

Desarrollo de Proyectos de PPP: Uruguay, Contexto Latinoamericano y Mejores Prácticas Internacionales

DOCUMENTO TÉCNICO

ENERO 2015



Autor: Ignacio Aragone Rivoir

IGU | PUBLIC
PRIVATE
INFRASTRUCTURE
& UTILITIES

INDICE

- 1. Introducción**
- 2. El resurgir de las PPP en el desarrollo de proyectos de infraestructuras: diferentes contextos**
- 3. Bases para la exitosa acción pública en materia de diseño y estructuración de programas y proyectos de PPP: “El Decálogo”**

1. INTRODUCCIÓN

Las técnicas de Participación Público-Privada (*“Public Private Partnerships”*) (“PPP”, o “P3” como también se les llama) no son un fin en sí mismo, sino un instrumento para una eficaz y eficiente provisión de infraestructuras y servicios en beneficio de la comunidad.

Las infraestructuras cumplen un rol fundamental en el funcionamiento y desarrollo de la sociedad. Es imposible que un país crezca si no cuenta con una adecuada base de infraestructuras, pues las carencias que existan en este campo, antes o después terminarán “estrangulando” las posibilidades de desarrollo o crecimiento. En definitiva, es ya una afirmación incuestionable la de que una adecuada dotación de infraestructuras y servicios conexos 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.

Ahora, si bien es cierto que la inversión en infraestructuras es una condición necesaria para que tenga lugar el desarrollo económico, también es cierto 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 servicios ligados a las mismas; la generación de beneficios netos para los usuarios y comunidades; el aprovechamiento de sinergias entre diferentes tipos de infraestructuras; la congruencia entre las políticas de Estado y acciones definidas por éste para el desarrollo de los sectores o regionales a los que el programa de inversión en infraestructuras apunta, y la estabilidad y razonable “predictibilidad” respecto de las mismas; 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. Entonces, cuando la provisión de infraestructuras se ajusta a determinados parámetros y condiciones, se desata un “círculo virtuoso” que repercute en forma altamente positiva respecto de agentes económicos, usuarios, comunidades y el Estado como entidad.

Ahora bien, las restricciones fiscales han sido y serán un obstáculo de primer orden para que los Gobiernos puedan acometer las obras necesarias utilizando exclusivamente recursos públicos; más aún, en un contexto de necesidades impostergables en dicho campo, como es puntualmente el caso de gran parte de los países de Latinoamérica, habida cuenta del rezago existente en la materia. Entonces, si las PPP son correctamente utilizadas constituyen, sin duda alguna, una gran herramienta para desarrollar programas completos de infraestructuras. Por el contrario, cuando las acciones en este campo no se enmarcan en determinados parámetros considerados como críticos para alcanzar el éxito en estos procesos, el riesgo de fracaso estará a la puerta.

En mis 20 años de actividad profesional, he tenido la oportunidad de participar y asistir a la estructuración de proyectos de PPP en más de 30 países, en diferentes continentes, con idiosincrasias, entornos políticos, sociales, culturales y económicos totalmente diferentes. Y he visto casos de proyectos de PPP desarrollados en países en condiciones extremadamente críticas y donde estos han funcionado muy bien, y países con escenarios más estables y de mejores perspectivas para la recepción de la inversión extranjera, en donde en donde proyectos de PPP han terminado en rotundos fracasos. Más allá de los condicionamientos que imponen los entornos, indudablemente no hay una relación causa/efecto inexorable, entre las circunstancias de los países y el éxito en la estructuración de los proyectos.

Así que desde hace unos años, me he interesado fuertemente en investigar donde fallan, los que fallan, cuales son las razones por las que en determinados países y escenarios los proyectos de PPP logren articularse satisfactoriamente y en otros no; cuáles son las razones por las que lo que a veces se desea lograr a través de los proyectos de infraestructura bajo modelos de PPP, no es lo que definitivamente se logra al final del día; y lo que he descubierto es que hay una serie de principios básicos que deben ser cumplidos a fin de poder alcanzar el éxito en el diseño, estructuración e implementación de los proyectos de PPP.

En esencia, para que funcionen, los proyectos tienen que tener razón y fundamento, pies y cabeza, y aquellos con responsabilidad en su impulso, el suficiente conocimiento, profesionalidad, honestidad, flexibilidad, creatividad y valentía para llevarlos adelante. Al final, como se verá más adelante, todo ello dependerá de una decisión política; de quien usa la herramienta y cómo lo hace, y no de la herramienta en sí.

Antes de avanzar, en la consideración de todos estos aspectos, es necesario hacer algunas consideraciones de tipo conceptual.

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, fueron creando sus propias reglas. Posteriormente -y de modo bastante reciente- se fueron aprobando en Latinoamérica normativas específicas para regular los contratos de PPP ⁽¹⁾; en general, alineadas a dichas reglas básicas preexistentes.

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.

¹ Entre estas, Brasil (2004), Perú (2009), Guatemala (2010), Honduras (2010), Uruguay (2011), México (2011) y Colombia (2012). Claro está, otros países de la región tienen normativas relativamente nuevas en este campo, pero no ya referidas a la PPP como categoría jurídica, sino a contratos específicos como la concesión administrativa que, de acuerdo con la doctrina y mejores prácticas internacionales, se incluyen en dicho concepto. Tal es caso de Chile (1996) (con las modificaciones introducidas a la legislación en el año 2010), Ecuador (1994), Venezuela (1999), Bolivia (1998), entre otros.

Asumiendo que no existe una noción uniforme e internacionalmente aceptada de las PPP, y que además, como todo proceso innovativo, ofrece siempre nuevos desarrollos, media década atrás proponía una definición de PPP ⁽²⁾, que la entiendo absolutamente vigente:

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.

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, y con mayor o menores especificidades en materia de proyectos de infraestructuras. Tal es el caso de Uruguay, por ejemplo, cuyo marco normativo regula los contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de concesión, de leasing, etc., todos ellos usados internacionalmente para operaciones de PPP en el sentido que se viene de señalar.

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.

En otros casos, se introdujeron modificaciones a una figura contractual en particular, sin introducir jurídicamente el concepto de PPP (tal es el caso de Chile, en la reforma legislativa del año 2010) o introduciéndolo, pero reservándolo para una variante específica de dichos contratos (tal es el caso de Brasil, al regular las “*parcerias público-privadas*”; en definitiva, como concesiones subsidiadas).

² ARAGONE RIVOIR, Ignacio: “Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos”; en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red; Madrid, 2006.

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. O sea, que cuando se desarrollaba un proyecto de PPP bajo el esquema contractual del leasing, por ejemplo, además de aplicar la normativa general propia de dicha figura contractual, también resultaban aplicables las disposiciones específicas previstas en materia de PPP. En definitiva, no existían incentivos para aplicar una figura contractual en desmedro de otra para “escaparle” a la legislación de PPPs.

En definitiva, se aplicare la figura contractual que se aplicare, cuando el objeto del contrato calificare como propio de una operación de PPP, serían de aplicación las normas específicas en la materia, complementado las normas generales establecidas para cada figura contractual. Tal es el caso de las recientes leyes en la materia aprobadas en México, Colombia, y El Salvador, y un poco más atrás en el tiempo, en Guatemala, Perú y Honduras.

Uruguay, al aprobar la Ley No. 18.786 siguió un camino diferente, que fue el de la creación de una figura contractual autónoma denominada “Contrato de Participación Público-Privada” (3), 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. Basta simplemente con mencionar esta particularidad –que por cierto, constituye un caso bastante excepcional en el panorama jurídico internacional- de modo tal de alertar al lector en cuanto a que el sentido con el que de aquí en más se hará referencia a la expresión “PPP” es el de carácter amplio, al uso internacional, y no el restrictivo planteado en el concepto jurídico de la reciente legislación uruguaya.

2. EL RESURGIR DE LAS PPP EN EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAS: DIFERENTES CONTEXTOS

No podemos saber hacia dónde vamos si no sabemos de dónde venimos. El conocimiento y correcta comprensión del contexto en el que se han desarrollado y se desarrollan los proyectos de PPP constituyen un elemento clave para el adecuado diseño e implementación de programas de este tipo.

2.1 El contexto histórico

En el Libro bíblico de Eclesiastés, dice el sabio Salomón que “*lo que ya ha acontecido volverá a acontecer, lo que se ha hecho se volverá a hacer iy no hay*

³ El artículo 3 de la Ley No. 18.786 de fecha 19/8/11 los define de la siguiente manera: “Son Contratos de Participación Público-Privada aquellos en que una Administración Pública encarga a una persona de derecho privado, por un período determinado, el diseño, la construcción y la operación de infraestructura o alguna de dichas prestaciones, además de la financiación”.

nada nuevo bajo el sol!” (Ec. 1:9); y a esta regla, no escapa la utilización de modalidades de PPP para el desarrollo de infraestructuras.

Las especiales características que éstas poseen –particularmente aquellas calificadas como básicas (transporte, agua, etc.)- han significado que, a lo largo de la historia, su desarrollo ha tenido lugar sobre la base de una fuerte participación y control estatal. De un modo esencialmente intuitivo, los Estados vislumbraron la importancia de las infraestructuras y, consecuentemente, desempeñaron un papel fundamental en su planificación, diseño, construcción, financiación y gestión, a través de diferentes modalidades según las necesidades, posibilidades, carencias y concepciones culturales, sociales, políticas y económicas imperantes en cada época.

Por lo general, la tendencia histórica en cuanto a dichas modalidades ha estado dada en el sentido de que básicamente han sido los propios Estados quienes, directamente, acometieron dichas actividades. Excepcionalmente, cuando ello no era posible, se acudía al sector privado. Y así existen antecedentes históricos de la antigua Grecia y posteriormente de Roma, de obras públicas como puertos, puentes o vías, cuya ejecución se cometía a personas privadas, otorgándoseles por las Autoridades, la *concesión* o el derecho a percibir un pago de aquellos que usaran la infraestructura y/o los servicios provistos por el *concesionario*, en carácter de contraprestación.

Este tipo de desarrollos continuó teniendo lugar a lo largo de los siglos sucesivos (en la Edad Media, por ejemplo, existen antecedentes de construcción de puentes por personas privadas a cambio de lo cual se le otorgaba el derecho a percibir un canon pagado por los usuarios del mismo; o explotación por particulares de tierras o minas a cambio del pago de regalías) pero su momento de esplendor, tuvo lugar a mediados del siglo XIX, en pleno auge del industrialismo, al influjo de los grandes descubrimientos técnicos y científicos que, progresivamente fueron dando lugar a un nuevo elenco de servicios, prestaciones y actividades destinadas a revolucionar el “estilo de vida” de la sociedad.

Muchas de las actividades y servicios que por aquel entonces fueron surgiendo – como por ejemplo, el ferrocarril, la energía eléctrica, el gas- y que, corolariamente, dieron lugar a nuevas demandas sociales, fueron siendo asumidas como propias por parte del Estado.

No obstante, este modelo de Estado no estaba “conceptualmente” programado (pues respondía a una ideología liberal y no intervencionista) para afrontar –ni tampoco podía- las grandes inversiones que implicaba el desarrollo de tales tipos de infraestructuras (electricidad, alumbrado público, ferrocarriles, vías, redes de suministro de agua potable, etc.); por lo que, para dar respuesta a la creciente demanda social, fue necesario incorporar la participación privada a efectos de que asumiera la realización de obras y prestación de ciertos servicios bajo la vigilancia o control del Estado, a cambio del derecho a percibir la remuneración correspondiente de parte de los usuarios, sin perjuicio de las eventuales ayudas públicas que podían disponerse en caso de proyectos de baja o dudosa rentabilidad.

Uruguay no fue ajeno a dicho proceso, y durante el siglo XIX se desarrollaron infraestructuras públicas a partir de esquemas encuadrables en un concepto amplio de PPP. La Ley de fecha 26/5/1865 refería a la construcción de puentes en los pasajes de los ríos y arroyos que interceptaban caminos públicos, a través de la participación del sector privado, y otorgándole el derecho a la recuperación de la inversión mediante el cobro de peajes a los usuarios por un término de 50 años (al empresario también se le otorgaba por parte del Estado, una garantía de intereses sobre el capital invertido, exoneraciones tributarias, entre otros derechos). La Ley de fecha 14/7/1868 autorizaba al Poder Ejecutivo a llamar a propuestas para la construcción de 5 puentes en el interior del país bajo similar modalidad. La Ley de fecha 12/3/1896 otorgaba una concesión a la empresa “Lacaze y Cía.” para la construcción de determinadas obras y explotación del Puerto Sauce. Las Leyes de fecha 8/7/1895 y 15/7/1896 otorgaban concesiones para la construcción de determinadas obras y explotación del Tranvía Oriental y del Tranvía a la Unión y Maroñas, a las empresas de tranvías “La Transatlántica” y “La Comercial” respectivamente. Y así pueden citarse otros ejemplos de desarrollo de infraestructuras públicas y provisión de servicios asociados a cargo de privados en otras áreas como el ferrocarril, agua potable y energía.

Buena parte de las modalidades contractuales de PPP en sentido amplio de aquel entonces eran concesiones, que se otorgaban a total “riesgo y ventura” de los concesionarios; los cuales las asumían en tal condición en la suposición de que las expectativas de ganancias cubrían ampliamente el riesgo que asumirían con tales inversiones. Y si en los tiempos actuales, con las modernas técnicas e instrumentos disponibles es generalmente una tarea difícil estimar la demanda en proyectos de largo plazo, cuanto más podía serlo en la antigüedad, y aún respecto de proyectos que se basaban en innovaciones tecnológicas sin historial de desempeño.

A su vez, para potenciar aún más el riesgo resultante de tal escenario, había que agregar que los Estados de aquel entonces, tampoco se habían preocupado mayormente por desarrollar una institucionalidad capaz de planificar la estructuración de tales proyectos, ni de regular ni controlar la actividad a cargo de tales empresarios.

Los problemas comenzaron a surgir; no obstante, las prestaciones a los usuarios debían asegurarse. Así que, a partir de incumplimientos contractuales originados en graves dificultades económicas por las que atravesaron empresarios privados en algunos casos, y al finalizar los plazos contractuales en otros, los Estados, a partir de las primeras décadas del siglo XX, iniciaron un proceso de asunción directa de muchas de las actividades dadas en concesión.

Ligado a ello, por razones ideológico-estratégicas, se fue consolidando una posición fuertemente “estatista” respecto de la provisión de infraestructuras y prestación de servicios asociados, y asumiendo también el Estado, como consecuencia de ello, actividades en dichos sectores antes desarrolladas libremente por particulares bajo un régimen de derecho privado. Los “fallos del mercado” no se solucionaron con correctivos específicos dentro del mismo, sino a partir de un criterio más radical, consistente en ocupar espacios otrora reservados a los privados con la presencia del Estado.

Este proceso, que fue teniendo lugar a lo largo y ancho del planeta, se acelera fuertemente tras la crisis de los años 30', alcanzando su punto culminante con el proceso de nacionalizaciones que tiene lugar con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. A partir de allí, el mundo asiste a la consolidación del "Estado de Bienestar", "Estado Providencia" o "Estado Social" como modelo de intervención estatal en los diferentes ámbitos de la economía y sociedad.

En el campo de los sectores infraestructurales y actividades estratégicas (transporte, energía, agua, comunicaciones, educación, salud, servicios urbanos, etc.), la aplicación de dicho modelo se tradujo, básicamente, en la asunción directa por el Estado de buena parte de ellas en régimen de "privilegios" instituidos en su favor, siendo el "caballo de Troya" de este sistema la "publicación" o declaración de "servicio público" recaída sobre determinadas actividades. A partir de allí, las mismas eran sustraídas del ámbito del sector privado para ingresar al campo del sector público, quién asumía su prestación en régimen de exclusividad legal y, con ello, vedando la posibilidad de actuación de los particulares en tales casos por derecho propio (sí podían actuar a través de mecanismos de gestión indirecta tales como la concesión y demás modelos de participación público – privada, cuando ello no estuviere prohibido en el respectivo marco regulatorio).

Por cierto, que junto a dicha técnica de intervención estatal en el campo de las actividades económicas, convivían otras tales como: a) la declaración de monopolios a favor del Estado sobre determinadas actividades, como consecuencia de lo cual, se suprimía a su respecto la libre concurrencia de los particulares; b) la actuación estatal en la ejecución de actividades y prestación de servicios en régimen de competencia con otros agentes privados; y c) el sometimiento de ciertas actividades a una intensa y amplia regulación, a partir de la consideración de la importancia del interés público en juego en tales casos, pero que no por causa de ello perdían su carácter de actividades privadas.

Independientemente de lo bien intencionados que sin duda fueron dichos programas de intervención pública, lo cierto es que sus versiones "tradicionales" los mismos defraudaron, generando un aumento acelerado del gasto público, déficit fiscal, inflación y, por sobre todo, una insatisfacción creciente de los ciudadanos tanto con la cantidad como con la calidad de las prestaciones recibidas; y por si fuera poco, a cambio de ello debían efectuar contribuciones cada vez mayores (sea a través de la aplicación de tributos directos, o encubiertos como un componente oculto de elevadas tarifas o precios por el uso de servicios públicos o acceso a infraestructuras públicas) a las arcas públicas.

En la gran mayoría de países la experiencia demostraba que a medida que el Estado asumía cada vez más y nuevos cometidos y ampliando su tamaño, al mismo tiempo, se tornaba más ineficaz e ineficiente en sus actividades. Quedaba en evidencia la mayor amplitud, alcance o presencia del Estado en tales actividades, no necesariamente se correspondía con una mayor fortaleza.

Irónicamente, al final, la comunidad estaba al servicio del Estado, y no éste al servicio de aquella. Las estructuras administrativas y productivas que se habían generado en su seno bajo un concepto de relación "Estado-Sociedad" diferente, se habían vuelto anacrónicas, rígida, burocráticas, incapaces de brindar las

soluciones que la comunidad demandaba a partir de un nuevo paradigma de sociedad que se gestaba; y se erigían en una pesada carga que afectaba todo el entramado económico y social de los países, su competitividad, y la calidad de vida de la población.

La estructura y rol del Estado particularmente en el ámbito de las actividades económicas debía ser repensado en beneficio de la comunidad. En los países desarrollados, este proceso se inició a mediados de la década del 70, y en el resto del mundo, básicamente, a partir de los años 90.

El “corazón” de este nuevo modelo, pasaba por la concepción de un Estado “timonel” en vez de “remero”, concentrado y fortalecido en aquellas áreas calificadas como “cometidos esenciales”, y con intervención “limitada” o acotada en las demás áreas, actividades o servicios, en función de determinadas razones estratégicas, políticas, sociales, culturales, económicas o regulatorias propias de cada país. El Estado le devolvía, así, el protagonismo al sector privado en el campo de las actividades económicas.

Estos procesos no fueron para nada sencillos; es más, resultaron extremadamente complejos. En la discusión conceptual y en la implementación de acciones concretas frente a las metas que debían fijarse para la mejor defensa del interés público, estaban presentes los intereses individuales o grupales de beneficiarios de ese statu quo, y las ideologías, utilizadas –o manipuladas– muchas veces al servicio de tales intereses.

Esta corriente de pensamiento se va consolidando en la década del 80 al influjo del resurgir de la ideología liberal y, particularmente en el campo de las infraestructuras y actividades empresariales a cargo del Estado, de la mano de ello, se van implementando amplios programas de privatizaciones, desregulaciones y liberalizaciones (con gran intensidad durante la década del 90), e incorporación –nuevamente– de la participación privada al desarrollo de proyectos de infraestructuras y servicios conexos.

La historia avanza como un movimiento pendular. Y ahora el péndulo, como reacción al “extremo” público, iba nuevamente hacia el “extremo” privado. Y otra vez comenzaba a cobrar fuerza una solución radical; en este caso, la inversa: los “fallos del Estado” debían resolverse con una retirada progresiva del mismo del campo de determinados sectores estratégicos, que pasarían a ser nuevamente ocupados por el sector privado.

Pero ni el “fallo del Estado” se soluciona siempre con más mercado, ni el “fallo del mercado” se soluciona necesariamente con más Estado. Decía Joseph STIGLITZ (4) que la existencia de un fallo en el mercado no necesariamente significa que deba intervenir el Estado, pues debe demostrarse que dicha intervención es capaz de corregir el fallo sin generar mayores distorsiones. A su vez, para decidir el tipo de intervención concreta en ese caso, el Estado tiene a su disposición una importante “batería” de medidas posibles; todas potencialmente válidas, pero algunas mejores que otras frente a dicho contexto.

⁴ STIGLITZ, Joseph en “La Economía del Sector Público”, pág. 211; 2da. Edición, Barcelona, 1995.

En el campo de las infraestructuras y actividades económicas ligadas a las mismas, la respuesta a las debilidades del anterior modelo de Estado se concentró fuertemente en apuntalar la participación privada en las mismas (construcción, financiación y gestión en áreas tales como la energía, agua, telecomunicaciones y transporte) en un nuevo concepto de relacionamiento entre el sector público y privado.

Algunos países hicieron bien los “deberes”, y sin perjuicio de ciertas fallas y la introducción de los correspondientes correctivos, comprendieron claramente cuál debía ser el sentido de las reformas, cuáles debían ser las variables de intervención pública en el nuevo escenario y los alcances de la misma, y cuál, en definitiva, debía ser el balance que habría que mantener entre el sector público y el sector privado en estos procesos. Y bajo un liderazgo bien ejercido, y una estrategia claramente definida, lograron impulsar los cambios necesarios.

Otros, en cambio, fallaron porque no alcanzaron a entender nunca cuál debía ser el verdadero sentido de dicha reforma.

En algunos casos, en la urgencia por cambiar el rumbo, en ciertos países se descuidó fortalecer la actividad estatal en aquellas áreas en las que, en contrapartida, iba a ser esencial la intervención estatal: formulación de políticas para sectores de infraestructuras, planificación, regulación, y fundamentalmente, control. En definitiva, se cayó en el error de creer que retirarse de la prestación de una determinada actividad o servicio significaba una retirada completa del sector; en la confusión de asimilar reforma del Estado con reducción del Estado, cuando no necesariamente significan lo mismo. El escenario resultante de algunos procesos del involucramiento del sector privado en el desarrollo de determinados proyectos de infraestructuras básicas, terminó siendo peor que el resultante del status preexistente; al final, como dice el dicho popular *“fue peor la enmienda que el soneto”*.

Ciertos países, donde por diferentes razones, sus líderes políticos no tuvieron una voluntad firme para procesar las reformas bajo su debido concepto y alcance, se limitaron a introducir pequeñas reformas de “cosmética”. “Gatopardismo”, en definitiva, o cambiar para no cambiar nada.

En otros casos, la falta de decisión política y liderazgo para impulsar las reformas adecuadas, llevaron a los gobernantes a adoptar soluciones transaccionales, híbridas, que como dice la vieja expresión, no eran “ni chicha ni limonada”; pues implicaban mantener en el nuevo contexto, estructuras anacrónicas, pensadas y diseñadas para otro modelo de Estado y Sociedad. El temor al cambio es normal; más aún cuando implica desterrar principios, fundamentos y concepciones fuertemente arraigadas. Lo anormal es el miedo paralizante, que lleva a no iniciar los procesos necesarios, o bien, a impulsar medidas aisladas sumamente tímidas, desarrolladas a través de marchas y contramarchas, y que simplemente implican “parchear la realidad”, efectuar reformas “a medias” que nunca llegan a cumplir su finalidad; traduciéndose en pérdidas de dinero, de tiempo, y por sobre todo, de esperanza.

En definitiva, quienes no procesaron los ajustes necesarios, tarde o temprano entraron en problemas. La postergación de esta ineludible acción, hasta hoy

continúa “pasando factura” en buena parte de Latinoamérica, y lo seguirá haciendo hasta que no se introduzcan los correctivos necesarios. Durante años en diferentes estudios, conferencia o foros internacionales en los que he sido invitado a participar he venido advirtiendo cómo una de las razones claves de los fracasos de los procesos de incorporación de la participación privada al desarrollo de infraestructuras en determinados países, ha consistido en la realización de reformas incompletas.

Así que después de años de vigencia de un modelo de Estado, al cambiar el mismo, trae de la mano el resurgir de las PPP como fórmula de desarrollo de proyectos de infraestructuras; que vuelven con el aura de novedad que trae a veces lo olvidado.

Pero, ¿dónde está entonces lo “novedoso” de las PPP? ¿Qué es lo que hace diferente al uso de esta técnica en la actualidad respecto de la aplicada 50, 100 o 200 años atrás?

La PPP no es una técnica nueva para el desarrollo de proyectos de infraestructuras. Lo novedoso es la concepción bajo la cual la misma se utiliza, y todo lo que de ello se deriva, tal como veremos más adelante.

La clave está en aprender de la historia; la vieja y la reciente; en comprender claramente cuáles fueron los factores que hicieron fracasar programas de este tipo décadas atrás, que son similares a los que hacen fracasar proyectos en la actualidad; y en entender que si la pretensión de aplicación de esta técnica no va acompañada de todas las demás medidas complementarias y necesarias para su correcto funcionamiento, los resultados seguirán siendo magros o deficientes.

2.2 El contexto funcional

El modelo que desde los primeros decenios del siglo XX ha predominado en el mundo ha sido, con diferentes matices según las realidades propias de cada país y la evolución de los tiempos, el denominado “Estado de Bienestar”.

En su versión “clásica”, este modelo se traducía prácticamente en un Estado “omnipresente” en la vida de los habitantes, que los acompañaba “desde la tumba hasta la sepultura” (“*from cradle to tomb*”), para usar una conocida expresión de Edward BELLAMY (5). Con el tiempo, el aparato burocrático creado bajo este modelo de Estado, comparado con el anterior, había crecido excesivamente. Para atender su funcionamiento, los ingresos presupuestarios estaban dirigidos cada vez más a atender gastos corrientes, y cada vez menos, necesidades de inversión.

En el campo de las infraestructuras y servicios, el sistema comenzaba a “hacer agua” por varias partes. Si en ese momento se sacaba una “radiografía” a diferentes empresas públicas proveedoras de servicios de *utilities* en diferentes

⁵ Esta expresión la utilizó en su famosa novela “Mirando hacia atrás” (“*Looking Backward*”); una fantasía utópica en la que el personaje se acuesta en el año 1887 y despierta en el año 2000, descubriendo un mundo diferente.

sectores (telecomunicaciones, energía, agua potable, transporte, etc.) y en diferentes países, con matices, los resultados no eran muy diferentes entre sí.

Los porcentajes de los presupuestos otrora destinados a inversiones (por ejemplo, a construcción, mantenimiento y rehabilitación de infraestructuras, o a la adquisición, mantenimiento y reposición de equipamientos) en sus respectivos sectores, se reducían a su mínima expresión.

Como consecuencia de lo anterior, el deterioro en infraestructuras y equipos avanzaba aceleradamente. La calidad de los servicios provistos era cada vez más deficiente, y comparativamente, su precio mayor. Había que alimentar el crecimiento de todo el aparato estatal. En ciertas actividades asumidas por el Estado con el objetivo de asegurar a los usuarios la provisión de servicios de manera eficaz y eficiente, y donde las tarifas se fijaban procurando mantener una adecuada relación “calidad/precio”; con el paso del tiempo, ese objetivo fue transformándose fundamentalmente en “fiscalista” o recaudatorio; fijándose las tarifas bajo parámetros del tipo “*cost plus*”: cubrir los gastos de funcionamiento de la institución (sin considerar, por ende, criterios de eficiencia), y obtener una rentabilidad determinada para verter a las arcas generales del Estado.

Los problemas se agravaban. Los niveles de insatisfacción de los usuarios eran cada vez mayores. El sistema político no era capaz de tomar decisiones, pues consideraba alto el costo político de corto plazo que podía llegar a pagar por la introducción de cambios drásticos al statu quo. Mientras pudo, entonces, le resultó más fácil “patear hacia adelante” la pelota, hasta que en un determinado momento la situación colapsó.

El escenario para el resurgir de las PPP estaba preparado; y finalmente aparecen nuevamente en escena, presentada como una especie de solución “mágica” capaz de solucionar todos los problemas que el sistema presentaba. Las notas críticas de este escenario eran, básicamente, las siguientes:

A. Falta de inversión en construcción y mantenimiento de infraestructuras, e ineficiencia en la gestión

En épocas de recortes presupuestarios para reducir los niveles de déficit y endeudamiento público, generalmente, una de las principales variables de ajuste es la inversión pública en infraestructuras.

Si se ha comprendido el impacto de la correcta inversión en infraestructuras sobre el crecimiento económico, puede advertirse fácilmente que este tipo de medidas suelen ser un error. Por el contrario, como lo indica la experiencia, en épocas de crisis, el aumento del gasto público en construcción, rehabilitación, ampliación y mantenimiento de infraestructuras, ha significado un estímulo para el mantenimiento y crecimiento de la actividad económica.

La pregunta entonces es por qué igualmente se recorta –y en algunos casos de un modo desproporcionado- este tipo de gastos y, lo que es más grave aún, de partidas destinadas a mantenimiento de infraestructuras y equipos.

La razón se encuentra en el funcionamiento del sistema político. Cuando hay que “ajustarse el cinturón”, la tendencia es siempre a establecer recortes en partidas no comprometidas de antemano y en donde la oposición y el riesgo de confrontación política y social es potencialmente menor; aunque en el mediano y largo plazo no sea la mejor decisión desde el punto de vista de la mejor protección del interés público.

A este error, a veces se le agrega otro, que es cuando se habilitan partidas presupuestales para atender gastos de inversión en infraestructuras, éstas están mal dirigidas. Existen abundantes ejemplos en el mundo de inversiones hechas en nuevos proyectos –generalmente, estructuras sumamente visibles- que políticamente tienen mayor visibilidad y un mejor “marketing”, que inversiones en mantenimiento en obras ya existentes. A veces se ha pretendido hacer “ahorros” en los presupuestos por la vía de recortar gastos de mantenimiento; pero la experiencia demuestra que eso no es tal cosa; por el contrario, una fuente de mayores costos; derivados de la disminución acelerada de la vida útil de las infraestructuras, de la reducción de su capacidad, de los mayores costos que se generan para proveer y acceder a los servicios, de la ineficiencia e ineficacia general en su funcionamiento, y de los mayores gastos en inversión para rehabilitación de infraestructuras y reposición de bienes y equipos.

Y al margen de estas cuestiones concretas, también la experiencia ha puesto de manifiesto como en ciertas áreas de infraestructuras y servicios, en determinados países, la incapacidad del sector público para gestionar las mismas eficientemente ha sido manifiesta (fallas generales en el *management*; falta de planificación adecuada; dotaciones excesivas de personal; escaso o nulo funcionamiento de mecanismos de *accountability*; entre otras); generando ello una serie de efectos secundarios o externalidades de carácter negativo sobre los usuarios, contribuyentes y la comunidad en su conjunto.

B. Insatisfacción creciente de los usuarios

Al mismo tiempo que el mundo evoluciona, se producen innovaciones y avances en el campo de la ciencia y la tecnología que van variando las expectativas y las exigencias de la comunidad respecto al tipo, calidad y precio de los productos / servicios suministrados por los operadores en los distintos sectores infraestructurales y van surgiendo nuevas demandas sociales de “calidad de vida”, se vuelve imprescindible mejorar, paralelamente, la oferta a los usuarios y, por supuesto, sin renunciar a los demás beneficios o garantías mínimas obtenidas a partir de actividades declaradas “servicios públicos”: obligatoriedad en la prestación, continuidad y no interrupción, regularidad, igualdad y no discriminación, eficiencia y calidad acorde a las tarifas percibidas de los usuarios. En suma, las diferentes formas de gestionar lo “público” deben evolucionar conforme van cambiando los “problemas públicos”.

No obstante, por las razones antes esgrimidas, el tipo, calidad y precio de servicios prestados no evolucionaron –o al menos, lo hicieron mucho más lentamente- a la par de las necesidades y exigencias de la comunidad, con los consabidos perjuicios para ésta y sus integrantes.

La asunción directa de actividades por el Estado en sectores infraestructurales no constituyen un fin en sí mismo. Tanto la declaración de “servicio público” como de “monopolio” a favor del Estado constituyen, en este ámbito, técnicas para el desarrollo de infraestructuras y prestación de servicios; y si a través de las mismas no es posible satisfacer en forma eficiente los legítimos intereses y derechos básicos de la comunidad, pues será entonces necesario recurrir a otros mecanismos o instrumentos a partir de los cuales puedan alcanzarse los mismos objetivos.

En definitiva, instrumentos de intervención pública otrora incuestionables, empiezan a pasar lentamente desde el pedestal de un “mito” al “banquillo de los acusados”. Y en este contexto, en ciertos casos las PPP aparecen como una alternativa más eficaz y eficiente de actuación para el cumplimiento de dichos objetivos.

C. Avances tecnológicos que permitieron introducir competencia respecto de actividades consideradas “monopolios naturales”

Los adelantos y avances de la ciencia y tecnología han permitido cambiar radicalmente en determinados casos, el régimen de prestación de determinadas actividades en los sectores infraestructurales, en la medida en que han permitido la introducción de competencia –al menos potencial- en casos que antes calificaban como “monopolios naturales”; haciendo desaparecer, con ello, la justificación de la existencia de una única entidad operadora en aras de una más eficiente prestación de servicios a los usuarios.

Bajo la expresión “monopolio natural” se suele hacer referencia actividades que, debido a que requieren fuertes inversiones iniciales, demandan largos períodos para la recuperación de las mismas y presentan importantes economías de escala⁽⁶⁾, se ha sostenido tradicionalmente que, por razones de eficiencia, resulta aconsejable que sean desarrolladas por un solo operador en lugar de por más de uno en régimen de competencia; y evitar, también con ello, una duplicación innecesaria de costos fijos (por ejemplo, la que resultaría de instalar dos infraestructuras de distribución de agua potable, o de electricidad, para suministrar tales servicios en una misma área geográfica y a los mismos usuarios).

Partiendo de dicha consideración, para asumir la prestación de dicho tipo de servicios en régimen de servicio público, por ejemplo, se alegaba por el Estado que la solución óptima era que la entidad prestadora del caso debía ser pública pues, a diferencia de las empresas privadas (cuyo objetivo consistía en maximizar sus beneficios), aquélla velaría por maximizar el bienestar social. Así pues, sobre estas bases, en el campo de estos sectores de actividad, bajo el “ala” del Estado fueron a parar no sólo las actividades respecto de las cuales había consenso en cuanto a calificarlas como “monopolios naturales”, sino también, otras que no revestían dicha calidad -y por ende, en principio no existían obstáculos a su desarrollo en régimen de libre competencia- pero que estaban vinculadas a ellas;

⁶ Esto es, costos decrecientes para producir cada unidad de servicio adicional (por ejemplo, un kilowatio de electricidad, un metro cúbico de agua, etc.) prestado a través de dichas redes, al punto que, en determinados supuestos, se vuelve ínfimo, por no decir directamente nulo.

argumentándose, en estos casos, la existencia de economías de diversificación (esto es, que resultaba más eficiente que una sola empresa prestara conjuntamente dos o más servicios, en lugar de que actúen varias empresas independientes actuando por separado), lo cual permitiría una más eficiente prestación en beneficio de los usuarios.

El paso del tiempo demostró como la realidad fue tomando distancia de dichas pretensiones.

En definitiva, los países comenzaron a virar el sentido de organización, desarrollo de infraestructura y provisión de servicios en estos casos; pasándose a promover, allí donde era posible, un escenario de competencia o competencia entre diferentes operadores.

Dependiendo de los casos y los países, el proceso de apertura a la competencia se hizo de diferentes maneras; independientemente de continuar o no el Estado manteniendo la titularidad sobre la actividad o servicio. Pero en general, hubo una nota en común para el desarrollo de las nuevas inversiones en materia de infraestructuras y servicios asociados: la utilización de mecanismos de PPP en diferentes modalidades, considerando las particularidades de cada país, sector y subsector de actividad económica.

2.3 El contexto ideológico

El resultado de lo anteriormente mencionado es bien claro: la insuficiencia de recursos financieros con destino a infraestructuras públicas ha desembocado en un déficit acumulado en materia de infraestructuras producto tanto de la postergación de la construcción y rehabilitación de obras consideradas imprescindibles, como de la falta de conservación y mantenimiento de las existentes. Y en el escenario actual, parece evidente que ni hoy ni factiblemente en el corto o mediano plazo, sea posible canalizar desde las arcas del Estado la totalidad de los recursos financieros necesarios para dar respuesta satisfactoria a las demandas de la comunidad en torno a mejores infraestructuras y servicios.

Para evitar continuar postergando inversiones imprescindibles que de un modo u otro afectan el crecimiento, se plantea la posibilidad de incorporar la participación privada al desarrollo de proyectos de infraestructuras. La decisión de incorporar o no la participación privada dejaba de ser una cuestión ideológica, para convertirse en una cuestión de necesidad.

La aplicación de técnicas de PPP ya no es una cuestión de izquierda o de derecha, de liberalismo o socialismo. Prácticamente todos los países del mundo, al menos en algún sector, han incorporado la participación privada al desarrollo de proyectos en sectores de infraestructuras económicas básicas (transporte, energía, comunicaciones y agua) a través de mecanismos que podrían calificarse como de PPP.

En Latinoamérica, en Cuba, por ejemplo, el suministro de agua potable en la ciudad de La Habana se brinda a través de una concesión; y bajo el mismo régimen se opera el puerto de La Habana. Concesiones para el suministro de agua

potable por operadores privados también existen en China, Bulgaria, y otros tantos países con gobiernos de izquierda o centro izquierda. Pero también este tipo de herramienta se utiliza ampliamente en países con gobiernos de de derecha o centro derecha, entre ellos, Estados Unidos, Alemania, España, Australia, Canadá, Israel, Japón, etc. Del *dogmatismo* desde el que alguna vez se vieron a los procesos de incorporación de la participación privada a sectores de infraestructuras, se pasa entonces, a una perspectiva de total *pragmatismo* (7).

Otro aspecto de enorme interés dentro del contexto ideológico bajo el cual se gestan y desarrollan proyectos de PPP, viene determinado por la extensión en la aplicación de esta herramienta a sectores de infraestructuras y servicios diferentes de los tradicionales (energía, agua, transporte y comunicaciones); algunos de los cuales no se hubieran imaginado nunca como terreno “fértil” para operaciones de PPP.

Hoy día se estructuran proyectos de PPP en áreas tales como la educación, salud, seguridad, defensa, minería, servicios urbanos, complejos deportivos, edificaciones públicas; en fin, respecto de una gama muy amplia de actividades.

Adquisición de tecnología militar y equipamientos para policías; construcción y equipamiento de centros penitenciarios, educativos u hospitalarios; construcción y equipamiento de edificios administrativos de instituciones públicas; construcción y operación de complejos deportivos, recintos feriales y centros de eventos; remodelaciones urbanas; construcción de complejos de viviendas sociales; son algunos ejemplos relativamente novedosos de aplicación de técnicas de PPP, donde también el debate ideológico se ha ido rápidamente superando.

Claro, que como regla, no se trata en estos casos de sustituir al Estado en el cumplimiento de sus cometidos en materia de seguridad o educación, por ejemplo; sino de utilizar este tipo de mecanismo para llevar adelante inversiones en la construcción de infraestructura y su mantenimiento, en la provisión de equipamiento, su mantenimiento y eventual reposición; y en la provisión de servicios accesorios tales como el suministro de alimentación y limpieza. Existen algunos casos en donde en la estructuración de los proyectos se avanza algún paso más en los servicios que se comprenden en la operación; pero de momento, son excepciones a la regla general.

En definitiva, la decisión en cuanto a la utilización de técnicas de PPP hoy día en programas de infraestructuras y servicios termina siendo una cuestión de sentido común; el resultado de un análisis fundado y racional respecto a si para desarrollar una determinada actividad o servicio es o no la mejor solución frente a otras alternativas posibles.

⁷ No obstante, más de una vez se plantean y continuarán planteando argumentos de carácter ideológico para impedir la instrumentación de acciones de este tipo. Indudablemente cualquier intento de desarrollo de proyectos a través de mecanismos de PPP implica modificar un statu quo, producir una “ruptura” de un modelo prestacional preexistente y, por tanto, la afectación de los intereses de todas aquellas personas que sean beneficiarias legítimas o ilegítimas de la continuidad de dicha situación.

3. BASES PARA LA EXITOSA ACCIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE DISEÑO Y ESTRUCTURACIÓN DE PROGRAMAS Y PROYECTOS DE PPP: “EL DECÁLOGO”

Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto las características del contexto regional actual para la promoción de proyectos de PPP, esto es, el “en donde estamos”; correspondiendo, entonces, a partir de allí, determinar el “hacia donde vamos”.

A continuación presento lo que llamaría “el Decálogo” en materia de diseño y estructuración de programas y proyectos de PPP; y que al igual que con su homónimo bíblico, no basta con cumplir sólo uno o más de ellos para pretender arribar a resultados exitosos, sino que es necesario cumplirlos todos:

- 1. Establecerás los “pactos políticos” necesarios que aseguren el impulso de los programas y proyectos de PPP que se inicien, y la sustentabilidad de los mismos en el largo plazo.** Para el desarrollo eficaz y eficiente de este tipo de proyectos y programas, son esenciales dos tipos de pactos: un “pacto de Gobierno” y un “pacto de Estado”.

De las autoridades gubernamentales que inician este tipo de acciones, se espera el compromiso político una vez comenzados los procesos. Se trata esto de un factor crucial para su éxito. Los promotores privados y los agentes financieros observan con atención la actitud de las diferentes entidades públicas vinculadas directa o indirectamente a los procesos de PPP; y cualquier vacilación, se reflejará en una percepción de mayor riesgo que, en consecuencia, dará lugar a propuestas poco atractivas o en una participación mínima o nula de oferentes. Cuando no existe una clara convicción y real voluntad política de llevar adelante un proceso de PPP, puede ocurrir que el mismo se revierta con los consecuentes efectos negativos, no sólo respecto de ese proyecto en particular, sino afectando la credibilidad de todo un programa de PPP llevado adelante en un determinado país.

Por otra parte, en la medida en que este tipo de proyectos suelen exceder el mandato de un gobierno, es necesario contar con el consenso de otras fuerzas políticas. Entonces, además del “*pacto de Gobierno*” que se requiere para impulsar este tipo de proyectos, resulta necesario establecer un real “*pacto de Estado*” con las diferentes fuerzas políticas de un país en torno a su desarrollo, de modo tal que acciones que se adopten, reúnan el mayor consenso posible. De lo contrario, se corre el riesgo de que al cambiar el Gobierno, se afecten proyectos de PPP en proceso de estructuración o con contratos ya vigentes.

- 2. Definirás claramente los objetivos o “interés del Estado” en la preparación e impulso de programas y proyectos de PPP, y planificarás adecuadamente las acciones.** La falta de consenso político y convicción, lleva a carecer de Políticas de Estado; y ello, a la inexistencia de una planificación y condiciones macroeconómicas sostenidas en el largo plazo.

La definición del “interés del Estado” en los programas y proyectos constituye la “piedra angular” sobre el que los mismos deben basarse. El conjunto de razones del Estado que motivan el desarrollo de tales acciones es la “gran referencia” a lo largo del diseño, estructuración e implementación de los programas, y serán determinantes para un adecuado enfoque a nivel “macro” de la planificación en dicha área, como en definiciones a nivel “micro” en aspectos específicos de cada proyecto de PPP en particular; tal como sería, en este último caso, la correcta determinación de las variables o criterios de adjudicación en los procedimientos competitivos promovidos para la adjudicación de los contratos.

A partir de lo anterior, deben tener lugar las acciones de relevamientos o diagnósticos y de posterior planificación. En términos generales, tales actividades no deberían limitarse exclusivamente a las necesidades de infraestructuras, sino comprender también diferentes aspectos del entorno en el que tales procesos deben desarrollarse; considerando entonces, cuestiones tales como las expectativas básicas de diferentes actores afectados o potencialmente involucrados en los proyectos (comunidad, usuarios, trabajadores, sector político, agentes financieros, empresas constructoras y operadoras), el entorno contexto institucional (identificación de las instituciones que deben intervenir y la institucionalidad que es necesario desarrollar), el entorno regulatorio (identificación de ajustes necesarios, sea por la vía legal, reglamentaria o contractual), el entorno regional/internacional (escenario de proyectos que interconecten o compitan; escenario de financiación; escenario operativo, etc); entre otros aspectos.

3. ***Establecerás un entorno institucional adecuado, que propicie el desarrollo de los proyectos y programas en condiciones de la máxima eficiencia y eficacia posible.*** La articulación de programas y proyectos de PPP forman parte de acciones enmarcadas, más genéricamente, dentro de la denominada “reforma del Estado”. Por tanto, tal como lo indican las mejores prácticas internacionales, la implementación exitosa de este tipo de procesos demandan la adopción de las necesarias acciones en el ámbito institucional; más específicamente, la creación de una nueva institucionalidad que sirva de plataforma para la implementación de dichos programas y proyectos; no sólo en materia de planificación, diseño y estructuración de los proyectos, sino fundamentalmente, para el posterior control del cumplimiento de los contratos de PPP por parte de los agentes privados.

Cuando no existe un claro marco institucional para el desarrollo de proyectos, se producen diferentes tipos de anomalías que convierten a tales procesos, en verdaderas “odiseas” interadministrativas. A su vez, cuando los mecanismos institucionales de control no funcionan, difícilmente se cumplen, en los hechos, los objetivos definidos inicialmente con la estructuración de los proyectos.

4. ***Generarás el entorno regulatorio adecuado para que puedan concebirse y desarrollarse los programas y proyectos de PPP.*** Los marcos regulatorios cumplen una función clave en la canalización de inversión privada hacia proyectos de inversión en infraestructuras a través de

modalidades de PPP, en donde, por sus peculiares características, es necesario obtener y asegurar inversiones a largo plazo y continuadas, de modo que se puedan mantener en todo momento servicios de calidad -acordes con los tiempos- y progresivamente mejorados. En consecuencia, dichos marcos deben ser predecibles, estables, equilibrados y, fundamentalmente, *contener reglas y principios que inspiren confianza a los agentes privados*. Los marcos regulatorios no son un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los fines dispuestos por el interés público en el marco del desarrollo de los proyectos.

Los aspectos más significativos de las relaciones derivadas de contratos de PPP deberían regularse con anterioridad al desarrollo de los procesos ⁽⁸⁾. A efectos de dar mayores garantías de estabilidad del régimen jurídico a los agentes privados, las cuestiones esenciales de las PPP debieran regularse a través de normas de rango legal –sean de carácter general o sectorial-, pues con ello se delimita la potestad reglamentaria de la Administración en aspectos fundamentales del negocio. Las disposiciones legales y reglamentarias deben desarrollarse, para cada proyecto en particular, a través de bases de licitación y contratos de PPP específicamente diseñados a tal fin (“regulación contractual”).

5. ***Estructurarás los proyectos con el involucramiento o labor de profesionales altamente especializados en su desarrollo.*** Es fundamenta crear, dentro de los proyectos, asesorías realmente especializadas y unidades administrativas específicas de control y seguimiento, a las que se capacite adecuadamente y se garantice su continuidad, bajo evaluación de desempeño y resultados. La conducción de los procesos de diseño, estructuración e implementación de los proyectos con el acompañamiento de un equipo de alta calificación técnica y experiencia, permiten asegurar la realización de estudios previos con el enfoque y profundidad adecuadas, la aplicación de metodologías específicas y el diseño de documentos contractuales apropiados. La experiencia indica que no hay dos proyectos que sean exactamente iguales; por tanto es dicha experiencia la que permitirá establecer soluciones idóneas ad hoc o para cada proyecto y su correspondiente entorno.
6. ***Diseñarás y conducirás los proyectos bajo la filosofía de la “negociación” y de la “colaboración”.*** El concepto tradicional sobre el que se articulaban los procesos de definición de estructura, preparación de documentos contractuales y conducción del procedimiento de contratación es el de la “imposición”, desde el sector público al sector privado. Consecuentemente con lo anterior, los negocios que subyacen a los proyectos de PPP eran concebidos a partir de la “confrontación” de intereses “público-privado”.

⁸ Con ello se evitan los sobrecostos que los agentes privados suelen imponer a la Administración para compensar la incertidumbre en aquellos países en que existen marcos normativos imperfectos -muchas veces desarrollados bajo objetivos diferentes-, o que en el afán de sus respectivos gobiernos por avanzar en los procesos de otorgamiento de PPP, van formulando el marco normativo en forma paralela o, peor aún, en una instancia posterior a la culminación de tales procesos.

Los magros resultados de esta concepción de desarrollo de los proyectos han desembocado en un profundo replanteo del enfoque conceptual en la articulación de los proyectos. En efecto, tal como lo indican las mejores prácticas internacionales, la “filosofía” que preside los procesos exitosos es la de “negociación”, que tiene lugar en diferentes instancias institucionalizadas de los procedimientos competitivos (negociación en los “data room” previos, negociación en instancias de diálogo competitivo, etc.). Por otra parte, en este marco, los proyectos de PPP se basan en la “cooperación” entre el sector público y privado en la búsqueda de soluciones de beneficio mutuo, en donde las partes se ven como “socias” en el desarrollo de proyectos de largo plazo. Tal es pues, la filosofía de los contratos de colaboración en la real asociación o participación “público-privada” en el desarrollo de los proyectos.

7. ***Diseñarás los contratos de un modo tal de satisfacer las expectativas básicas de los diferentes actores involucrados en este tipo de programas o proyectos.*** Los proyectos deben satisfacer las expectativas básicas de diferentes stakeholders claves en los mismos, a saber: a) el Estado, b) los contratistas (empresas constructoras, operadoras, proveedoras, etc.), c) el sector financiero, y d) los usuarios y la comunidad en la que se desarrollan los proyectos. La búsqueda de los equilibrios adecuados generalmente no es una tarea sencilla; no obstante es un aspecto crítico en la sustentabilidad de los proyectos; aunque generalmente se la subestime. Cuando ese camino entre lo “posible” y lo “deseable” se recorre eficazmente, ello se plasmará en contratos de PPP adecuados, que presenten un razonable balance entre los requerimientos esenciales de las diferentes partes, coherencia en el diseño contractual con los objetivos perseguidos, e incentivos apropiados para su cumplimiento.
8. ***Establecerás mecanismos adecuados para el cumplimiento de las funciones de control sobre la actividad de los contratistas del Estado.*** Un adecuado sistema de control, es un factor crítico del éxito de la implementación de proyectos de PPP. Si el control no funciona, para nada habrán servido todo lo realizado para estructurar los proyectos de PPP. En un matrimonio, el éxito no se alcanza con la “noche de bodas”, ni en un contrato de PPP, con el acto de su firma. En ambos casos, más allá de reconocer la importancia de ese “hito”, es fundamental prever el “día después”. Un contrato de PPP, por lo general, regula una relación contractual de largo plazo que, de acuerdo a las características y tipos de proyectos, usualmente se situará en el entorno de los 15 a los 30 años. Por tanto, es fundamental una adecuada regulación de todo el sistema de control del cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Tal como lo pone de manifiesto la experiencia internacional, la mayor causa de fracasos en la implementación de contratos de PPP en Latinoamérica reside en las carencias manifiestas en el funcionamiento de los sistemas de control.
9. ***Utilizarás mecanismos y procedimientos adecuados para la adjudicación de los proyectos de PPP.*** Tradicionalmente, los procedimientos utilizados para adjudicar proyectos de infraestructuras estructurados a partir de contratos de PPP, han sido los previstos con carácter general en materia de “compras del Estado”. Las características especiales de los proyectos de infraestructuras pusieron rápidamente en

evidencia, las dificultades que se derivaban de la aplicación de dichos procedimientos estándares a la adjudicación de proyectos en tal sector; propiciando diferentes tipos de situaciones anómalas tales como subjetividades en las instancias de valoración de ofertas, excesos de impugnaciones, retrasos, errónea determinación de criterios de valoración de ofertas, entre otras.

Frente a tal estado de situación, la praxis internacional pronto fue generando la necesidad de establecer procedimientos de contratación más adecuados para este tipo de proyectos, concebidos bajo la filosofía de “*competencia con negociación*”, y de cumplimiento de las siguientes premisas básicas: a) promoción de la mayor concurrencia (amplia difusión y plazos razonables); b) eficiencia procedimental (tiempos, cargas administrativas y costos para el Estado y oferentes); c) economía en la selección (conveniencia de la oferta, fórmulas de valoración y situaciones de temeridad); y d) promoción de la confianza de oferentes (objetividad, imparcialidad, transparencia, capacitación técnica, protección de la confidencialidad de la información, control de resoluciones y responsabilización o “*accountability*”).

10. Establecerás adecuados mecanismos de solución de controversias entre las partes: Es fundamental, por último, una adecuada regulación de los mecanismos de resolución de controversias en los contratos de PPP, de modo tal que: i) por un lado, se cuente con la certeza de que los diferendos serán sometidos a la intervención de técnicos de alta especialización en la materia objeto de disputa; y ii) por otro lado, se dispongan de eficaces y eficientes mecanismos para la resolución de las controversias planteadas, con celeridad, transparencia, objetividad, independencia e idoneidad, a precios asequibles para las partes. En este contexto, es necesario trabajar en la conformación de instancias arbitrales radicadas en la región latinoamericana.

* * * * *



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