



Revista Digital de Derecho Administrativo

ISSN: 2145-2946

Universidad Externado de Colombia

FERRES RUBIO, RODRIGO

Los contratos de participación público privada como instrumentos
de financiación y gestión de infraestructuras públicas

Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 22, 2019, pp. 97-119

Universidad Externado de Colombia

DOI: 10.18601/21452946.n22.05.

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503860786005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Los contratos de participación público privada como instrumentos de financiación y gestión de infraestructuras públicas

RODRIGO FERRÉS RUBIO¹

RESUMEN

Las asociaciones público privadas son instrumentos jurídicos y financieros utilizados para la gestión y financiación de infraestructuras públicas o soportes físicos en las que se prestan los grandes servicios públicos. De acuerdo a las particulares de cada sector, estas infraestructuras estarán sometidas a reglas específicas. Además de estas regulaciones, el régimen jurídico uruguayo regula diversas modalidades contractuales como el contrato de obra o el contrato de concesión de obras públicas, y en donde se pueden plasmar estos instrumentos de participación público privada. La presente investigación presenta el caso

1 Doctor en Derecho por la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo y secretario académico del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, Uruguay. Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos. Correo-e: ferreslaw@hotmail.com. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6900-346X>. Fecha de recepción: 25 de marzo de 2019. Fecha de modificación: 22 de abril de 2019. Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2019. Para citar el artículo: FERRÉS RUBIO, RODRIGO, "Los contratos de participación público privada como instrumentos de financiación y gestión de infraestructuras públicas", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 22, 2019, pp. 97-119. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.05>.

uruguayo que, como muchos países europeos y de la región tras la crisis del Estado de bienestar, recurrió a instrumentos de financiación privada para el diseño, rehabilitación y gestión de las infraestructuras públicas.

Palabras clave: asociaciones público privadas, infraestructuras públicas, servicios públicos, dominio público, financiación privada, gestión.

Public Private Partnership Agreements as Management and Financial Instruments of Public Infrastructures

ABSTRACT

Public private partnerships are legal and financial instruments used to fund and manage public infrastructures, including physical networks through which public services are provided. These infrastructures are subject to special rules, on account of the peculiarities of each economic sector. In addition to sectorial regulation, Uruguayan Law regulates diverse public procurement categories, such as public works or concession of public works procurements, in which public private partnerships instruments can be comprised. This research exposes how, like many European and Latin American countries, Uruguay turned to private financial instruments for the design, construction, rehabilitation and management of public infrastructures after the fall of the Welfare State.

Keywords: Public Private Partnerships, Public Infrastructure, Public Services, Public Domain, Private Financing, Management.

INTRODUCCIÓN

Las denominadas "asociaciones público privadas" –en sentido amplio– constituyen instrumentos jurídicos y financieros tanto para la financiación como para la gestión de las infraestructuras públicas. En efecto, dichas técnicas se manifiestan a través de diversas modalidades contractuales tan variadas como el contrato de obra pública, el contrato de gestión interesada, el contrato de leasing de infraestructuras públicas, el contrato de concesión de obras públicas o, en el régimen jurídico uruguayo, el "contrato de participación público privada"².

Con la aprobación de la ley de asociaciones público privadas se regula una modalidad contractual específica, es decir, un contrato administrativo cuyo

2 Regulado en la Ley n.º 18.786, del 19 de julio de 2011, denominada "Ley de contratos de participación público privada para la realización de obras de infraestructura y la prestación de servicios conexos".

objeto implica la decisión administrativa por la cual una Administración pública encarga a una persona de derecho privado, por un período determinado, del diseño, la construcción y la operación de infraestructura o alguna de dichas prestaciones, además de la financiación. Esta modalidad contractual se diferencia de otras³ en aspectos vinculados a la implementación de una adecuada matriz de distribución de riesgos entre las partes, así como en lo que respecta a los diversos mecanismos de financiación de los proyectos para hacer efectiva la ejecución del contrato y, por ende, de la obra.

En el sentido indicado precedentemente, y desde un punto de vista práctico, este contrato administrativo tiene por finalidad la financiación, el diseño, la construcción o la rehabilitación y la gestión de las grandes infraestructuras públicas, tales como las carreteras, los puertos, los aeropuertos, las redes eléctricas, las obras de suministro de agua potable, los sistemas de redes de saneamiento y alcantarillado, los centros penitenciarios y los hospitales, entre otras. En otros términos, es en las obras públicas de gran envergadura, para las cuales se precisa la realización de grandes inversiones, donde el Estado (especialmente aquellos que se encuentran en vías de desarrollo) necesita recurrir a la financiación privada. Este es precisamente el objeto de estudio de la presente investigación.

1. LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

1.1. SOBRE LA NOCIÓN DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y SUS TIPOLOGÍAS

Abordar el tema de las *infraestructuras públicas* implica tomar en consideración el carácter multidisciplinario de las mismas, del cual dependen factores jurídicos, financieros y técnicos (ingenieriles) en el marco de una noción que, a los efectos de este trabajo, hay que delimitar. Es decir, qué entendemos por esas "redes" que sirven de soportes físicos a la prestación de actividades y servicios.

Como bien lo ha destacado importante doctrina argentina⁴, realizar un análisis y dar una visión de "conjunto" del régimen de las "infraestructuras públicas" –admitiendo que se puede incurrir en generalizaciones en razón de la diversidad de "infraestructuras" que existen y de las diferentes modalidades de regulación y ejecución que presenta cada una– requiere de la apreciación de determinados *principios comunes* que permiten delinear su régimen jurídico general, sin perjuicio de las necesarias adecuaciones que corresponda realizar ante los casos concretos que la realidad técnica y económica (siempre más matizada y

3 Como la concesión de obra pública regulada en la Ley n.º 15.637 de 1984.

4 Especialmente, JUAN CARLOS CASSAGNE, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 10.ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2011, pp. 530 y ss.; y ÓSCAR AGUILAR VALDEZ, "Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas", en AA. VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 2005, pp. 375 y ss.

compleja que la jurídica) pueda presentar⁵. Un claro ejemplo de lo expuesto es lo que sucede en el sector eléctrico o en el sector de las telecomunicaciones.

El término "infraestructura" transmite la idea de un bien que sirve de "soporte" de algo, es decir, supone: "algo que está debajo de otra cosa, a la que sostiene y permite funcionar. Se trata de algo subyacente, en muchas ocasiones, incluso, enterrado físicamente". Es decir, transmite la idea de un bien que soporta algo diferente de ella misma⁶. Desde una perspectiva general, las infraestructuras constituyen soportes físicos a través de los cuales se prestan las actividades económicas y sociales de un país. En este sentido, los servicios públicos se prestan a través de infraestructuras en red, las cuales, como consecuencia de las particularidades de cada industria o sector están sometidas a un régimen jurídico particular.

No obstante, puede precisarse aún más dicho concepto desde un punto de vista técnico. Aguilar Valdez expresa que:

desde el punto de vista técnico, podría decirse que el sentido de una infraestructura está dado por permitir la conexión entre dos extremos de una relación. Pensemos, por ejemplo, en un puente ribereño que cruza un río en donde lo que ese puente permite es acercar dos riberas o dos ciudades que están enfrentadas entre sí; un aeropuerto, lo que permite es la vinculación de dos extremos del transporte aéreo –punto de partida y punto de arribo–; un hospital lo que permite es vincular al sistema público de salud con los pacientes. En definitiva, se advierte que para lo que la infraestructura sirve es para permitir una relación o, con mayor precisión técnica, para permitir "enlazar nodos", es decir, ensamblar puntos diversos bajo un determinado orden, permitiendo que se mantengan –entre tales nodos– relaciones no unilaterales sino plurales⁷.

Y es que, en la mayoría de los sectores (piénsese en el sector eléctrico a vía de ejemplo), la infraestructura que lo condiciona está compuesta por esa relación y conexión donde se enlazan "nodos"⁸ para el cumplimiento de una finalidad específica. Así, desde la planta que genera la energía y que conecta con la red de transporte o transmisión, esta se conecta y relaciona técnicamente con las subestaciones de transformación y sus redes y, a su vez, estas se "enlazan" con las redes de distribución de la energía eléctrica, cuya finalidad será su suministro y comercialización. Dicha relación "organizada" entre "nodos" y "enlaces"

5 ÓSCAR AGUILAR VALDEZ, *óp. cit.*, pp. 375 y ss.

6 *Ibíd.*, p. 377; JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA "Sobre infraestructuras en red y competencia entre redes", en *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Madrid: RDU, 2001, p. 204; RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 149; JOSÉ GÓMEZ IBÁÑEZ, *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts and Discretion*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 4.

7 ÓSCAR AGUILAR VALDEZ, *óp. cit.*

8 En latín, "nudos".

técnicamente se llama "red", la que también ha sido caracterizada, desde una perspectiva económica, como: "una estructura de interconexión que pone en relación a todos los posibles suministradores y consumidores de determinado tipo de bienes o servicios"⁹.

De manera, pues, que los servicios públicos, sean mediante la gestión directa de la Administración pública, sean mediante la gestión indirecta confiada a concesionarios o licenciarios, se prestan a través de soportes físicos, los cuales constituyen infraestructuras u obras públicas en red¹⁰. Son, en definitiva, instalaciones afectadas a una finalidad de interés público y se encuentran directamente vinculadas a la prestación de dichos servicios o actividades. Por tanto, están sometidas a determinado régimen jurídico, como se verá posteriormente.

Desde un punto de vista del dominio público, en el régimen jurídico uruguayo, la mayor parte de las infraestructuras (salvo casos específicos vinculados a la telefonía celular o a la generación de energía eléctrica) son públicas, es decir, integran el dominio público. En efecto, el régimen jurídico general del dominio público refleja la regulación de un conjunto de bienes que se integra no solo por aquellos bienes que forman parte el dominio público (en sentido estricto) sino, además, con los bienes del dominio privado¹¹.

El Código Civil uruguayo consagra expresamente el criterio del *uso público* como característica de los bienes del dominio público. No obstante, es de destacar que la noción de dominio público gira en torno a tres elementos esenciales: a) elemento orgánico; b) elemento objetivo; y c) elemento teleológico¹². En cuanto al elemento *orgánico*, este se refiere a cuáles entidades estatales pueden ser titulares de bienes dominiales. El objetivo indica los bienes que integran el dominio público, pudiendo ser de diversa índole: muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, naturales o artificiales. Y el elemento *teleológico* refiere al destino o fin de los bienes del dominio público¹³. En el sentido expuesto, los bienes del dominio público deben pertenecer, necesariamente, a una entidad estatal, no concibiéndose, en principio, bienes del dominio público pertenecientes a personas privadas. Ni siquiera cuando nos referimos a bienes públicos afectados a concesionarios¹⁴ de servicios u obras públicas.

9 ÓSCAR AGUILAR VALDEZ, *óp. cit.*

10 Como se explicará en el presente capítulo, el concepto de "infraestructura pública" es más amplio que el de "obra pública", aunque ambos conceptos coinciden esencialmente.

11 ENRIQUE SAYAGUES LASO, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo: FCU, 2002, p. 236.

12 *Ibíd.*, p. 238.

13 *Ibíd.*, pp. 238-239.

14 ANDRÉ DE LABAUDARE, *Traité élémentaire de droit administratif*, París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 738; y ENRIQUE SAYAGUES LASO, *óp. cit.*, p. 239.

Desde un punto de vista doctrinario, y en lo que respecta al destino o finalidad del bien, la dominialidad debe atribuirse a los bienes destinados directamente al uso público y, además, a ciertos bienes afectados a la ejecución de algunos cometidos estatales como, por ejemplo, aquellos afectados a los servicios públicos, en sentido amplio¹⁵.

Con relación al derecho positivo uruguayo, hay que tener en cuenta las regulaciones establecidas en los artículos 477 y siguientes del Código Civil uruguayo. Esta norma dispone precisamente que "los bienes de propiedad nacional cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos del Estado. Los bienes de propiedad nacional cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes privados del Estado o bienes fiscales". De esta disposición surge la distinción de dos tipos de bienes integrantes del dominio público: los denominados bienes públicos y los denominados bienes privados del Estado o bienes fiscales. La distinción se basa en el destino, es decir, mientras que unos son aquellos que son de uso público (de todos los habitantes dice la norma), otros son aquellos que no son de uso público o no están afectados al uso de todos los habitantes.

Pero el Código Civil uruguayo distingue también entre aquellos bienes que son propiedad del Estado y aquellos que son propiedad de los particulares; y respecto de los bienes públicos (de propiedad estatal o del dominio público) diferencia aquellos que se encuentran destinados al uso público (denominados "bienes públicos") de aquellos que no se encuentran destinados al uso de todos los habitantes (denominados "bienes fiscales" o "bienes privados del Estado")¹⁶.

En consonancia con lo expuesto precedentemente, las infraestructuras poseen el calificativo de *públicas* por la

necesidad de que su titularidad recaiga sobre una Administración pública, con lo cual se llegaría a los siguientes elementos definidores de partida:

15 ENRIQUE SAYAGUES LASO, *op. cit.*, p. 244.

16 En efecto, el artículo 478 del Código Civil, en una enumeración no taxativa, dispone: "son bienes nacionales de uso público: 1. Las calles, plazas y caminos públicos; 2. Los puertos, abras, ensenadas y costas del territorio oriental, en la extensión que determinen las leyes especiales; 3. Los ríos o arroyos navegables o flotables en todo o parte de su curso. Se entenderán por ríos y arroyos navegables o flotables aquellos cuya navegación o flote sea posible natural o artificialmente; 4. Las riberas de esos ríos o arroyos, en cuanto al uso que fuere indispensable para la navegación; 5. El agua corriente aun de los ríos no navegables o flotables, en cuanto al uso para las primeras necesidades de la vida, si hubiere camino público que la haga accesible; 6. Los puentes, canales y demás obras públicas, construidas y conservadas a expensas de la Nación". A su turno, el artículo 479 establece que: "el uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus riberas, en los ríos y arroyos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y leyes especiales".

1. Toda infraestructura es una obra o instalación, en el sentido de que ha sido artificialmente creada.
2. Las infraestructuras se encuentran vinculadas a la explotación de un servicio público o están destinadas a un uso general (que puede ser gratuito o no).
3. La titularidad de las infraestructuras públicas corresponde a una Administración pública¹⁷.

Para que una infraestructura sea pública, la red a la que le sirve de soporte debe, además, poseer una relevancia determinada para el interés público en un momento también determinado y en el contexto de determinado sector regulado. Si bien, desde una primera perspectiva, no habría mayores inconvenientes respecto al concepto de infraestructura pública y su naturaleza, y respecto a su relación con otras figuras íntimamente relacionadas como ser la obra pública, desde hace unos años es constatable la existencia de infraestructuras en *mano privada* pero que se destinan a finalidades de *interés público*, como sucede con los denominados sectores regulados¹⁸ (en el sector eléctrico sucede, como se dijo, con las plantas de generación de energía eléctrica). Asimismo, existe una relación de complementariedad entre los conceptos de obra pública, infraestructura pública y servicio público. Hay una globalidad, un todo, una unidad en los conceptos mencionados: es prácticamente imposible prestar un servicio público sin la existencia de una obra o infraestructura pública específica afectada a aquél. Es decir, estos "conceptos" –tomados por separado e instrumentados o ejecutados en la práctica en forma independiente– carecen de toda operatividad. Existe, por ende, una *necesaria complementariedad* entre los servicios y las obras o infraestructuras de cara a su funcionamiento.

En comparación con la experiencia española, Villar Palasí afirmó que, en los inicios del derecho administrativo, el dominio público, la obra pública y el servicio público constituyen técnicas de mutuo apoyo y de igual cobertura que solo cobran independencia al ir logrando sustantividad en los comienzos del siglo XX¹⁹. Dicha complementariedad entre infraestructura pública y los servicios que a través de ella se desenvuelven implica, como contrapartida, que se traten de institutos autónomos, sometidos a un régimen jurídico y a una regulación también autónoma, propia y específica.

Como puede apreciarse, la delimitación precisa del concepto o noción de infraestructura pública importa la consideración de una diversidad de elementos que lo tornan técnicamente complejo. La noción no es referible, exclusivamente,

17 JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA, "Las infraestructuras públicas", en Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, t. II, Lima: Ara Editores, 2004, p. 679.

18 *Ibíd.*

19 JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid: IEP, 1964, p. 161.

a una construcción artificial que era el significado más relevante de la clásica expresión "obra pública". Lo que diferencia el viejo concepto de obra pública del más moderno de "infraestructura" es la posibilidad de que en este último esté integrado por elementos no tangibles (servicios) y, sobre todo, su contenido finalista en el sentido de que engloba todo lo indispensable para que funcione una organización. Es decir, se admite que formen parte de las infraestructuras elementos materiales e inmateriales (que, por cierto, son una parte muy importante de las infraestructuras de telecomunicaciones), siendo evidente que se trata de una ampliación de la expresión tradicional de obra pública²⁰.

Asimismo, y respecto al origen del concepto, Trillo Figueroa ha dicho que algunas

técnicas de intervención del Estado nacen alrededor del concepto de obra pública, resultando curioso que a comienzos del siglo XXI se vuelva poner de moda la obra pública como concepto administrativo, como categoría que quizás englobe a todas las técnicas de intervención administrativa y que da lugar, incluso, a la solución de los problemas económicos de final de siglo²¹.

En este sentido, se advirtió que "no se trata de un retorno al Estado liberal, sino de una transformación del Estado social de derecho, de Estado prestacional (constructor de infraestructuras, productor de bienes y prestador de servicios) a Estado de garantía de prestaciones (Estado regulador)"²². O como preferimos denominar con Durán Martínez²³, *Estado subsidiario*, en clara referencia a la primacía del principio de subsidiariedad.

A su vez, Hernández Mendible entiende que el concepto de infraestructura pública requiere de precisión y que, tradicionalmente, se ha admitido como tal "el producto de la creación, elaboración, construcción o transformación de una cosa física preexistente, que da como resultado un bien inmueble, que se promueve o financia por el Estado, con fines de uso público o para la prestación de un servicio de interés general"²⁴. Pero advierte, que esta noción "ha entrado en crisis, a partir del momento en que la Administración ha tenido que acudir a la participación de los inversionistas privados, para la financia-

20 JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA, óp. cit., pp. 688-689.

21 JOSÉ TRILLO FIGUEROA, "Desarrollo futuro en la financiación de infraestructura energética", en *Financiación privada de obras públicas*, Madrid: Civitas, 1997, p. 102.

22 VÍCTOR HERNÁNDEZ MENDIBLE, "La regulación de los servicios públicos competitivos", *Revista Actualidad en Derecho Público*, n.º 21-23, Buenos Aires, 2003, p. 115.

23 Entre otros trabajos, AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, "Principio de eficacia y Estado subsidiario", *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo: Mastergraf SRL, 2008.

24 VÍCTOR HERNÁNDEZ MENDIBLE, "La participación pública y privada en la financiación de las infraestructuras públicas", *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico: Infraestructura, contratos, servicios públicos e inversión*, n.º 2, Lima: Asociación de Estudios de Derecho Administrativo - Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 47.

ción de las infraestructuras públicas, lo que ha llevado a la doctrina científica a reelabora el concepto tradicional"²⁵.

Del análisis de estas distintas posturas puede considerarse por infraestructura pública a toda aquella estructura física o virtual, tangible o intangible, de titularidad estatal, que persigue una finalidad de interés público, que tiene por objeto la prestación –a través de ella– de uno o más servicios públicos o de interés general, así como la utilización directa por parte de las personas, y cuyo diseño y ejecución se financia con recursos públicos, mixtos o privados pudiendo ser explotada en forma directa o indirecta. Bajo la definición que se propone, la infraestructura pública se caracteriza además por estar estructurada como red o interconectada a ella.

En este orden de ideas, no toda obra pública es una infraestructura, y si la primera característica de estas consiste en admitir elementos inmateriales (y, en ese caso, implican una ampliación del concepto de obra pública), la segunda hace referencia a su vinculación a una organización y, con ello, se hará alusión a una peculiaridad que no comparte con toda obra pública. Se trata, por tanto, de que toda infraestructura es configurable como una red o parte de la misma²⁶, lo cual introduce un nuevo elemento en la definición como "la ordenación de las infraestructuras de una determinada manera, caracterizándose, precisamente, por la organización, esto es por la forma en que procede enlazar los distintos puntos de la red al servicio de una finalidad concreta"²⁷.

La ampliación del concepto de obra pública que determina la noción conceptual de las infraestructuras públicas se da por dos de los factores que se vienen analizando: en primer lugar, por la aparición de estructuras o soportes virtuales o inmateriales como consecuencia del avance tecnológico y que se vislumbra con mayor protagonismo en el sector regulado de las telecomunicaciones. En segundo lugar, por el concepto de red.

Como enseña Villar Ezcurra, la idea de red aparece como algo consustancial al concepto de infraestructura, de la misma forma que lo era el de la construcción al de la obra pública, hasta el punto que la expresión "infraestructura de red" es de cierto modo redundante²⁸. Siguiendo este enfoque, "todas las infraestructuras son redes o se encuentran conectadas a una red que, a su vez, puede ser continua o discontinua y física o virtual"²⁹. De ahí la importancia

25 Ibid.

26 JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA, *óp. cit.*, pp. 689 y ss.

27 GASPAR ARIÑO Y JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA, *Las telecomunicaciones por cable*, Madrid: Edición Marcial Pons, 1996, p. 26.

28 JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA, *óp. cit.*, pp. 689 y ss.

29 Entre las modalidades que señala este autor, se encuentran las siguientes: "a. *Redes continuas*: son todas aquellas que, sus elementos, se encuentran conectados en uno o varios puntos (redes de carreteras, de ferrocarriles, las obras hidráulicas); b. *Redes discontinuas*: son aquellas en las que no existe una continuidad física entre sus elementos, pero sí una interconexión a nivel de flujos de tráfico o de usuarios (puertos y aeropuertos); c. *Redes intercambiables*:

de distinguir entre lo que constituye servicio público y aquello que es infraestructura pública.

1.2. LA NECESARIA SEPARACIÓN ENTRE LO QUE CONSTITUYE SERVICIO PÚBLICO Y AQUELLO QUE ES INFRAESTRUCTURA PÚBLICA. *ESSENTIAL FACILITIES* Y ESTATUTO JURÍDICO DE LAS REDES

En la práctica de la regulación económica, de los denominados sectores regulados y de los procesos de liberalización de los servicios públicos o del sometimiento de estos al régimen de libre competencia se confunden los conceptos. De esta manera, infinidad de veces se dice que tal o cual sector posee la característica de monopolio natural, y que, por tanto, no cabe la competencia. El error aquí es unificar los conceptos de obra o infraestructura pública con el de servicio público o de interés económico general que se presta a través de ella. Puede ser monopolio natural la infraestructura de red de la energía eléctrica pero no, así, el servicio o las distintas etapas o actividades que conforman el servicio público "global" de suministro de energía eléctrica. Por ende, previos estudios de factibilidad, puede determinarse la posibilidad de someter a competencia los servicios o segmentos del servicio (por ejemplo, generación, transporte, transformación, distribución) bajo técnicas regulatorias, como la separación vertical de actividades o *unbundling*.

Lo expuesto se encuentra íntimamente relacionado, en cuanto a su construcción dogmática y pragmática, con la teoría de las *essential facilities* originada en el sistema anglosajón. No se trata de otra cosa que del *libre acceso a las infraestructuras esenciales* que constituyen los soportes físicos de los servicios a prestar. Es una cuestión fundamental que los distintos operadores de los servicios liberalizados puedan tener libertad de acceso a las infraestructuras o sistemas de red. Ariño Ortiz y López de Castro, refiriéndose a este tema, enseñan que los monopolios naturales constituyen

aquella situación en que una sola empresa puede producir el *output* deseado a menor coste que cualquier combinación de dos o más empresas. Pues bien, hay que recordarles a los operadores el derecho al acceso a las redes que es el derecho de acceso al mercado. La efectividad de dicho acceso determinará la competencia

son aquellas que, perteneciendo a distintos tipos de infraestructuras, tienen una demanda de uso intercambiable, como sucede con las redes de transporte (carretera, aéreo, marítimo y por ferrocarril). La relevancia de esta distinción se encuentra en la política tarifaria y en la competencia entre diferentes infraestructuras, d. *Redes únicas*: son aquellas que no permiten duplicación, por motivos técnicos o comerciales, y conducen a problemas similares a los que presenta el denominado monopolio natural. Este es el caso típico de las redes de ferrocarriles, de energía eléctrica o de abastecimientos de agua, en donde solo es concebible (por motivos económicos y medioambientales) la existencia de un trazado y no caben 'líneas duplicadas'. Debido a ello el titular o titulares deberán garantizar el *libre acceso de terceros a la red*". *Ibíd.*, pp. 689 y ss.

real en la oferta de servicios. Por eso, la asignación de los derechos de acceso y sus condiciones han de quedar definidos con toda precisión en la regulación.

Asimismo, agregan:

que un elemento clave del nuevo modelo de regulación para la competencia sea la aprobación del Estatuto Jurídico de las Redes, esto es, de las condiciones para ejercer el acceso en términos objetivos, no discriminatorios, con fijación de un canon por su uso y determinación exacta de las razones que pudieran justificar una denegación de acceso³⁰.

La teoría de las *essential facilities* como sustento del principio del libre acceso a las infraestructuras esenciales o sistemas de red tiene una importancia considerable también en nuestro país. Está claro que determinados sectores no están liberalizados en su totalidad y hay una fuerte primacía del monopolio y los regímenes de exclusividad. Para llevar adelante una reforma en estos sectores en Uruguay, sería importante considerar no solo la desmonopolización sino, además, la separación de lo que significa la gestión de la infraestructura y la segmentación vertical de las diversas actividades de servicio público con la finalidad de transformarlo. En lo que hace concretamente a las infraestructuras de red, el principio enunciado debería ser de implementación efectiva concomitantemente con las regulaciones legislativas y reglamentarias tendientes a reformar dichos sectores de la economía nacional³¹.

Comparativamente, en la doctrina española se ha afirmado que "una cosa es la explotación de la infraestructura y otra (que no tiene por qué ser coincidente) la del servicio que se presta utilizando esa infraestructura porque aquí es donde radica la primera y más importante de las confusiones"³². Se presenta, por tanto, el caso de las carreteras como el que más claramente puede ilustrar lo que se quiere decir con esta diferenciación, en la medida en que con la misma se superpone un uso general (y gratuito) y un uso por los concesionarios del servicio de transporte por carretera sin que, en este último caso, consista en una explotación de esta clase de obra. Por el contrario, en el del ferrocarril se ha entendido tradicionalmente que la explotación de la infraestructura equivalía a la explotación del servicio de transporte y solo hasta hace poco se ha deshecho el equívoco con la creación del Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF)³³.

30 GASPAR ARIÑO ORTÍZ y LUCIA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATÓ, "Nuevo servicio público y regulación económica", en *Principios derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*, Madrid: Comares, 2004, p. 627.

31 RODRIGO FERRÉS RUBIO, "Hacia un nuevo concepto de servicio público: liberalización y competencia", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo: FCU, 2008, pp. 314 y ss.

32 JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA, óp. cit., p. 685.

33 *Ibíd.*, p. 685.

En definitiva, tanto en la teoría como en la práctica –a mi juicio y siguiendo en este aspecto a la doctrina española señalada– es imprescindible la separación de infraestructuras públicas de los servicios públicos que sobre ella se prestan. Asimismo, la adecuada separación permitirá una mejor y mayor instrumentación de proyectos de asociaciones público privadas tanto para la financiación y ejecución de las infraestructuras públicas como para la gestión, no solo de ellas, sino, además, de los servicios que a través de ellas se prestan.

2. FUNDAMENTOS PARA ACUDIR A LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

2.1. FUNDAMENTOS DE CARÁCTER TÉCNICO-FINANCIERO

En tiempos en que los países –especialmente, los latinoamericanos– necesitan de financiación “no presupuestaria” o “extrapresupuestaria” para afrontar la demanda creciente de construcción, rehabilitación y mantenimiento de infraestructuras públicas (carreteras, vías férreas, puertos y redes eléctricas, entre otras), existen diversas modalidades contractuales, las cuales se encuentran reguladas específicamente en los respectivos ordenamientos jurídicos y que conforman, en definitiva, instrumentos o técnicas que permiten la ejecución de los proyectos vinculados a las infraestructuras públicas. Además de los clásicos contratos de obra pública y de concesión de obra pública, a partir del año 2011, ha surgido, en el derecho uruguayo, una nueva modalidad contractual denominada “contratos de participación público privada”, modalidad que pone el acento en la financiación privada y en un adecuado reparto de los riesgos contractuales entre la Administración pública contratante y la sociedad contratista.

De un tiempo a acá –fundamentalmente, en la última década–, los países de la región, como Uruguay, Paraguay, Argentina y Brasil, incrementaron sustancialmente la producción y oferta de bienes y materias primas, como consecuencia del aumento de los precios de los *commodities*. Si bien la prioridad de contar con obras públicas suficientes para el desarrollo de los países existió siempre, la necesidad de reducir el déficit de infraestructura se ve acrecentada, en los últimos tiempos, como medida tendiente a mejorar la competitividad y a la consolidación de las inversiones que se buscan atraer. Desde un punto de vista financiero, la financiación privada de obras públicas constituye la piedra angular para la ejecución de los proyectos; financiación que consiste en el acto de dotar de dinero y de crédito a una entidad, es decir, obtener recursos y medios de pago para destinarlos a la adquisición de bienes y ser-

vicios, necesarios para el desarrollo de infraestructuras públicas³⁴. El término *financiación de obras públicas* implica por consiguiente la asunción del costo de dicha obra, ofreciéndose diversas alternativas, dentro de las cuales se distinguen la financiación presupuestaria y la financiación extrapresupuestaria o financiación privada.

Desde un punto de vista contractual, la ejecución de obras o infraestructuras públicas atiende a los distintos mecanismos o modalidades de realización de la obra, sea por ejecución directa (obras por administración, por ejemplo), o sea por ejecución indirecta (concesión de obra pública, por ejemplo)³⁵. El contrato de participación público privada implica en este sentido una técnica contractual de financiación privada y de ejecución o gestión indirecta.

Mediante la modalidad de *financiación privada*, es decir, financiación extrapresupuestaria o financiación estructurada, se persiguen dos objetivos principales: financiar a largo plazo, sin recargar los presupuestos públicos, y que la financiación corra a cargo del sector privado³⁶ (sistema financiero, fundamentalmente), siendo la retribución del contratista abonada por los usuarios, en unos casos, o por medio de otras formas previstas (pagos por disponibilidad, peaje en sombra o *shadow toll*, por ejemplo), diversificando los riesgos entre las partes contractuales. La financiación privada apunta, entonces, a dotar de mayor estabilidad financiera al Estado, de forma que este no recurra en el corto plazo a la utilización de recursos públicos. A su vez, la financiación extrapresupuestaria o privada importa la consideración de tres factores. A saber: la vida útil de la infraestructura, la generación de ingresos suficientes y una adecuada forma de financiación diversificada³⁷ (la cual deberá verse reflejada en el modelo financiero que respaldará la oferta presentada por el proponente en el proceso de contratación que se trate). En definitiva, la aportación privada del capital, y el posterior abono del precio por parte de la Administración, comporta la búsqueda de un mecanismo de financiación de determinadas actividades de interés público, como son las concernientes a la ejecución de infraestructuras públicas, mediante el recurso del capital privado de forma de poder financiar la inversión³⁸.

34 JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "Nuevas perspectivas para la financiación de obras públicas locales en el derecho español", *Revista Brasileira de Infraestrutura*, n.º 1, Bello Horizonte: Editora Forum, 2012, p. 66.

35 *Ibíd.*

36 JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "Nuevas perspectivas para la financiación...", *óp. cit.*, p. 67.

37 *Ibíd.*

38 *Ibíd.*, p. 75.

2.2. FUNDAMENTOS DE CARÁCTER JURÍDICO-ADMINISTRATIVO: LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA Y BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Además de razones de contenido económico y financiero, la proliferación de tipos asociativos público privados como instrumentos de financiación privada (en especial, el propio contrato de participación público privada) encuentran sustento, desde el punto de vista del derecho público, en los principios de eficacia y de buena administración. Es decir, en la necesidad de que la Administración, en el ejercicio de su actividad, procure la eficiencia y la eficacia³⁹, escogiendo los medios e instrumentos más adecuados para el mejor cumplimiento de las finalidades públicas. En Uruguay, Durán Martínez ha afirmado que el principio de eficacia es de la esencia en todo Estado, pero adquiere una relevancia especial en el denominado, por Cassagne, *Estado subsidiario*⁴⁰.

En ese marco, el Estado debe asegurar que sus habitantes reciban servicios públicos y de interés económico general, de calidad, en forma regular y continua, a un precio accesible y con carácter universal, de forma que se puedan cubrir eficientemente sus necesidades impostergables. Bajo este enfoque, los contratos de participación público privada pueden constituir instrumentos jurídicos y financieros adecuados para financiar y gestionar las infraestructuras públicas a través de las cuales se prestarán dichos servicios. Es decir, que dicha modalidad contractual sea el medio o técnica más adecuada para el cumplimiento de la finalidad pública, la cual puede ser la construcción de una obra pública.

Es que el Estado es un ser instrumental finalizado al logro del bien común; es decir, el Estado debe existir para la perfecta suficiencia de la vida humana, fin que no puede alcanzar los hombres por sí solos o aisladamente, y ni siquiera las otras sociedades menores. En suma, está al servicio de la persona humana en toda su dimensión. Y si su accionar no sirve para esto, es ineficaz y por tanto ilegítimo⁴¹.

La eficacia consiste en hacer bien las cosas, lo que supone determinar correctamente los fines y elegir los medios más adecuados para el cumplimiento de aquellos. Es por eso que Durán Martínez afirma, con acierto, que la legitimidad funcional del accionar del Estado depende, así, de la correcta determinación

39 Utilizo los términos "eficiencia" y "eficacia" como sinónimos, teniendo presente que en las ciencias de la administración y economía pueden tener significados diversos.

40 AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, "Nuevas formas de relacionamiento público privado en el cumplimiento de los cometidos del Estado", *Revista Brasileira de Infraestrutura*, n.º 1, Bello Horizonte: Editora Forum, 2012, p. 22; véase, además, AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, *Neo-constitucionalismo y derecho administrativo*, Buenos Aires: La Ley, 2012.

41 AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, "Nuevas formas de relacionamiento público privado...", óp. cit., p. 24; AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, "Principio de eficacia y Estado subsidiario", óp. cit., 2008.

de los fines y de la correcta elección de los medios para la configuración del estado de hecho necesario para el adecuado desarrollo de la persona humana. En términos de Bacellar Filho, la legitimidad del Estado-Administración depende de su eficiencia en la prestación de los servicios esenciales para la protección de los derechos fundamentales⁴².

A su vez, el principio de buena administración se relaciona íntimamente con el principio de eficacia. Hace ya mucho tiempo que, en Uruguay, Frugone Schiavone enseñaba que "la actividad administrativa debe ser realizada de acuerdo con las exigencias de la buena administración, eligiendo los medios y la oportunidad del ejercicio de las competencias en relación con el fin específico que se quiere satisfacer"⁴³. Como bien se ha dicho, los gobiernos pretenden un Estado fuerte, ágil, dinámico y capaz de producir desarrollo tanto en términos económicos como sociales, políticos y ambientales, que esté al servicio de la sociedad y de la ciudadanía, y que se adecue a las nuevas realidades y al cambio permanente⁴⁴. El principio de buena administración se relaciona con la eficiencia y eficacia administrativa⁴⁵.

Ambos principios generales de derecho constituyen, conforme a las enseñanzas de Cassagne, mandatos vinculantes⁴⁶, teniendo estos, al menos, rango constitucional.

En efecto, si bien no existe una consagración expresa del principio de eficacia y de buena administración en la Constitución nacional, el artículo 72 de la Carta reconoce aquellos derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana o que se deriven de la forma republicana de gobierno. Tanto la eficacia administrativa como la buena administración, además de principios, constituyen derechos de la persona (derecho a tener un Estado eficaz y que administre bien los asuntos públicos) y deberes de aquel, en tanto ser instrumental, al servicio de la persona humana.

Superado, a mi juicio, el denominado Estado legislativo –propio de otra época influenciada por el positivismo legalista–, el ya denominado Estado constitucional de derecho exige la protección de la dignidad de la persona

42 AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, "Nuevas formas de relacionamiento público privado...", óp. cit., pp. 25 y ss.; ROMELI FELIPE BACELLAR FILHO, "A natureza contractual das concessões e permissões de serviço público no Brasil", en *Serviços públicos. Estudos dirigidos*, Belo Horizonte: Editora Fórum, R. F. Bacellar Filho y L. A. Blanchet (coords.), 2007, p. 13.

43 HÉCTOR FRUGONE SCHIAVONE, "Principios del procedimiento administrativo", en *El nuevo procedimiento administrativo*, 4.ª ed., Montevideo: Pronade, 1991, p. 34.

44 JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "Aproximación al derecho administrativo constitucional", *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo*, n.º 22, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello - Editorial Jurídica Venezolana, 2007, p. 103.

45 JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas", *Anuario de Derecho Administrativo*, t. xv, Montevideo: FCU, 2015, p. 117.

46 JUAN CARLOS CASSAGNE, *Los grandes principios del derecho público*, óp. cit., p. 446.

humana como centro de todas las regulaciones. La influencia del nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo, el derecho internacional de derechos humanos y el denominado bloque de constitucionalidad hacen vinculantes aquellos principios generales que tienen por finalidad garantizar los derechos humanos.

Por consiguiente, el recurrir a la financiación privada para la ejecución de proyectos de infraestructura pública, en tiempos en que los recursos públicos no abundan, es una medida de eficacia y de buena administración. Pero, aunque el Estado cuente con recursos presupuestarios suficientes para construir o reparar infraestructuras, su rol debe estar más enfocado a la regulación y el control, al fomento y, especialmente, a atender a los cometidos esenciales y sociales, dejando librada a la iniciativa privada las actividades de carácter comerciales e industriales. Como bien ha advertido Cassagne,

A partir del proceso de transformación del Estado, en un marco ideológico que tiende a reducir la categoría del servicio público a los servicios esenciales o primordiales, se observa, de una parte, el repliegue del Estado que se traduce en el abandono de la gestión directa y, de otra, la aparición de la competencia como fundamento de la eficiencia con base en la ideología de la economía de mercado, actuando los derechos fundamentales como límites naturales que acotan el alcance de la institución. Esta idea que, en cierto sentido, es una vuelta a la concepción de Hauriou, armoniza plenamente con el principio de subsidiariedad y comienza a incorporarse en las legislaciones y textos constitucionales⁴⁷.

En definitiva, las diversas modalidades contractuales público privadas –en Uruguay, especialmente, el contrato administrativo de participación público privada– como instrumentos jurídicos de financiación y gestión de infraestructuras públicas tienden a posibilitar una Administración eficaz en el cumplimiento de sus cometidos, fundamentalmente, cuando ejerce su actividad celebrando contratos. Como claramente ha expresado Delpiazzo, “la llamada crisis del Estado providencia no nos ubica ante una Administración que contrata menos sino ante una Administración que contrata más porque reduce su actividad prestacional directa, sustituyéndola por la entrega a terceros –de ahí, la difusión de la imprecisa calificación de tercerizaciones– del cumplimiento de determinadas tareas a su cargo”⁴⁸.

Ahora bien, en lo que respecta estrictamente al tema de *financiación*, es preciso destacar lo siguiente: la financiación privada de infraestructuras públicas tiene por “fuente natural” el mercado de capitales, fundamentalmente aquella financiación proveniente del sector bancario. Es decir, que el futuro contratista

47 Ibid., p. 446.

48 CARLOS DELPIAZZO, *Contratación administrativa*, Montevideo: Universidad de Montevideo, 1999, pp. 7 y ss.

privado deberá acudir al sistema financiero para obtener fondos que le permita afrontar, fundamentalmente, las etapas de construcción o rehabilitación, por ejemplo, de una carretera o vía férrea.

Luego, las partes acordaran la modalidad contractual que consideren más idónea para el proyecto en concreto. Las modalidades contractuales son variadas, pudiendo ir desde un esquema de financiación privada muy mínimo, como el que se sucede en el contrato de obra pública, o a un esquema de financiamiento privado más "integral" (por darle una denominación), como el que se implementa a través de los contratos de concesión de obra pública.

Desde un punto de vista jurídico, entonces, para financiar y desarrollar infraestructuras públicas, clásicamente, se ha acudido a la implementación del contrato de obra pública y a la concesión de obra pública. Sin perjuicio, naturalmente, de la nueva modalidad que en los últimos años se pretende utilizar por los países de la región como son los "contratos de PPP" o APP, los cuales encuentran su origen en el sistema anglosajón.

La nota común de las diferentes modalidades contractuales, a excepción del clásico "contrato de obra pública", consiste en que, en todas ellas, sin perjuicio de que su costo sea sufragado por recursos públicos o por tarifas abonadas por los usuarios, es el sector privado –y no el Estado– quien provee el financiamiento de las infraestructuras⁴⁹. Si bien en el contrato de obra pública el contratista hace la obra y se utilizan dineros de fuente privada, el pago se realiza a medida que la obra va avanzando, por lo que el contratista no financia al Estado más que en cada etapa especificada en el cronograma de obras. Sin embargo, cuando se acude a la financiación privada, el Estado no adelanta fondos al contratista ni los hace adelantar por su cuenta, sino que las entidades del sistema financiero que se trate, o del mercado de capitales, financiará todo o parte del proyecto al contratista quien, a su vez, a nivel contractual, será quien haga la inversión y ejecute la obra o infraestructura pública.

Ahora bien, un punto a tener en cuenta en este tema es que no hay que confundir la financiación a la que acude el futuro contratista para costear la obra, antes de la adjudicación del contrato, y la cual es necesaria, además, para presentar una oferta económica seria, con lo que constituye la "retribución del contratista", es decir, los pagos que va a percibir el contratista por la explotación la infraestructura. Esto último se da en aquellos contratos de mediano y largo plazo en que el contratista tiene a su cargo no solo la construcción de la infraestructura, sino, además, su mantenimiento y gestión. Por ejemplo, dependiendo del contrato que se trate, el contratista podrá ser retribuido por el abono de peajes por parte de los usuarios (como es el caso de las concesiones) o por un peaje en sombra o *shadow toll* (cuando en vez de que la retribución provenga de los usuarios, quien abone sea el Estado sobre la base de una

49 JUAN CARLOS CASSAGNE, *Curso de derecho administrativo*, óp. cit., 2011.

paramétrica de la demanda por la utilización de la infraestructura y determinados estándares de calidad y disponibilidad previamente pactados).

En el Uruguay existen –a la fecha– tres proyectos en ejecución bajo la modalidad de contratos de PPP. El primero de ellos es la financiación, construcción y mantenimiento de un centro penitenciario. El segundo tiene por objeto la financiación, la rehabilitación y el mantenimiento de las rutas 21 y 24, y el tercero, refiere a la financiación, la rehabilitación y el mantenimiento de un tramo ferroviario entre las ciudades de Paso de los Toros y Montevideo. En materia de retribución al contratista se han utilizado para los proyectos el denominado “pago por disponibilidad” de la infraestructura, el cual permite una amortización de la inversión y obtención de ganancias en un horizonte contractual del entorno de los treinta años. Estos “pago por disponibilidad” constituyen una especie de “peaje en sombra”.

3. ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN EL DERECHO URUGUAYO

El contrato de participación público privada es una modalidad específica de contrato administrativo que pone, como se dijo, el énfasis en dos aspectos fundamentales y diferenciales: la financiación y el reparto de riesgos entre las partes.

Respecto de la definición de este tipo de contrato administrativo, el artículo 2 de la Ley de PPP lo define como “aquellos en que una Administración pública encarga a una persona de derecho privado, por un período determinado, el diseño, la construcción y la operación de infraestructura o alguna de dichas prestaciones, además de la financiación”. A su vez, la norma establece que esta modalidad contractual es de carácter subsidiario, en el entendido de que solo “podrán celebrarse contratos de participación público-privada cuando previamente se resuelva, en la forma prevista en la presente ley, que otras modalidades alternativas de contratación no permiten la mejor forma de satisfacción de las finalidades públicas”.

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley, el cual es muy amplio, dicho marco normativo será de aplicación para el desarrollo de obras de infraestructura en los siguientes sectores de actividad: a) obras viales, ferroviarias, portuarias y aeroportuarias; b) obras de infraestructura energética; c) obras de disposición y tratamiento de residuos; y d) obras de infraestructura social, incluyendo cárceles, centros de salud, centros de educación, viviendas de interés social, complejos deportivos y obras de mejoramiento, equipamiento y desarrollo urbano. Del mismo modo, establece determinadas excepciones a lo que la ley define como “servicios”, pero que debería ser entendido, a mi juicio, como “cometidos estatales”, los cuales el legislador optó por la no prestación bajo esta modalidad indirecta (servicios sociales, por ejemplo), más allá de

que algunos de ellos no pueden prestarse indirectamente, como la seguridad pública, por ser un cometido esencial del Estado, es decir, inherente a su propia naturaleza. Estas excepciones son: a) los servicios educativos cuando se trate de centros educativos; b) los servicios sanitarios cuando se trate de centros de salud; y c) los servicios de seguridad, sanitarios y de reeducación de reclusos cuando se trate de cárceles.

Este tipo de contrato puede ejecutar proyectos de infraestructura, sea mediante iniciativa pública (los tres proyectos vigentes, a la fecha) o mediante la presentación de proyectos de iniciativa privada, modalidad desarrollada en la ley y en los reglamentos de esta. Como viene de señalarse, es importante destacar dos aspectos fundamentales que distinguen al contrato de PPP de otras modalidades contractuales: la financiación y el reparto de riesgos. Se considera, por ende, que estos extremos son factores clave para el éxito de los proyectos.

Tratándose de la financiación, los oferentes deberán, de conformidad con los pliegos de condiciones particulares y el contrato, determinar el modelo financiero que va a regir durante toda la vida del contrato, más allá de aspectos específicos como la constitución y sustitución de garantías o cláusulas de cesión de derechos y obligaciones. Por lo tanto, los futuros oferentes deberán recurrir al mercado de capitales, especialmente a entidades de intermediación financiera, a plantear el proyecto de infraestructura a licitarse y a solicitar la financiación total o parcial para ejecutar dicha obra en caso de resultar adjudicatario. Para que los financistas de la futura sociedad contratista accedan a financiar un proyecto de características complejas, fundamentalmente, por ser contratos de largo plazo (treinta años), los riesgos que asuman cada una de las partes –sociedad contratista y Administración contratante– deberán estar correctamente distribuidos, además de ser condición casi necesaria del país contar con niveles acordes de seguridad jurídica, estabilidad política y conflictividad laboral.

3.1. QUID DE LA CUESTIÓN: EL ADECUADO REPARTO DE RIESGOS

La distribución de los riesgos se considera la piedra angular de este tipo de contratos. Dentro de la enumeración de principios que establece la Ley de PPP (artículo 4) –principios básicos de la contratación administrativa en general– hay un principio específico, natural de este tipo de modalidad contractual, que es el del adecuado reparto de riesgos. Señala la norma: “Adecuada distribución de riesgos: Los contratos celebrados en el marco de proyectos de participación público-privada deberán contemplar una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de modo tal de minimizar el costo asociado a los mismos”. La práctica internacional en la materia sugiere que cada parte asuma los riesgos que mejor pueda soportar. Así, por ejemplo, los riesgos de diseño, construcción y mantenimiento son propios del contratista, los riesgos políticos, determinados riesgos financieros (devaluación de la moneda, por

ejemplo) y los riesgos administrativos vinculados a la obtención de permisos o autorizaciones o los referentes a la expropiación, entre otros, los debería asumir la parte pública; sin perjuicio, de la existencia de riesgos compartidos. A su vez, y en procura de una mayor eficiencia económica, la celebración de contratos por parte de la Administración pública, en el marco de proyectos de participación público-privada, deberá basarse en la consecución del mayor valor por dinero, incluyendo tanto la reducción de costos como los niveles de riesgo, así como plazos de disponibilidad.

Estos factores son claves en este tipo de contratos –contratos que encuentran su origen en el sistema anglosajón– y que, por ende, deben ser estructurados e implementados con prudencia en el sentido de que nuestra cultura jurídica ha seguido a lo largo de su historia el sistema proveniente de Europa continental –especialmente Francia y España–, instrumentando para proyectos a largo plazo la modalidad del contrato de concesión de obra pública.

Etcheverría Petit, autor uruguayo especializado en este tipo de contratos, en base a lo señalado, define a "la participación público privada (PPP o P3) como el emprendimiento de cooperación entre sectores público y privado, basado en la experiencia de cada socio, que satisface de mejor forma necesidades públicas bien definidas, a través de la distribución adecuada de los riesgos, recursos y recompensas"⁵⁰. Por su parte, Rodríguez Arana-Muñoz, comentando la legislación española en la materia, indica que el reparto preciso de riesgos "se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos". En este sentido, el artículo 120.b LCSP –referente a los contratos de CPP– dispone que dichos acuerdos entre el sector público y el sector privado deberán incluir necesariamente "las estipulaciones referidas a la determinación del reparto de los riesgos entra las partes en el clausulado del contrato, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones"⁵¹. En sentido similar, la Ley n.º 5.102 de 2013 paraguaya sobre los contratos de PPP dispone en su artículo 4.º que dichos contratos "deberán establecer en forma expresa, para situaciones específicas y acordadas, los riesgos, compromisos y beneficios que asumen respectivamente el Estado y el participante privado".

Como puede apreciarse, en este tipo de contratos, el Estado no es un simple espectador y fiscalizador. Es parte "en serio". Es socio con todo lo que dicha acepción conlleva. Y, fundamentalmente, es socio en los riesgos. Y esto implica que el Estado, de ser necesario, ayude al socio privado en la consecución de la

50 JOSÉ LUIS ECHEVERRÍA PETIT, "Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense", *Revista de Derecho*, n.º 3, Montevideo: Universidad de Montevideo, 2003, p. 74.

51 JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. "Nuevas perspectivas para la financiación de obras públicas...", óp. cit., p. 67.

financiación, ofreciendo garantías, seguridad jurídica y estabilidad para que el contratista tenga éxito en la financiación del proyecto. En última instancia, de la cooperación que el Estado pueda ofrecer a su socio privado, estará no solo procurando el logro de un proyecto en concreto, sino que estará sirviendo al bien común.

CONCLUSIONES

Los contratos de participación público privada constituyen instrumentos jurídicos para la financiación y gestión de proyectos de infraestructuras públicas y servicios conexos. La utilización de esta técnica encuentra fundamento en la necesidad de los países de acudir a la financiación privada, es decir, extrapresupuestaria, y en la aplicación de los principios de eficacia y de buena administración en el marco de un Estado constitucional de derecho. En el derecho uruguayo, esta modalidad contractual se encuentra regulada en la Ley n.º 18.786, del 19 de julio de 2011, así como en sus reglamentos de ejecución. La correcta distribución de riesgos, así como el diseño de un adecuado esquema financiero, constituyen elementos clave a la hora de la estructuración de los proyectos de infraestructura pública y determinará, en buena medida, el éxito de estos en la etapa de implementación.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR VALDEZ, ÓSCAR. "Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas", en AA. VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 2005.
- ARIÑO, GASPAR y JUAN MIGUEL DE LA CUIÉTARA, *Las telecomunicaciones por cable*, Madrid: Edición Marcial Pons, 1996.
- ARIÑO ORTÍZ, GASPAR y LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATÓ. "Nuevo servicio público y regulación económica", en G. Ariño Ortiz, *Principios derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*, Madrid: Comares, 2004.
- BACELLAR FILHO, ROMEU FELIPE. "A natureza contractual das concessões e permissões de serviço público no Brasil", en *Serviços públicos. Estudos dirigidos*, Belo Horizonte: Editora Fórum, R. F. Bacellar Filho y L. A. Blanchet (coords.), 2007.
- CABALLERO SÁNCHEZ, RAFAEL. *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.
- CAJARVILLE PELUFFO, J. P. *Régimen jurídico administrativo de la industria eléctrica*, Montevideo: Acali, 1979.

- CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Curso de derecho administrativo*, t. II, 10.^a ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires: La Ley, 2011.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Los grandes principios del derecho público*, Buenos Aires: La Ley, 2015.
- DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL. "Sobre infraestructuras en red y competencia entre redes", en *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Madrid: RDU, 2001.
- DE LABAUDARE, ANDRÉ. *Traité élémentaire de droit administratif*, París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.
- DELPIAZZO, CARLOS. *Contratación administrativa*, Montevideo: Universidad de Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO. "Nuevas formas de relacionamiento público privado en el cumplimiento de los cometidos del Estado", *Revista Brasileira de Infraestrutura*, n.º 1, Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO. *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*, Buenos Aires: La Ley, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO. "Principio de eficacia y Estado subsidiario", *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo: Mastergraf SRL, 2008.
- ECHEVARRÍA PETIT, JOSÉ LUIS. "Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense", *Revista de Derecho*, n.º 3, Montevideo: Universidad de Montevideo, 2003.
- FERRÉS RUBIO, RODRIGO. "Hacia un nuevo concepto de servicio público: liberalización y competencia", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo: FCU, 2008.
- FRUGONE SCHIAVONE, HÉCTOR. "Principios del procedimiento administrativo", en *El nuevo procedimiento administrativo*, 4.^a ed., Montevideo: Pronade, 1991.
- GÓMEZ IBÁÑEZ, JOSÉ. *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts and Discretion*, Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- HERNÁNDEZ MENDIBLE, VÍCTOR. "La participación pública y privada en la financiación de las infraestructuras públicas", *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico: Infraestructura, contratos, servicios públicos e inversión*, n.º 2, Lima: Asociación de Estudios de Derecho Administrativo - Editora Jurídica Grijley, 2007.
- HERNÁNDEZ MENDIBLE, VÍCTOR. "La regulación de los servicios públicos competitivos", *Revista Actualidad en Derecho Público*, n.º 21-23, Buenos Aires, 2003.

REINIER, H. y J. H. LOCK. "Antitrust and Regulatory Issues in a competitive electric industry", *Utilities Policy*, vol. 1, n.º 3, 1991.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME. "Aproximación al derecho administrativo constitucional", *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo*, n.º 22, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello - Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME. "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas", *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XV, Montevideo: FCU, 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME. "Nuevas perspectivas para la financiación de obras públicas locales en el derecho español", *Revista Brasileira de Infraestrutura*, n.º 1, Bello Horizonte: Editora Forum, 2012.

SAYAGUES LASO, ENRIQUE. *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo: FCU, 2002.

TRILLO FIGUEROA, JOSÉ. "Desarrollo futuro en la financiación de infraestructura energética", en *Financiación privada de obras públicas*, Madrid: Civitas, 1997.

VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS. "Las infraestructuras públicas", en Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, t. II, Lima: Ara Editores, 2004.

VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. *La intervención administrativa en la industria*, Madrid: IEP, 1964.