misma praxis, a falta de normas regulatorias específicas, fue creando sus propias reglas. Posteriormente -y de modo bastante reciente- se fueron

aprobando en Latinoamérica normativas específicas para regular los contratos de PPP.

Precisamente por lo anterior, la expresión “PPP” es lo suficientemente vaga e imprecisa como para englobar, dentro de la misma, a una gama de operaciones, técnicas y metodologías para el desarrollo de proyectos de infraestructuras, y lo suficientemente sintética como para abarcar toda una tendencia en la aplicación de nuevas técnicas, metodologías, pautas y criterios para la incorporación del sector privado al desarrollo de tales proyectos.

Asumiendo que no existe una noción uniforme e internacionalmente aceptada de las PPP, y que además, como todo proceso innovativo, ofrece siempre nuevos desarrollos, podemos definir las 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 regulación y control de las actividades desarrolladas en tales casos* (4).

La expresión “PPP” comprende, entonces, diferentes modalidades contractuales que tengan por objeto una o más de las actividades antedichas; tales como contratos de concesión, de leasing, de gestión o management, entre otras posibles variantes.

Tradicionalmente, las legislaciones de los diferentes países preveían y regulaban estas modalidades contractuales, con mayor o menor alcance en la regulación general de sus contenidos (por ejemplo, a través de leyes generales de contratación pública o contratación administrativa), y con mayor o menores especificidades en materia de proyectos de infraestructuras (por ejemplo, en regulaciones específicas aplicables a contratos de concesión).

A medida que el negocio subyacente a los proyectos de infraestructuras evolucionaba, en algunos casos se hacía necesario establecer regulaciones de mayor detalle aplicables a estos proyectos de infraestructuras; habida cuenta de que las regulaciones vigentes y aplicables a dichas figuras contractuales, no preveían expresamente las particularidades que tienen este tipo de proyectos. Así pues, fue necesaria la labor de ir generando progresivamente modificaciones a los textos normativos en los diferentes países.

En algunos casos, sin hablarse expresamente de PPPs, se introdujeron modificaciones a la legislación general en materia de contratación administrativa, tal como fue en el caso de España, con la Ley 13/95 de Contratos

⁴ ARAGONE RIVOIR, Ignacio, en “Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos”, cit.

de las Administraciones Públicas del 18/5/95, modificada posteriormente por la Ley 53/99 del 28/12/99, y posteriormente por el Real Decreto Legislativo -RDL- 3/2011 del 14/11/11, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; este último, que introduce una nueva categoría contractual denominada “contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado”.

En otros casos, los cambios normativos se tradujeron en modificaciones a determinadas figuras contractuales preexistentes en particular, sin introducir jurídicamente el concepto de PPP. Tal es el caso de Chile, originalmente con el Decreto Supremo N° 900 del 31/10/96 que fija el texto refundido del Decreto con Fuerza de Ley (DFL) del Ministerio de Obras Públicas No. 164 de 1991 – Ley de Concesiones de Obras Públicas, y en los artículos 4 a 12 (Título II) del Reglamento del DFL MOP No. 164 de 1991 de fecha 6/10/97, con sus correspondientes reformas incluidas las introducidas en 2010. Ecuador, Bolivia, Venezuela y Paraguay siguieron con esa tendencia al profundizar la regulación de la modalidad de la concesión, con las reformas normativas introducidas en los años 1994, 1998, 1999 y 2001 respectivamente.

El país que más tempranamente introdujo el concepto de PPP –en el caso, “*parcerías público-privadas*”- al ámbito de las reformas legales fue Brasil, aunque limitándolo a las llamadas concesiones subsidiadas. Las concesiones autosustentables (concesiones onerosas y concesiones gratuitas) se regían por la Ley No. 8.897 (1995), en tanto que las concesiones no autosustentables (concesiones subsidiadas o subvencionadas), se califican como “PPP” y se rigen por la Ley No. 11.079 (2004).

Pero en la mayoría de los países, y particularmente en Latinoamérica en los últimos años, la tendencia fue en el sentido de introducir jurídicamente el término PPP al marco normativo, por la vía de establecer una regulación “transversal” a las categorías de contratos antedichos ya regulados por disposiciones legales de carácter general. De tal modo, se desarrollaba un proyecto de PPP bajo el esquema contractual del leasing, por ejemplo, además de aplicarse la normativa general propia de dicha figura contractual, también resultaban aplicables las disposiciones específicas previstas en materia de PPP. En suma, no existían incentivos para aplicar una figura contractual en desmedro de otra para “escaparle” a la legislación de PPPs.

El país que en la región inició ese proceso, aunque utilizando el concepto “contratos de participación de la inversión privada” fue Perú, con la aprobación de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada – Ley 28.059 (2003). Posteriormente, a través del Decreto Legislativo 1012 (2008) se establece el marco general aplicable a los proyectos de Asociaciones Público-Privadas, con sus respectivas disposiciones conexas y complementarias. Después lo fueron siguiendo los demás ya mencionados al inicio, entre ellos, Uruguay, México, Colombia, Guatemala, Honduras y El Salvador.

La regla general en estos casos, decíamos antes, fue la de adoptar un concepto de PPP comprensivo de una pluralidad de modalidades contractuales (concesión, leasing, arrendamiento de infraestructuras, contratos de obra, fideicomisos, etc.), tal cual es la tendencia internacional en la regulación de las PPP.

En definitiva, más allá de la figura contractual que en cada caso se utilice, cuando el objeto del contrato califique como propio de una operación de PPP, serán de aplicación las normas específicas en la materia, complementado las normas generales establecidas para cada figura contractual. La regulación, así, adquiere un carácter transversal.

Uruguay, en cambio, fue una excepción a dicha regla al aprobar la Ley No. 18.786, pues en lugar de generar una regulación de carácter transversal, creó una figura contractual autónoma denominada “Contrato de Participación Público-Privada”, que “convive” con otras modalidades contractuales de PPP en sentido amplio, como la concesión, el contrato de obra, etc. No corresponde aquí entrar a analizar ni valorar las razones por las cuales se ha adoptado dicho criterio, pero lo cierto es que habida cuenta de las fallas que en determinados aspectos ha presentado el nuevo sistema, el tiempo ha demostrado que en ese caso, y por otras razones, esa fue una decisión correcta.

En Argentina, por su parte, el Decreto 967/05, por el cual se aprobó el Régimen Nacional de Asociación Público-Privada, contiene un concepto acotado de PPP en tanto exige que el vínculo asociativo entre el sector privado y el público se traduzca en la conformación sociedades anónimas, fideicomisos o bajo cualquier otra forma o modalidad, que resulte apta para financiarse por medio del régimen de oferta pública previsto por la Ley N° 17.811 y sus normas complementarias”. Sin embargo, este régimen jurídico no agota todo el espectro de posibilidades de acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas ya que convive con otras regulaciones que contemplan modalidades contractuales de PPP en sentido amplio, como son por ejemplo la concesión de obra pública, legislada en el orden nacional por la Ley 17.520 y de servicios públicos, figuras muy usadas durante el proceso de liberalizaciones y privatizaciones llevado a cabo en los años noventa y también con posterioridad.

Pues bien, como afirmábamos al principio, más allá de criterios y líneas conceptuales de regulación, si las reformas regulatorias no se enfocan en solucionar problemas preexistentes oportunamente identificados a partir de los adecuados diagnósticos previos, las soluciones reales a los problemas en la identificación, diseño, estructuración e implementación de los proyectos de infraestructuras seguirán faltando.

Uno de los problemas comunes a la gran mayoría de los países es el plazo que conlleva todo el proceso desde el diseño hasta la implementación de los proyectos, que en los hechos, usualmente excede la “ventana de oportunidad” disponible para alcanzar el cierre contractual. Si los procesos no logran concluirse dentro de ese período, los cambios de gobierno (fundamentalmente en países en

los que no existen además verdaderas políticas de Estado en torno a estos temas), llevarán los proyectos preparados al “cajón de los objetos perdidos”.

Si la reforma regulatoria no sólo no procura generar los mecanismos que permitan reducir tales plazos sino que, por el contrario, agrega instancias intermedias en los procesos, entonces todo lo que se regule de bueno en otras áreas de los procesos no servirá para nada. Por tanto, en función de lo que antecede, no nos resulta llamativo en este caso que a poco de haberse aprobado esta oleada de reformas al marco de las PPP, en algunos países ya se está considerando la necesidad de volver a introducir modificaciones al sistema regulatorio.

El contexto técnico, estratégico, de negocios, político, cultural e ideológico del desarrollo de proyectos PPPs hoy día, dista mucho de los contextos de diez, veinte o más años atrás. Cuando las nuevas regulaciones de PPP se establecen sin considerar estos nuevos contextos, el fracaso está a la vuelta de la esquina.

3. LAS REFORMAS INSTITUCIONALES PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE PPP

3.1 Alcance general de las reformas

Por diferentes razones (eficiencia, especialización, reducción de costos, mejoras en procesos de planificación, etc.), existe una tendencia creciente a generar una nueva institucionalidad para el desarrollo de proyectos de PPP en los diferentes países, la cual consiste en incorporar a los sistemas institucionales existentes, la figura de las llamadas unidades especializadas (“PPP Units”, de acuerdo con las denominaciones estándares internacionales).

Estas unidades especializadas pueden consistir en entidades de “nuevo cuño”, creadas ad hoc para impulsar tales procesos bajo un régimen de exclusividad u objeto compartido con otras actividades; o bien, en entidades existentes reconvertidas a partir de procesos de reforma institucional, en instituciones capaces de llevar adelante competencias en tales ámbitos.

En cuanto a su ubicación o encuadre institucional, se puede observar a partir de la experiencia internacional que existen diferentes alternativas, a saber: a) entidad autónoma o autárquica; b) institución, unidad, dependencia u organismo dependiente o conexo a un determinado Ministerio (por ej., Transporte, Obras Públicas, Hacienda, etc.); y c) institución dependiente de la Presidencia de la República.

A su vez, en lo que respecta a la asignación de funciones en materia de PPPs, las mismas pueden comprender desde el asesoramiento en la planificación

estratégica y diseño de programas nacionales y sectoriales de PPPs, hasta la implementación directa de los correspondientes procesos.

Un aspecto interesante a destacar en relación al funcionamiento de estas unidades es el referente a la asignación de roles en materia de estructuración y de control del desarrollo de proyectos de PPP. En algunos casos, este tipo de entidades tienen competencias asignadas en materia de control de proyectos de PPP; en otros, la competencia en dicho campo puede ser atribuida en cada caso conforme al acuerdo correspondiente entre la entidad pública competente para resolver sobre la PPP respectiva y dicha unidad especial; en tanto que en otros casos, las competencias en materia de control son asignadas expresamente a una entidad pública diferente.

Más allá de los diferentes diseños institucionales que se pueden adoptar en el marco de desarrollo de proyectos de PPP, lo cierto es que tanto en los casos de países que han implementado sistemas de unidades especializadas, como de aquellos que mantienen las estructuras tradicionales donde la competencia para el diseño, estudio, estructuración, regulación y control de los contratos de PPP se mantienen en la entidad pública competente para proveer tales obras y/o servicios, existen modelos que funcionan y otros que no. Y la razón es que la reforma institucional de sistemas para el desarrollo de proyectos de infraestructura va mucho más allá de crear o no una nueva entidad especializada. Esa institución, cuando se la crea, se insertará en un sistema que, si está enfermo, terminará contagiando a dicha unidad.

Las reformas institucionales para una más eficiente provisión de infraestructuras a través de mecanismos de PPP deben abarcar todos los aspectos de incidencia en estos procesos que, a la luz de los antecedentes y experiencias anteriores, han sido factores de errores, fallas, ineficiencias e ineficacias a la hora de llevar adelante tales procesos. No obstante, es bastante frecuente ver cómo se adoptan determinadas soluciones puntuales en un aspecto específico del sistema institucional, como ser la creación de una unidad especializada de PPPs, sólo por que otros países han transitado ese camino, y sin siquiera preguntarse si en los hechos, una alternativa en tal sentido es realmente una solución para los problemas que viene arrastrando el sistema institucional de PPPs en un determinado país.

Se dice que una imagen vale mil palabras, y vamos con una para ilustrar mejor lo que se viene de decir.

Hace algunos años, un grupo de científicos estudió el comportamiento de cinco monos en una jaula, en cuyo centro colocaron una escalera y, sobre ella, un montón de bananas. Cuando uno de los monos intentaba subir la escalera para tomar una banana, una persona lanzaba un chorro de agua muy fría sobre los restantes monos que permanecían abajo. Y así, cada vez que un mono intentaba subir. Después de un tiempo, si algún mono intentaba subir la escalera, los otros, para evitar ser mojados, lo golpeaban hasta que bajaba. Entonces llegó el día en

que ninguno de ellos subía la escalera a pesar de la tentación de las bananas. Entonces, los científicos sustituyeron uno de los monos, y lo primero que hizo el nuevo fue subir la escalera, siendo rápidamente bajado y golpeado por los otros. Después de varios intentos y sus respectivas golpizas, el nuevo mono ya no intentaba subirla escalera, aunque nunca supo el porqué de los golpes. Al poco tiempo, un segundo mono fue sustituido, y ocurrió la misma historia con la escalera y los bananos. Un tercer mono fue cambiado y los hechos se repetían. Y así sucesivamente hasta que cambiaron a cada uno de los primeros cinco monos. Entonces quedaron cinco nuevos monos que, aún cuando nunca recibieron un chorro de agua fría, golpeaban a quien intentase llegar hasta las bananas. Si hubiera sido posible preguntar a alguno de ellos por qué le pegaba a quien intentaba subir la escalera, con certeza la respuesta sería: “no lo sé, pero aquí las cosas se hacen así”.

En el desarrollo de programas y proyectos de infraestructura muchas veces ocurre algo parecido. Se preparan programas y se elaboran proyectos de una forma porque en otro lado se hace así; pero sin preguntarse si esa es realmente una solución para el caso. Cada escenario de país y cada proyecto de PPP es diferente, por tanto, no necesariamente deben haber dos programas o dos proyectos iguales; ni por tanto, dos sistemas regulatorios e institucionales exactamente iguales.

3.2 El contexto institucional general en el que se enmarca el funcionamiento de leyes de PPP

Hasta aquí mencionamos dos niveles institucionales de incidencia en el desarrollo de proyectos de PPP: el primero, el que conforma el “microclima” específico para el diseño, estructuración, implementación, regulación y control del desarrollo de los proyectos; el segundo, el entorno “ampliado” delimitado por el marco de relaciones interinstitucionales sobre las cuales tienen lugar las actividades precedentes; y comprendiendo dentro de éste a las diferentes entidades públicas con competencia directa e indirecta en aspectos puntuales ligados a dichas actividades.

Existe, por último, un tercer nivel referido a la institucionalidad de un país en su conjunto. Considerando las características de los proyectos estándares de desarrollo de infraestructuras a través de modalidades de PPP (inversiones cuantiosas, buena parte de las cuales califican como “inversiones hundidas”, largo plazo para la recuperación de la inversión, mayor exposición a riesgos, etc.), la calidad del entorno institucional general es fundamental por su incidencia en los mismos. En efecto, en tanto que, como regla, escenarios con instituciones débiles y de mala calidad desalientan la inversión, los casos de países que presentan instituciones fuertes y de buena calidad generan un entorno mucho más “amigable” y proclive a la captación de inversión productiva de largo plazo.

Cabe aclarar, en este ámbito, que cuando nos referimos a las instituciones, lo hacemos concibiéndolas como el conjunto de reglas o restricciones, formales e informales (normas escritas, valores, preceptos éticos, etc.) que articulan y organizan las interacciones económicas, sociales y políticas entre los individuos y los grupos sociales, y cuya importancia radica en que reducen los llamados costos de transacción, definen los incentivos para que los agentes económicos actúen y tomen decisiones, y establecen los medios para asegurar el cumplimiento de las normas y de los contratos⁽⁵⁾.

Las instituciones, en tanto crean un marco social, económico y político predecible sobre la futura conducta de los agentes, acotan la incertidumbre propia de cualquier proyecto de infraestructura y, por ende, facilitan intercambios económicos eficientes y fomentan un ámbito propicio para el crecimiento y la inversión⁽⁶⁾.

Pues bien, cuando el entorno político, económico o social es inestable o débil, los proyectos que requieren inversiones iniciales cuantiosas y con prolongados períodos de recupero -como suelen ser los de infraestructura pública-, aumentan considerablemente la exposición a riesgos y, como contrapartida, se incrementan los costos financieros para su ejecución, llegando, incluso, en algunos casos, al punto de tornar inviable el proyecto.

Existe una regla de oro en lo que concierne a la relación que existe entre el riesgo, entendido como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del contrato, y el costo total de un proyecto, que indica que: cuanto menor sea el riesgo, menor será el costo del proyecto y viceversa; cuando mayor sea el riesgo, mayor será el costo. Es que, tal como adelantábamos, la inversión privada en infraestructuras presenta una elevada vulnerabilidad, pues está sujeta múltiples riesgos (7) de distinto origen que puedan afectar diversos aspectos de la

⁵ NORTH, Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, ps. 13/14.

⁶ Con acierto se ha señalado que “los niveles de estabilidad, adaptabilidad, credibilidad y transparencia de las políticas, entre otros atributos, se ven influenciados por la forma en que se proponen, discuten, procesan e implementan las mismas, en la medida en que son el resultado del juego entre los agentes relevantes en el terreno político.

Los elementos que dan forma a la institucionalidad política en particular y al entorno institucional en general se suman a los aspectos históricos e idiosincrásicos de los diversos países para marcar los límites dentro de los cuales se pueden mover los agentes, en un marco de transacciones políticas intertemporales y complejas” (BERGARA, Mario y PEREYRA, Andrés “El Proceso de Diseño e Implementación de Políticas y las Reformas en los Servicios Públicos”, Departamento de Economía. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República de Uruguay, Documentos de Trabajo, Documento n° 17/05, p. 1. <http://www.fcs.edu.uy/archivos/Doc1705.pdf>)

⁷ La alta exposición de los proyectos de generación de infraestructura pública a riesgos, básicamente, deriva de: a) los largos períodos de maduración y vida útil de los mismos, tanto por la extensión del plazo de construcción como por la vida útil del activo subyacente que es creado; b) porque es usual que se comprometa una alta proporción de los costos totales del proyecto desde el inicio. Hay costos hundidos sustanciales, generalmente en las etapas iniciales del plazo contractual; y

ecuación económica del contrato, tales como: a) los que pueden comprometer la inversión en los trabajos iniciales, esto es los riesgos ligados al proceso constructivo, o b) los que pueden recaer sobre los ingresos futuros que van a permitir al contratista la recuperación de los costos, o c) los que pueden impactar en los costos de operación y financieros que influirán en los gastos a asumir por el sector privado a lo largo de la vida del proyecto.

Sin lugar a dudas, los riesgos institucionales y, ligados a ellos, los de carácter regulatorio y político presentan una fuerte incidencia en el éxito o fracaso en el diseño, estructuración e implementación de programas de PPP y proyectos específicos dentro de tales programas. Posibles cambios regulatorios, institucionales o políticos que afecten alguno de los componentes del equilibrio económico financiero de los contratos de PPP y cuya cobertura no siempre es posible o plenamente satisfactoria, constituyen un potencial “disuasivo” del interés privado en participar en estos proyectos que no se puede obviar. Tal es lo que puede ocurrir por modificaciones en la regulación fiscal, laboral, medioambiental, por la extinción anticipada por razones de interés público del contrato, la nacionalización de los activos; la prohibición de sacar del país los beneficios o utilidades obtenidos, en otros casos acciones asociadas a conflictos civiles o terrorismo; etc.

4. LA INICIATIVA PRIVADA

4.1 Descripción general del funcionamiento del sistema

La tendencia más acusada en la actualidad apunta a la búsqueda de asociaciones entre inversores privados previamente interesados y el Estado, a fin de aprovechar el mutuo interés de dichas partes en operaciones seguras y bien estructuradas. Y en ese marco cobran una especial importancia las denominadas iniciativas privadas o “*unsolicited proposals*”.

Se trata ésta de una técnica de amplio uso en diferentes países del mundo en virtud de la cual una empresa privada interesada en la posibilidad de desarrollar un proyecto a través de una concesión u otra forma de participación público-privada presenta la correspondiente solicitud al Estado, el que, luego de

los costos de entrada y de salida son elevados. c) Y, además, porque los períodos de recupero de la inversión suele ser prolongados. En tal sentido, han puesto de resalto LEVY y SPILLER que la principal diferencia entre los activos de infraestructura pública y otros tipos de capital, está dada por el gran número de imperfecciones o fallas de mercado como ser la presencia de activos hundidos que no pueden ser desmontados una vez instalados; tecnologías con importantes economías de escala; y el carácter de consumo masivo que tienen los servicios prestados que los hace muy sensibles a las decisiones políticas. Este último aspecto alienta la implementación de distintas regulaciones y controles por parte de los gobiernos, no sólo para solucionar los problemas derivados de las imperfecciones del mercado y las externalidades, sino también como instrumento de política económica (por ejemplo, para redistribuir el ingreso). (LEVY, BRIAN, Y SPILLER, Pablo, *Regulations, Institutions and Commitment*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996).

instancias de análisis de la información y estudios pertinentes, lleva a cabo un procedimiento de selección competitivo para su adjudicación, reconociéndole generalmente al proponente, determinadas ventajas o derechos a modo de compensación por la idea generada y desarrollada.

El examen de las regulaciones comparadas pone de resalto que, existe una amplia mayoría de países que regulan o admiten la presentación de iniciativas privadas para el desarrollo de proyectos de infraestructuras a través de concesiones u otras modalidades de PPP. Muchos de estos países admiten la herramienta de la iniciativa con carácter general, para todo tipo de infraestructuras. En otros, junto a una regulación de carácter general, coexisten una o más regulaciones en la materia de carácter sectorial (por ejemplo, para promoción de concesiones de servicios de agua potable, de suministro eléctrico, portuarias, etc.). Por último, en relación a este punto, existen también casos de países que sólo cuentan con regulaciones de esta figura de carácter sectorial.

En cuanto a las modalidades contractuales de base para la promoción de iniciativas, en tanto algunos países admiten iniciativas que tengan por objeto concesiones u otras modalidades de PPP, otros, en cambio, circunscriben la aplicación de la herramienta solo a un tipo contractual determinado; por lo general, las concesiones.

Existen también peculiaridades respecto a la regulación de las iniciativas privadas en casos de países de organización federal (como por ejemplo, Argentina, Australia y Estados Unidos) donde no sólo existe normativa con alcance nacional en relación a las iniciativas privadas, sino también, regulaciones específicas de carácter federal ⁽⁸⁾. Dentro de éstos, el caso de Estados Unidos es singular, ya que no sólo existe normativa a nivel federal (F.A.R. Subpart 15.6) sino también a nivel estadual (como anteriormente se mencionó) y por sector (Aeronáutico, Energía, Defensa, Salud, entre otros). También existen casos de países de organización federal, como Brasil, que prevén la iniciativa privada a nivel nacional, pero careciendo de normativa alguna a nivel estadual.

En líneas generales, el régimen de iniciativa privada funciona del siguiente modo.

A. La empresa privada interesada en acometer un proyecto presenta la correspondiente solicitud al Estado. Dicha solicitud debe ir acompañada de información referente a la empresa solicitante (antecedentes, capacidad patrimonial, etc.), al proyecto (objeto de la concesión, servicios a proveer, etc.), y

⁸ En Estados Unidos, el sistema de iniciativa privada está regulado en los Estados de Arizona, Colorado, Delaware, Florida, Georgia, Maryland, Minnesota, Nevada, Oregon, Texas, Virginia y Washington. En los restantes Estados, donde no existe normativa alguna al respecto, o bien se acepta la presentación de iniciativas privadas por parte de la autoridad competente, o bien se interpreta tal silencio como prohibitivo de la presentación de proyectos por este mecanismo. En Australia, el sistema de iniciativa privada está regulado en New South Wales y en Victoria.

a su viabilidad (estudios de prefactibilidad técnica, económico-financiera, legal, etc.)⁽⁹⁾

B. El Estado dispone de un plazo determinado para analizar la solicitud, y si entiende que concuerda con su idea de desarrollo del proyecto, y está alineado a las expectativas del interés público en el caso, le requerirá al solicitante que lleve a cabo los estudios de factibilidad completos del proyecto, el diseño de la estructura del proyecto, y de los contenidos básicos de los modelos de bases de licitación y contratos a utilizarse en el caso.

C. Presentada la información antedicha, el Estado dispondrá de un nuevo plazo para analizarla, plantear ajustes o correcciones a la misma, hasta llegarse a una estructura definitiva de proyecto.

D. A partir de allí, la regla general consiste en que el Estado convoque a un procedimiento de selección del contratista, en la que participará la empresa privada que propuso la iniciativa y otras interesadas en el proyecto.

En tales casos, a la empresa proponente suele reconocérsele los siguientes beneficios:

- a. derecho a un puntaje adicional sobre el realmente obtenido en la licitación, que se le acumula a éste a efectos de determinar su puntuación final (por ejemplo, que tenga derecho a un 10% adicional sobre el puntaje obtenido en la valoración de ofertas; que si hubiere sido de 80 puntos, tras agregársele los 8 adicionales, terminaría con una puntuación final de 88⁽¹⁰⁾);
- b. derecho a igualar o mejorar la oferta calificada como más conveniente a los intereses del Estado para convertirse en adjudicatario de la licitación (modalidad internacionalmente conocida como “*Swiss Challenge*” o “*First Right of Refusal*”) ⁽¹¹⁾;

⁹ El caso de Brasil es una excepción a esta regla general de presentación de iniciativas privadas, en tanto y cuanto el sistema normativo prevé que las iniciativas que se presenten tengan lugar en el marco de un proceso iniciado por la entidad pública competente, a partir del cual convoque a empresas interesadas en presentar iniciativas sobre un determinado proyecto, para después seleccionar a una, y con ella, continuar con el procedimiento general descrito a continuación. Este mecanismo que en la teoría resulta interesante, en los hechos presenta importantes problemas.

¹⁰ Este es el caso de países tales como Chile (en donde el porcentaje reconocido puede variar entre 3% y 8%, según los montos de inversión estimados para los proyectos presentados bajo esta modalidad; previéndose un bonus del 8% para proyectos “categoría A”; del 6% para proyectos “categoría B”, y 3% para proyectos “categoría C”), Ecuador (20%), Uruguay (el porcentaje puede variar entre el 5% y el 20%), y Argentina (hasta 5%), entre otros.

¹¹ El otorgamiento al proponente del derecho a igualar o mejorar la oferta ganadora para convertirse él en el adjudicatario de la concesión consiste en un beneficio que por lo general se acumula al derecho anterior. Conforme a la experiencia internacional, la aplicación de este sistema presenta variantes. Existen

- c. derecho a que si perdiera la licitación, el adjudicatario le reembolse los costos de preparación de la iniciativa como requisito de cumplimiento previo a la firma del contrato de concesión; ⁽¹²⁾; y/o

casos como la adjudicación de la concesión del Aeropuerto Internacional de Quito – Ecuador, en donde el proponente, al igualar o mejorar la oferta del oferente ubicado en primer lugar, adquiere el derecho a convertirse en adjudicatario; o bien, ejemplos como el de la legislación uruguaya, en donde el derecho otorgado al proponente en relación a este aspecto consiste en la posibilidad de generar una instancia de mejora de ofertas, y en la cual éste y el oferente ubicado en primer lugar propondrán una nueva oferta. La mayoría de casos que reconocen este derecho son sistemas “híbridos”, ya que combinan el derecho a obtener un puntaje adicional con el derecho a igualar o mejorar la oferta ganadora, o bien promover una instancia de mejora de ofertas. Por ejemplo, en Argentina se adjudica la licitación al proponente de la Iniciativa cuando la diferencia entre la oferta del mismo y la oferta calificada no supera el 5% de esta última, otorgando por otra parte el derecho de mejorar su oferta cuando la mencionada diferencia oscila entre 5% y 20%. Otro ejemplo de ello es la legislación uruguaya antes mencionada sobre esta materia.

¹² Por lo general, las legislaciones de los diferentes países prevén que los costos que en tales casos determinen los proponentes deben ser aprobados por las respectivas entidades concedentes; no obstante, suelen ser poco claras en relación al alcance del referido derecho; particularmente en relación a qué tipo de costos quedan comprendidos dentro del mismo. Como regla, debieran ser todos aquellos en los que incurra un proponente, dentro del límite de la razonabilidad. Ahora, la realidad indica que hay casos de legislaciones que no establecen pautas claras en relación a dicha cuestión, ni qué tipo de estudios quedan comprendidos en tal derecho; esto es, si aquellos necesarios para preparar un proyecto (esto es, los incurridos desde la presentación de la iniciativa hasta su aprobación por la entidad convocante; o bien, abarcando también los que se estimen para la participación del proponente en el procedimiento competitivo hasta el cierre contractual de la operación, tras la adjudicación). Sobre lo que sí existe consenso es en relación a que la entidad convocante debe admitir el derecho a recuperación por el proponente, no sólo de los costos incurridos en la preparación de los estudios previstos con carácter general, sino también, de aquellos requeridos por la entidad convocante con carácter particular (estudios adicionales); y bajo criterios flexibles en relación a la determinación de los valores o sumas aceptables por tales conceptos.

En este contexto, a continuación se presentan algunos ejemplos. En Argentina, se reconoce al proponente, el derecho a percibir por concepto de honorarios y gastos reembolsables, una suma equivalente al 1% del valor de la inversión del prevista para el proyecto (demasiado baja, si se considera las prácticas de otros países de la región), para el caso de no resultar ser el adjudicatario; la cual deberá ser abonada por el oferente adjudicatario como requisito de cumplimiento previo para la firma del contrato de concesión o PPP que fuere del caso.

En Uruguay en el régimen regulatorio general aplicable a contratos de PPP en sentido amplio (no a los denominados “contratos de PPP” en sentido estricto), el derecho a la recuperación de costos incurridos sólo se reconoce al proponente para el caso de que este no se presente a la licitación; de modo tal que, si se presenta y no resulta ser el adjudicatario, no genera el referido derecho. Al igual que en otras legislaciones, el proponente debe informar la cifra a la entidad convocante de la licitación a fin de que ésta otorgue su aprobación. Para los contratos de PPP en sentido estricto, el referido derecho se reconoce siguiendo la regla general internacional; esto es, si pierde la licitación puede recuperar los costos del ganador.

En el caso de Costa Rica se reconoce al proponente el derecho a recuperar los costos de preparación del proyecto, para el caso de que éste no resultare adjudicatario del mismo; debiendo asumir su pago el oferente adjudicatario como condición sine qua non para la firma del contrato; pero sin establecerse tampoco en este caso un límite o tope a los mismos; simplemente, se establece que la suma indicada por el proponente por tal concepto deberá ser aprobada por la Administración (existen antecedentes donde el valor de los estudios reconocido y aprobado se ha situado en el orden del 8 a 10% de la inversión prevista para el proyecto).

- d. derecho a ser adjudicatario en caso de que la oferta del proponente fuere la única presentada ⁽¹³⁾.

Tal como lo indica la experiencia internacional, los derechos antedichos suelen reconocerse en forma aislada, o bien, acumulando dos o más de ellos, como generalmente ocurre.

En cualquier caso, es esencial que los derechos que se otorguen al proponente de la iniciativa estén claramente señalados en las bases de licitación, de acuerdo con los principios de transparencia, igualdad y otros conexos que deben regir dichos procedimientos.

E. En algunos países ⁽¹⁴⁾, la legislación prevé que tras la aprobación del proyecto por la Administración Pública competente, ésta efectúe una convocatoria a interesados en manifestar su interés en presentar oportunamente ofertas en el procedimiento licitatorio que para el caso promueva la Administración.

Así pues, si en un plazo determinado de, por ejemplo, 90 días, existe uno o más interesados que constituyendo la correspondiente garantía manifiestan su interés en participar en un procedimiento licitatorio, entonces la Administración deberá implementar el mismo para adjudicar el proyecto. Si por el contrario, durante dicho lapso no existen interesados que cumpliendo los requisitos dispuestos en la regulación manifiesten interés en participar en una instancia de licitación, entonces la Administración procederá a adjudicar el proyecto en forma directa; iniciando con el proponente de la iniciativa la correspondiente instancia de negociación de los términos del contrato.

4.2 Las ventajas principales que reporta el sistema

La abundante evidencia empírica existente pone de manifiesto que, cuando esta técnica es adecuadamente utilizada, genera importantes ventajas tanto para el Estado como para el sector privado interesado en desarrollar este tipo de proyectos, a saber:

En Chile se reconoce al proponente el derecho a la recuperación de los costos incurridos en la preparación del proyecto sin limitarlo a un valor porcentual, no obstante, se consideran parámetros de mercado para su determinación; aunque de un modo flexible.

¹³ Usualmente, las regulaciones más recientes aplicables a procedimientos competitivos (licitaciones, subastas, etc.), confeccionadas de conformidad con las “mejores prácticas internacionales”, prevén que de existir una sola oferta, ello de por sí no constituye razón para declarar un procedimiento desierto; vale decir, si la misma cumple con los requisitos formales y sustanciales oportunamente exigidos, y si es acorde al interés público vigente en el caso, debe igualmente adjudicarse. No obstante ello, existen casos donde la normativa aplicable a un determinado procedimiento prescribe que en caso de existir una sola oferta, debe declararse el procedimiento desierto.

¹⁴ Tal es el caso de Colombia y Perú.

a. **Mayor eficiencia y eficacia en la identificación y definición de proyectos:** una de las funciones básicas de las Administraciones Públicas en el campo de las infraestructuras consiste en la definición de políticas u objetivos de desarrollo de un determinado sector o subsector de actividad y, a partir de allí, establecer una planificación estratégica u orientativa para su concreción. Tras ello, en el campo de desarrollo de proyectos, corresponde su identificación, definición, diseño, análisis, estructuración e implementación. No obstante, como resulta evidente, la Administración cuenta con recursos humanos limitados para acometer una importante cantidad de proyectos en forma simultánea. En este escenario, resulta importante la participación privada en la identificación de posibles proyectos en el marco de un determinado programa establecido por la Administración, en la realización de sus análisis preliminares, y en la presentación, en su caso, de la posibilidad de su desarrollo a la Administración bajo la modalidad de la iniciativa privada.

b. **Celeridad y reducción de tiempos desde el período que va desde la definición y diseño de un proyecto hasta su adjudicación a un contratista privado:** dado que en el caso de un proyecto promovido a partir de una iniciativa privada, buena parte de las actividades de definición, diseño y estructuración de un proyecto dependen de la acción del agente privado proponente de la iniciativa, es posible generar una significativa reducción de tiempos en la tramitación de un proyecto por esta vía, respecto a hacerlo a través de los canales tradicionales de promoción pública. Indudablemente existen instancias en donde se requiere de la intervención de la Administración (estudio y aprobación de la iniciativa, estudio y validación de estudios de factibilidad complementarios, llamado a licitación, conducción del procedimiento licitatorio, etc.), pero de la mano de la dinámica impuesta por el agente privado a todo el proceso, suele ser común también obtener una reducción de plazos a los términos de intervención de la Administración en tales procesos.

c. **Reducción de costos de preparación de proyectos para la Administración:** los costos de preparación de proyectos promovidos a partir de iniciativas privadas son asumidos, en su gran mayoría, por el proponente de la iniciativa (preparación de la iniciativa, realización de estudios de factibilidad, preparación de la estructura del proyecto, diseño de documentación licitatoria, etc.). Indudablemente existen costos para la Administración, no obstante, los mismos se concentran, fundamentalmente, en estudiar la documentación preparada y presentada por el proponente; razón por la cual, los ahorros que puede llegar a alcanzar la Administración por esta vía respecto de los costos que implica un proyecto desarrollado a través de los canales tradicionales, suelen ser significativos.

d. **Concepción de los proyectos desde la perspectiva de captación del interés del sector privado, sin perjuicio del respeto del interés público presente en tales casos:** tratándose de proyectos concebidos, diseñados y promovidos desde la Administración, puede ocurrir que

tras largos períodos de maduración de los proyectos, e incurrirse en costos importantes por la Administración en su preparación, el proyecto finalmente no logre adjudicarse al no poder concitarse el interés del sector privado respecto de la propuesta de negocios subyacente al proyecto planteada por la Administración. Desde esta perspectiva, la tramitación de un proyecto originado en una iniciativa privada resulta mucho más interesante y atractiva para la Administración, pues al tener el proyecto dicho origen, se parte de la base de que el mismo ha sido estructurado desde la óptica del interés del sector privado; sin perjuicio, de que la Administración cuenta con las instancias y mecanismos necesarios para velar por la protección del interés público en tales casos.

e. ***Mayores certezas respecto del buen fin del procedimiento tendiente al otorgamiento de la concesión o fórmula de PPP que fuere del caso:*** Ligado a lo anterior, tratándose de proyectos originados en iniciativas privadas, se sabe que al menos, habrá un oferente (o sea, el promotor de la iniciativa), evitándose con ello el riesgo y costos económicos, estratégicos y políticos en que pueda incurrir la Administración al promover un proyecto que, al final del proceso, deba declararlo desierto ante el desinterés del sector privado; lo cual constituye el grave problema de licitaciones “a ciegas”.

4.3 Problemas que en general reportan los sistemas de iniciativas privadas en Latinoamérica

Llegado a este punto la pregunta que cabe realizarse es porqué siendo la iniciativa una herramienta tan potente para la promoción de proyectos de infraestructura, en los hechos, la utilización de este mecanismo lejos está de haber alcanzado las expectativas que motivaron su regulación.

De acuerdo con la experiencia internacional, en buena parte de los países, del número total de proyectos de infraestructuras que se adjudican, un porcentaje muy reducido tiene base en proyectos originados a partir de iniciativas privadas. Hay casos de países en donde se da cuenta que del número total de iniciativas privadas que se reciben anualmente, un porcentaje mínimo es el que finalmente se aprueba. En otros países, se informa que proyectos originados en iniciativas privadas suelen conllevar plazos de aprobaciones administrativas que superan largamente los 3 o 4 años.

La pregunta que cabe hacerse es concretamente qué es lo que está pasando con el sistema; donde están las fallas que llevan a que una promisorio herramienta como la iniciativa privada no alcance, en los hechos, los objetivos para los que fue creada. En nuestra opinión, algunos de los problemas más importantes que presenta el sistema, dependiendo claro está de los diferentes países y los modelos regulatorios seguidos, son los siguientes:

A. ***Planificación:*** al no contar, la mayoría de países, con planificaciones estratégicas claras en materia de desarrollo de proyectos de infraestructuras a

nivel nacional/regional/municipal/sectorial, entonces tampoco existe claridad respecto a cuáles tipos de proyectos se ha previsto su promoción de oficio, y sobre cuales cabe admitir iniciativas privadas. Ausencias de definiciones de este tipo, conducen, la mayor parte de las veces, a iniciativas presentadas respecto de proyectos donde las entidades públicas competentes no tienen mayor interés en que sean promovidos por iniciativas privadas.

B. **Registros:** se trata de un aspecto ligado al anterior. En algunos países no existen registros de iniciativas privadas; con lo cual, también se generan incertidumbres en diferentes aspectos imprescindibles del funcionamiento del sistema.

C. **Perfiles de los proyectos:** legislaciones como las de Colombia y Perú, por ejemplo, no admiten la presentación de iniciativas privadas respecto de proyectos de PPP que impliquen contribuciones o aportaciones públicas a los proyectos por encima de un determinado valor (por ej, más del 20% de la inversión prevista); lo cual, no se comparte. En buena parte de los países, cuando se regulan otras modalidades de PPP es, entre otros, con el objetivo de generar nuevas herramientas contractuales para proyectos no autofinanciables y que, por tanto, para su viabilidad, requieren de algún tipo de contribución o ayuda pública (por ej, subsidios a las tarifas, subsidios a la inversión, asunción de determinadas obras por parte del Estado, etc.). Esos proyectos, por otra parte, al ser los más complejos de estructurar, van quedando rezagados; pues usualmente el foco se pone en aquellos respecto de los cuales no existen dudas sobre su viabilidad económica y financiera. Por tanto, serían estos proyectos, a priori, los que al Estado le debería resultar de mayor interés recibir iniciativas privadas, a través de las cuales puedan recibirse soluciones innovativas para el desarrollo de tales proyectos.

Otros agregan que deben tratarse de proyectos en los que se aporten soluciones innovativas. El problema del Estado no es tanto por no encontrar soluciones innovativas, sino por dificultades para hacer frente a varios proyectos a la vez, sean o no con soluciones innovativas. Si las iniciativas privadas permiten a privados desarrollar proyectos que luego el Estado debe revisar, no estudiar desde la nada, entonces bienvenidas sean las iniciativas, puesto que facilitarán al Estado la labor de generación de proyectos. Por tanto, no se comparte el criterio de exigir que sólo se puedan presentar iniciativas en caso de que los proyectos que se promueven incorporen soluciones innovativas o novedosas desde el punto de vista tecnológico, sino reconocer la posibilidad de presentación con la mayor amplitud posible.

Es que, en definitiva, la iniciativa privada constituye sólo un instrumento de originación de proyectos; razón por la cual, los proyectos que desde el punto de vista conceptual puedan ser promovidos de oficio por el Estado también deben poder ser objeto de iniciativa privada; con independencia de que si requieren o no de subsidios del Estado, o si las soluciones que aportan constituyen o no innovaciones tecnológicas. Es que si al Estado no le interesa la iniciativa, basta

con que en su planificación estratégica de desarrollo de infraestructuras prevea que tales proyectos serán promovidos de oficio o, en su defecto, al recibir tales tipos de iniciativas, las rechace.

D. **Requisitos de cumplimiento previo:** algunos países no exigen mayores requisitos a los que presentan iniciativas privadas; particularmente en materia de antecedentes y capacidad técnica y financiera para desarrollar los proyectos sobre los cuales han promovido iniciativas. Entonces, cualquier consultor o asesor o empresa pequeña puede presentar directamente iniciativas privadas que no puede afrontar. La falta de este tipo de regulaciones más precisas en tal sentido, lleva en determinados países a la existencia de un mercado de promotores y posteriores vendedores de iniciativas; esto es, personas que en función de sus antecedentes y capacidades se sabe que no podrán continuar con una iniciativa más allá de la instancia de aprobación inicial, por no contar con los fondos suficientes para afrontar por sí mismos los costos que conlleva el análisis de factibilidad integral del proyecto; y mucho menos, desarrollar el mismo en caso de convertirse en adjudicatarios del proyecto de PPP. Pero al estar literalmente “sentados encima de la iniciativa” –habida cuenta de la regla de prioridad para quien primero presenta una iniciativa– desincentivan la presentación por parte de empresas de mayor reputación y trayectoria que encuentran para presentar ese proyecto, únicamente la posibilidad de sentarse a negociar con el que la presentó en primer lugar.

Por tanto, no debería admitirse que cualquier persona o empresa presente iniciativas privadas, sino sólo aquellas que cumplan unos determinados requisitos mínimos en materia de antecedentes y capacidad legal, económico-financiera y técnica que, razonablemente permitan suponer a la Administración que, en caso de resultar adjudicatarios de tales proyectos, podrán desarrollarlos sin mayores inconvenientes.

E. **Características de los estudios previos requeridos para la presentación de iniciativas privadas:** en lo que respecta a los estudios requeridos para determinar la viabilidad del proyecto, existen algunos casos de países que requieren la presentación de estudios de factibilidad, en lugar de estudios de prefactibilidad, que es el criterio resultante de las mejores prácticas internacionales. En efecto, lo usual, entonces, es exigir estudios de prefactibilidad, menos costosos que los anteriores ⁽¹⁵⁾, pero con una desagregación necesaria mínima como para permitirle a la Administración evaluar el interés o no en desarrollar un determinado proyecto. Y si a la Administración le resulta interesante el proyecto presentado, conforme a las pautas de interés público, podrá exigir en una fase subsiguiente, cuando se decida licitar, la presentación por el proponente -y a su costo que luego recuperará si pierde la licitación- de estudios de factibilidad completos; pero allí sí, con la

¹⁵ La realización de estudios completos de factibilidad pueden llegar a significar el pago de sumas muy elevadas (por lo general, tratándose de proyectos importantes de infraestructuras, varios millones de dólares); por lo que escapa a toda lógica exigir la preparación de los mismos al participante para presentar una solicitud cuando ni siquiera sabe si al Estado interesará o no la misma.

mayor certeza en el buen fin del proyecto que se deriva de dicha declaración de interés público. En estos sistemas, las legislaciones establecen que tras la presentación de los estudios de factibilidad, la Administración debe evaluar si continúan cumpliéndose los objetivos trazados con la declaratoria de interés recaída sobre la solicitud acompañada por estudios de prefactibilidad. Si así ocurriera, se continúa con el proceso. Si tras analizar los mismos se comprobare objetiva justificadamente que el proyecto no reviste el interés de la Administración, por ser muy diferentes los resultados de la prefactibilidad presentados previamente y los de la factibilidad, ésta podría desistir de continuar con el procedimiento respectivo sin responsabilidad alguna de su parte. Este mecanismo es importante, por cuanto se asegura que en los estudios de prefactibilidad no se pueda poner cualquier resultado que luego no se pueda avalar, aunque sea de forma aproximada, en la factibilidad final.

Llama la atención, incluso, que en algunos casos se requieran al proponente de la iniciativa la presentación de estudios del tipo “*Value for Money*” o “*Public Sector Comparator*”, un estudio que por naturaleza debería hacer la Administración y no el proponente.

F. ***Coordinación interinstitucional:*** cualquier proyecto de PPP, originado o no en una iniciativa privada, conlleva la intervención de una multiplicidad de instituciones públicas en sus diferentes ámbitos de competencia¹⁶.

Cuando el ámbito de competencias de cada entidad, el procedimiento a seguir y su duración, entre otros aspectos, no están claramente regulados, la tramitación de una iniciativa privada puede constituirse en una auténtica “vía crucis” para su promotor. De ahí que, una buena práctica en tal sentido es requerir a las autoridades competentes para recibir y tramitar las iniciativas, la configuración de un acuerdo interinstitucional en el cual se establezcan los procedimientos, plazos y características de las intervenciones de las diferentes instituciones públicas involucradas.

* * * * *

¹⁶ Por ejemplo, un proyecto de PPP portuaria debería recabar la opinión de instituciones tales como el ministerio de hacienda o economía, ministerio o secretaria de Transportes, servicio de aduanas, autoridad con competencia en materia ambiental, organismo de defensa de la competencia, ente regulador sectorial, Autoridad Portuaria, entre otros.



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