



Revista Digital de Derecho Administrativo

ISSN: 2145-2946

Universidad Externado de Colombia

Carbajales, Mariano

Los contratos de asociación público privada ¿Novedad o huida del derecho administrativo?

Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 27, 2022, pp. 193-224

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.07>.

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503872656007>

- 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 asociación público privada ¿Novedad o huida del derecho administrativo?

MARIANO CARBAJALES<sup>1</sup>

## RESUMEN

La investigación condensada en el presente trabajo tuvo como propósito determinar si las asociaciones público-privada (APP), como técnica o modo de colaboración entre el sector público y privado, requieren de una nueva tipificación dentro de la contratación administrativa o si puede enmarcarse dentro de los ya clásicos contratos administrativos, o bien si se trata de un contrato de derecho privado de la Administración pública. A través de una comparación y el método deductivo se hace una revisión de la doctrina y dogmática jurídica en materia de contratación estatal, y tomando como referente los principios generales que rigen el derecho Administrativo, se propone una definición de este tipo de contratos.

**Palabras clave:** participación público privada, contratos administrativos, asociación público privada, contratación estatal, contratos privados de la Administración.

1 Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España. Académico, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas, Universidad Católica de Temuco, Temuco, Chile. Correo-e: mcarbajales@uct.cl. Enlace Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3207-199X>. Fecha de recepción: 19 de agosto de 2021. Fecha de modificación: 17 de septiembre de 2021. Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2021. Para citar el artículo: CARBAJALES, MARIANO, "Los contratos de participación público privada. ¿Novedad o huida del derecho administrativo?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, 2022, pp. 193-224. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.07>.

# Private-Public Partnership Contracts. A Novelty or Escape from Administrative Law?

## ABSTRACT

This research aims to determine if public-private collaboration, as a technique or mode of cooperation between the public and private sectors (better known by its acronym in English PPP–Public Private Partnerships), could require new classification within administrative contracting practices, or whether they could be framed within existing classic administrative contracts or alternatively, if it is a private law contract of the Public Administration. With the help of a comparative analysis and a deductive methodology, the doctrine and legal dogmatics on public procurement and the general principles that govern Administrative Law will be reviewed in order to arrive at a clarification in the possible definition of this type of contract.

**Keywords:** Public Private Participation, Public Contracts, State Contracting, Private Administration Contracts.

## INTRODUCCIÓN

La participación público privada (PPP) se ha promovido a escala mundial como la solución para que los Estados puedan suplir sus necesidades de infraestructura y servicios públicos con la participación del sector privado. América Latina no ha sido ajena a la implementación de este esquema, convirtiéndose en los últimos años en líder en PPP con respecto al resto de las regiones en desarrollo<sup>2</sup>.

En líneas generales, existe acuerdo en cuanto a que una adecuada dotación de infraestructuras básicas —esto es, en los sectores del transporte, agua, energía y comunicaciones—, como consecuencia tanto de la construcción de nuevas infraestructuras como de la realización de labores de conservación y mejoras sobre las existentes, genera un impacto altamente positivo en el desarrollo de los países. Esto, en la medida en que repercuten en su productividad, crecimiento económico y competitividad internacional y,

2 Cfr. JOSÉ VASALLO, "Asociación público-privada en América Latina. Afrontando el reto de conectar y mejorar las ciudades", *Corporación Andina de Fomento (CAF)*, 2018.

por sobre todo, contribuyen significativamente a un mayor bienestar social mejorando la calidad de vida de la población<sup>3</sup>.

Ahora bien, en la mayoría de los países latinoamericanos, la situación en que se encuentran sus respectivos acervos infraestructurales es particularmente deficitaria; producto tanto de la postergación de la construcción de obras consideradas imprescindibles, como de la falta de conservación, mantenimiento y mejora de las existentes<sup>4</sup>.

El modelo APP (asociación público privada) se empezó a implantar en América Latina entre finales de los años ochenta y principios de los noventa. La primera generación de proyectos de este tipo se desarrolló en México, Colombia, Argentina y Chile, seguidos algunos años más tarde por Brasil, Perú y Costa Rica. De los países latinoamericanos pioneros en la implantación de las colaboraciones público-privadas solo algunos han seguido desarrollando este modelo establemente en los últimos años, llegando a un adecuado grado de madurez<sup>5</sup>. Sin embargo, la colaboración pública privada, lejos de ser nueva, encuentra antecedentes remotos. Su utilización se remonta a la antigua Roma, donde nacen las principales instituciones jurídicas que hoy nos gobiernan, no solo en el derecho privado sino también en el derecho público, particularmente, la figura concesional (contrato de concesión)<sup>6</sup>.

La PPP se muestra como una de las variadas formas de contratación que puede darse entre la Administración pública (contratante) y el sector privado (contratista) para la mejor satisfacción del bien común. En este sentido, y desde el orden meramente conceptual, se puede calificar como un concepto equívoco pues con él se quieren significar cosas que, hasta su aparición, se encontraban en distintos contratos administrativos.

Actualmente, si bien en la práctica la PPP es utilizada en reemplazo o dentro de alguna de las formas típicas de contratación administrativa, particularmente en las áreas o los sectores de la actividad económica con externalidades positivas tales como: obras públicas, transporte, desarrollo tecnológico y en los sectores considerados "estratégicos", para el desarrollo y la seguridad

3 IGNACIO ARAGONE RIVOIR, "Contratos de PPP en Latinoamérica. Contratos de PPP para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica. Modelos, pautas de aplicación y desafío", Documento Técnico, 2007. Disponible en línea: [http://www.iguworld.com/wp-content/uploads/2020/07/p01contratos\\_ppp\\_latam.pdf](http://www.iguworld.com/wp-content/uploads/2020/07/p01contratos_ppp_latam.pdf).

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

5 JOSÉ VASALLO, "Asociación público-privada en América Latina", *op. cit*.

6 MANUEL AZNAR LÓPEZ, "La colaboración público-privada y su fiscalización", *Revista Española de Control Externo*, vol. XX, n.º 60, 2018, pp. 31-97.

nacional, la intención del presente trabajo es hallar una diferencia específica que permite su distinción, clasificación y justa y propia utilización<sup>7</sup>.

Así, respecto del contrato de obra pública, la PPP o APP se usa apropiadamente en los casos de una obra nueva (nueva construcción) que puede ser de iniciativa pública o iniciativa privada (en este último caso, sujeta a los procedimientos previamente establecidos por la Administración para su evaluación y eventual aprobación).

Con relación al clásico contrato de concesión de obra pública, la PPP puede distinguirse en que en el primer caso, en y por principio, la obra se realiza sobre un bien de propiedad del Estado, mientras que en el segundo, el contratista tiene la plena propiedad de bien en el que se desarrolla la obra<sup>8</sup>.

7 La falta de definición a la que se ha hecho referencia ha llevado a que con frecuencia, especialmente en algunos países, se entiendan los términos de concesión y PPP como algo contrapuesto. Con todo, de acuerdo con las características expuestas arriba, los conceptos de *infraestructura pública* y *participación privada* no son, ni mucho menos, contrapuestos o incompatibles. Mientras el término *concesión* acentúa la propiedad pública del bien o servicio que se quiere prestar, y la consiguiente relación contractual entre el sector público y privado; por su parte, el término PPP acentúa la necesidad de que esa relación sea justa y eficiente para la sociedad. Este es el motivo por el que toda concesión de obra o de servicio público que establezca una distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado deba ser considerada como un proyecto de PPP (cfr. JOSÉ MANUEL VASSALLO MAGRO y RAFAEL IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, "Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España", *Corporación Andina de Fomento*, 2010).

8 Desde un punto de vista tradicional, en el derecho administrativo, la obra pública ha sido definida por la doctrina como "el bien construido o realizado por el Estado, directa o indirectamente" (cfr. MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, 4.ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 516) sobre bienes de dominio público o privado pertenecientes al Estado (cfr. JAIME VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, 12.ª ed., Bogotá: Legis, 2004, p. 28). En el ordenamiento jurídico colombiano, el contrato de concesión de obra pública se encuentra definido en el numeral 4.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En Chile, por ejemplo, la Ley de Concesiones de Obras Públicas, contenida en el Decreto Supremo 900 de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, por medio del cual se fijó el texto refundido del Decreto con fuerza de ley 164, de 1991 del Ministerio de Obras Públicas, establece, en su artículo 1.º lo siguiente: "La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del decreto supremo n.º 294, del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto". Desde la doctrina, Vargas Fritz, que ha realizado un extenso análisis de la concesión en general y ha revisado la doctrina extranjera clásica sobre la materia, concluye que la concesión de obra pública es: "un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular concesionario, en virtud del cual

De este modo, podemos hallar ya una diferencia con la PPP, cual es de que en este caso el bien, en principio, no tiene porqué pertenecer al fisco y, por tanto, el contratista tiene la plena propiedad del bien sobre el cual puede constituir todo tipo de derechos y contraer obligaciones sin limitación ni intervención alguna por parte de la Administración pública, lo que permite una mayor capacidad en su financiación. Además, en el contrato de concesión, ha sido pensado para ejecutarse sobre una obra ya construida en la cual se concede la explotación y mantención de la misma durante un cierto tiempo sujeto a las normas y directivas que dicte la Administración pública<sup>9</sup>.

Respecto de la concesión servicios públicos, asumiendo una concepción subjetiva de este concepto y, en consecuencia, que estos son aquellos cuya titularidad pertenece exclusivamente al Estado, no serán considerados en este trabajo.

Finalmente, hemos de destacar que a medida que el Estado ha ido creciendo en su rol como agente activo de promoción social, las contratos de concesión han ido ensanchando sus objetivos hasta incluir, también, la construcción de la obra y que, en la opinión de los expertos, el "quid" o factor fundamental que ha de caracterizar a un contrato de PPP, radica en la equilibrada distribución de riesgos entre las partes, es decir: el contratista y el Estado<sup>10</sup>.

Sentado todo lo anterior, y con la finalidad de aproximarnos a una conceptualización que nos permitan distinguir a los contratos de participación público privada de resto de contratos administrativos, considerando su origen y finalidad propia, diremos, a modo de hipótesis, que los contratos de PPP son uno de los modos en que el Estado se vincula o relaciona con los particulares (relación contractual), normalmente empresas, caracterizados, fundamentalmente, por su complejidad tanto técnica como financiera, por

este último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación o conservación de una obra pública fiscal a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el decreto supremo de adjudicación". JOSÉ F. VARGAS FRITZ, *La concesión de obras públicas*, Santiago: La Ley, 1997, p. 20.

- 9 Aunque ya veremos que, en la práctica, su comprensión se ha ido extendiendo hasta incluir también la construcción de la obra.
- 10 En este sentido, en los casos de proyectos de concesión que son, dentro de la escala de modalidades de PPP, la alternativa en la que el concesionario suele asumir la mayor cantidad de riesgos, del viejo principio de la concesión a "puro riesgo y ventura" del concesionario (sistema tradicional) —suavizado más tarde por la aplicación del principio de "intangibilidad de la remuneración del concesionario"—, se ha pasado al principio de la "cooperación pública-privada", como base para una asunción compartida de ciertos riesgos por parte del sector público y privado, en determinados tipos de proyectos en que por sus características especiales, no pueden ser abordados a partir de esquemas puros de *project finance*. Cfr. IGNACIO ARAGONE RIVOIR, "Contratos de PPP el Latinoamérica", *op. cit.*

la cual el Estado contrata con un particular la financiación, la construcción, el desarrollo, la explotación y la mantención de una obra de infraestructura por un período de tiempo lo suficientemente extenso para que el particular recupere su inversión y obtenga una ganancia razonable (la cual podrá estar preestablecida en el contrato), y donde el Estado se abstiene voluntariamente del uso de prerrogativas públicas<sup>11</sup>. Al final, la propiedad de la obra revierte al Estado, cuya utilización debe ser siempre de carácter residual, es decir, debe recurrirse a dicha modalidad contractual solo si ninguno de los contratos administrativos típicos resulta idóneo para llevar a cabo la realización de la obra que el Estado necesita.

La hipótesis planteada nos obliga a considerar, en primer lugar, la naturaleza de los contratos administrativos. De esta manera, en el presente artículo se propone responder al interrogante relativo a la identidad propia de este modo de colaboración, para lo cual, luego de analizar la naturaleza de los contratos administrativos, las particularidades de las asociaciones público privadas, y de hacer un estudio comparado del andamiaje jurídico que rodea a la figura en los países de la región, arribará a la conclusión que conduce a la respuesta de este problema de investigación planteado.

## 1. SOBRE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 1.1. LAS DIFERENTES TEORÍAS ALREDEDOR DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La naturaleza de los contratos administrativos ha sido exhaustivamente tratada por la doctrina y la jurisprudencia. Por ello, en esta oportunidad se hará referencia a ella atendiendo a la tesis planteada, esto es, si los llamados contratos de participación público privada son una nueva modalidad de contratación pública, si son una denominación novedosa de alguna de las categorías contractuales ya existentes o si constituyen una nueva forma de vinculación (contrato) de naturaleza privada entre la Administración y los particulares.

Básicamente, existen dos corrientes en torno a la naturaleza de los contratos administrativos. Por un lado, están aquellos que sostienen que los contratos administrativos participan de la categoría y principios de los contratos

11 Con relación a este punto, cabe poner de resalto que esa "autorrestricción" del ejercicio de ciertas prerrogativas no implica ni pueden implicar la renuncia de potestades públicas, puesto que las potestades públicas son irrenunciables. Al mismo tiempo, esta "autorrestricción" en el ejercicio de potestades públicas puede levantar ciertos reparos legales y ser fuente de eventuales conflictos jurídicos entre las partes.

privados en general, con la única diferencia que una de sus partes es una Administración pública (teoría *ius privatista* o teoría negatoria<sup>12</sup>). Es decir, que los contratos administrativos no son más que contratos privados de la Administración. Por otro lado, están quienes consideran que los contratos administrativos tienen una naturaleza distinta a la de los contratos privados, constituyendo una especie de actos administrativos (bilaterales).

La primera corriente parece tener su origen y desarrollo en la doctrina italiana. Según Rodolfo Barra<sup>13</sup>, es en este país donde se comienza a desarrollar la idea de explicar la relación contractual de la Administración pública desde la óptica del derecho privado, esto es, de la libertad de las partes con plena autonomía negocial (tesis *iusprivatista*)<sup>14</sup>, con la única diferencia de que una de sus partes es la Administración pública.

No obstante, esta corriente dista de ser clara y homogénea, pues quienes se enrolan dentro de ella admiten diferencias, no siempre accidentales, entre los contratos entre particulares y los contratos llevados cabo entre estos y una Administración pública. En este sentido, el factor fundamental que fuerza a dichos autores a hacer tales distinciones es la presencia del interés público, que, agregamos nosotros, es el fin único, exclusivo y excluyente que debe regir toda actuación de la Administración pública y que, por tal motivo, no parece ser una diferencia meramente "accidental". En concreto, dicho fin implica y justifica la existencia de las llamadas "prerrogativas" públicas de las cuales la Administración pública no puede ni debe desentenderse, despojarse ni "abstenerse y que, a nuestro juicio, tal como procuraremos ver

12 Véase J. P. HAINOT y R. JOLIET, *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, t. II. Bruselas: Emile Bruylant, 1963, p. 70; MICHEL FROMONT, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960, p. 188. Igual solución en el derecho austríaco: ZACCHARIA GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich: Polygraphischer Verla, 1960, p. 442. Por todos, cfr. AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. XI, secc. VI, Buenos Aires: FDA, 2015.

13 Según el autor, recogiendo en este punto las afirmaciones de Gaspar Ariño, también en el derecho anglosajón, aunque sin mayores elaboraciones doctrinarias y conforme a su sistema jurídico, se le da el nombre de "contratos gubernamentales" a un tratamiento privado. Sin embargo, un análisis más atento al sistema estadounidense, por ejemplo, permite observar que aún estos contratos no reciben idéntico tratamiento que los contratos entre particulares. Cfr. RODOLFO BARRA, *Los actos administrativos contractuales. Teoría de los actos coligados*, Buenos Aires: Abaco de Rodolfo de Palma, 1989.

14 En la doctrina italiana citada por el autor encontramos Santi Romano y Miele, Gallo, entre otros. Dentro de la doctrina española, el paradigma de esta corriente lo encabeza García de Enterría, quien dio en llamar a los contratos públicos el "el derecho común de las administraciones públicas". Por todos, cfr. *ibid.*



más adelante, es la principal objeción que pueden recibir los contratos de participación público privada en nuestro entorno jurídico"<sup>15</sup>.

La síntesis o amalgama de la tesis iusprivatista de la naturaleza de los contratos públicos, según Barra, la podemos encontrar en Giannini. Para el administrativista italiano, la Administración realiza "actividades privadas" y, en tales casos, las Administraciones públicas no persiguen intereses públicos y, en consecuencia, actúan del mismo modo y sujeto a las mismas normas que los particulares. Estos "contratos de la Administración" suelen ser utilizados para su organización interna. No obstante, aun en estos casos reconoce que dicha actividad está sujeta a publicidad dado el inherente e inescindible interés público que mueve todo el actuar de la Administración pública, incluyendo su organización interna. El autor italiano distingue "aquella actividad privada de la actividad administrativa de derecho privado", la cual, como su propio nombre lo indica, está sujeta a normas de orden privado<sup>16</sup>.

En estos casos, la Administración persigue el interés público o interés general, pero que no se encuentra en cada caso singular. Aun así, Giannini admite que, en la actividad contractual, el fin de interés público se encuentra protegido por una suerte de intermediación entre el procedimiento (actividad reglada) y el contrato (actividad negociada), y que el autor denomina: "evidencia pública". En esta actividad contractual de la Administración pública (actividad privada de la Administración), Giannini, distingue tres tipos o especies de contratos: ordinarios, especiales y de objeto público<sup>17</sup>.

Los contratos ordinarios son aquellos que cualquier sujeto, incluyendo, obviamente, la Administración pública, puede concluir usando de su propia autonomía privada (compraventa, locaciones, etc.). Pensemos, por ejemplo, en la compra de suministros varios o en la locación de servicios profesionales<sup>18</sup>.

Los contratos especiales lo son en tres sentidos: (1) en sentido tradicional de derecho especial, como el contrato de transporte ferroviario que es una especie de contrato de transporte; (2) en cuanto son contratos que solo pueden ser suscriptos por una Administración pública, como los de deuda pública, y (c) en un sentido meramente descriptivo<sup>19</sup>.

En este último sentido encontramos aquellos contratos que, de hecho, son prevalentemente formalizados por Administraciones públicas, aunque

15 Me refiero a los países del entorno latinoamericano, cuyo sistema jurídico es heredero del continente europeo, básicamente, de influencia francesa y española.

16 GIANNINI, *Derecho administrativo*, vol. 1. Madrid: Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 1991; RODOLFO BARRA, *Los actos administrativos contractuales*, op. cit.

17 Citado en *ibid*.

18 En el caso de Chile, el primero está regulado especialmente, pero no así el segundo donde, en principio, debería ajustarse, bajo la teoría de Giannini, a las mismas normas que los particulares.

19 GIANNINI, *Derecho administrativo*, op. cit.

no solo exista razón legal que excluya a los administrados de celebrar este tipo de convenios, como, por ejemplo, aquellos que la Administración realiza para el desarrollo de su actividad de fomento (piénsese, por ejemplo, en la actividad del Estado a través de la banca pública).

La última categoría, los contratos de objeto público, son contratos que solo pueden ser celebrados por la Administración pública (en esto coincide con algunos contratos especiales), pero que, a diferencia de aquellos, "se coligan en modo más o menos estrecho a un procedimiento administrativo del cual constituyen un complemento necesario".

En la clasificación de Giannini<sup>20</sup>, haciendo uso de conceptos ya desarrollados por otras ciencias sociales como la sociología y la economía, observamos la existencia de un sistema donde cada una de las partes o los componentes (los actos administrativos) se realizan con un sentido o fin que excede a cada uno de ellos (ej., la concesión de servicio público, la concesión de obra pública) y que cobran sentido en el sistema considerado en su totalidad.

En estos casos, entonces, y retomando ahora la teoría de Giannini<sup>21</sup>, existe un especial procedimiento (evidencia pública) que persigue alcanzar el interés público. En el resto, los contratos quedan sujetos al principio de la autonomía de la voluntad, tal como rigen en los contratos entre particulares.

Esta interpretación, cuestionable, a nuestro juicio, en cuanto a su consistencia, pretende una suerte de unificación del régimen jurídico de contratación pública y los contratos privados bajo los principios y normas, claro está, del derecho privado. Dicha interpretación, creemos, produce un *tertium genus* o un híbrido que, como bien saben los juristas y experimentan los jueces en su ordinaria labor, lleva consigo más problemas que soluciones.

Este sucinto panorama acerca de la teoría privatista de los contratos públicos, seguida, con matices, por alguna doctrina española<sup>22</sup> nos pone frente a una serie de problemas que suscita el análisis de los contratos administrativos y que a continuación enumeramos: (1) la incidencia del interés público como inherente en la actividad de la Administración, incluyendo la actividad contractual, lo que implica que tales contratos se rijan bajo el principio de la autonomía de la voluntad o por otros principios propios del derecho administrativo; (2) la posibilidad y factibilidad de la coincidencia de la voluntad de la Administración con la voluntad del administrado; (3) la existencia de actos administrativos plenos en la etapa de la formación y ejecución del contrato; (4) el régimen jurídico de la relación entre estos actos (autónomos

20 *Ibid.*

21 En la versión y explicación que nos trae RODOLFO BARRA, *Los actos administrativos contractuales*, op. cit., p. 8.

22 Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Madrid: Editorial Civitas, 1989, pp. 206 y ss.

e independientes o como parte de otro contrato que les da sentido y fin); y (5) la esencia de los contratos administrativos (su sustancia)<sup>23</sup>.

La segunda corriente doctrinaria, opuesta a la más arriba descrita, sostiene que los contratos administrativos no pertenecen a la categoría o género de los contratos privados, sino que tienen otra naturaleza, otra "sustancia", enmarcándolos no ya en la teoría general de los contratos privados (tesis iusprivatista) sino dentro de la teoría de los actos administrativos (actos administrativos bilaterales)<sup>24</sup>.

Para otros, en cambio, no serían actos administrativos *sensu stricto* sino pura y simplemente contratos administrativos, enmarcados dentro de una de las tantas formas de actuar de la Administración en cooperación con los particulares. Así, por ejemplo, Bermúdez Soto afirma que la Administración no solo actúa unilateral e imperativamente en el cumplimiento de sus funciones, sino que también puede acudir al concurso de otras voluntades, en una clara aplicación del principio de cooperación. De esta forma actuará, por ejemplo, cuando requiera de la construcción de una obra pública y no cuente con los medios propios para hacerlo. En tal evento, celebrará un contrato con terceros para satisfacer la necesidad pública que se pretende abordar con dicha obra<sup>25</sup>.

Al señalar que los contratos administrativos provienen de la voluntad de la Administración y de otro sujeto, Soto los distingue de otros supuestos de actuación en que también sea necesaria la coincidencia de voluntades de dos o más entidades, por ejemplo, actos que necesiten de aprobación o autorización de otro órgano administrativo o superior jerárquico, o bien actos que necesiten para su eficacia de la conformidad del administrado destinatario (por ejemplo, en un acto administrativo de nombramiento de un funcionario público). En estos casos es posible apreciar una suma de actos unilaterales sucesivos provenientes de los sujetos involucrados, que se mantienen diferenciados como propios de estos individuos, a diferencia de un contrato administrativo, el que puede ser entendido como un "acto jurídico que procede a la vez de dos o más sujetos, como obra conjunta de los mismos, y que constituye entre ellos un vínculo determinado".

Por otra parte, atendiendo al tipo de sujeto que concurre con la Administración, en la producción de la declaración se distingue al contrato administrativo de los convenios interadministrativos, siendo lo propio de esta última figura la concurrencia junto con la Administración de otro ente

23 Cfr. RODOLFO BARRA, *Los actos administrativos contractuales*, op. cit.

24 Doctrina a la que Barra ha dado en llamar "teoría de la sustantividad", y que seguiremos a fines de este trabajo. Cfr. *ibid*.

25 JORGE BERMÚDEZ SOTO, *Derecho administrativo general*, Santiago: Editorial Abeledo Perrot—Universidad Católica de Valparaíso, 2006, pp. 195 y ss.

administrativo y no un administrado, como en el caso de la figura en estudio de este artículo. Sin embargo, y contra lo que podría parecer, el precitado autor no parece participar de la teoría "administrativista o sustancialista" de los contratos administrativos, siendo más bien escéptico de esta teoría y reconociéndola solo como una cuestión de hecho histórico<sup>26</sup>.

A nuestro juicio, la tesis que más se aproxima a la realidad de las cosas, al menos en el sistema jurídico de raíz continental europeo, es la tesis "sustancialista" de los contratos administrativos. Ello así por cuanto la Administración pública no puede actuar de otro modo que no sea bajo principios de derecho público, incluso cuando contrata con particulares, pues el principio fundante de su actuación es el de la legalidad, no el de la libre voluntad, no pudiendo en ningún caso actuar por otros motivos o con otra finalidad que no sea el interés público o bien común. La desigualdad de las partes no solo es evidente, sino que está ínsita en la relación entre la Administración y los particulares. Este reconocimiento parte de la base de la distinta posición jurídica que ostenta la Administración dentro de sociedad. En otras palabras, el rol del Estado.

La teoría "iusprivatista" de los contratos administrativos resulta más congruente en aquellos países con un sistema jurídico de origen anglosajón, donde a los contratos celebrados por el Estado se les da el nombre de "contratos gubernamentales", atento a que en dichos países no existe una elaboración doctrinaria del derecho administrativo. Aun así, quienes han estudiado y observado dicho sistema, afirman que tales contratos responden a un régimen jurídico diferente al que rige en los contratos entre particulares<sup>27</sup>.

Desde una perspectiva iusfilosófica, consideramos que el fundamento último de aquellos que sostienen la tesis contraria, esto es, quienes niegan que los contratos públicos tengan una sustancia propia y no sean más que prolongaciones del derecho privado con la única particularidad que una de las partes del contrato es la Administración pública, responde a una filosofía social de base contractual<sup>28</sup>.

26 Esto es lo que parece inferirse de sus palabras: "En todo caso, los contratos administrativos no constituyen una figura común dentro del derecho administrativo comparado. Si bien eran reconocidos como tales en el ordenamiento francés y español, no ocurría lo mismo en el derecho italiano; sin embargo, hoy existe una relativa homogeneidad en el tema, a partir de la influencia del derecho comunitario europeo, el cual en buena parte es derecho administrativo". JORGE BERMÚDEZ SOTO, *Derecho administrativo general*, op. cit., pp. 195 y ss.

27 En este sentido, puede consultarse GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Lecciones de Administración (y políticas públicas)*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. Antes, en *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Madrid: Comares, 2004.

28 Concepción que bien puede estar inspirada en John Locke, para quien la sociedad es fruto de un contrato entre los individuos y el Estado por el cual se establecen claramente los límites de la acción de este sobre los primeros. Dichos límites están constituidos

Para dicha corriente de pensamiento, el interés público que mueve a todo el actuar de la Administración es una cuestión irrelevante en el negocio contractual. En este punto, Barra, en posición que compartimos, sostiene, al contrario, que el interés público se encuentra presente tanto en los antecedentes de hecho y de derecho del contrato como en la etapa final de su ejecución, y que el acuerdo de voluntades entre Administración y particular no solo se manifiesta a través de una relación contractual sino también por otros modos, como puede ser el otorgamiento de un subsidio o de una franquicia tributaria, la relación de empleo público, la aceptación de un acto administrativo o la presentación en una licitación, donde el concursante acepta las condiciones de la misma y las obligaciones que lleva consigo.

En suma, acuerdo de voluntades no es sinónimo de igualdad de las partes. La posición jurídica del Estado no es ni puede ser, por sustancia, igual a la de una persona privada. El interés público —manifestación práctica y concreta del bien común—, es un elemento ínsito e ineludible en la relación del Estado con los particulares.

## 1.2. EL INTERÉS PÚBLICO COMO ELEMENTO INHERENTE DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Hemos visto antes que una de las implicaciones que tiene la teoría privatista de los contratos administrativos y que guarda especial relevancia para la tesis de este trabajo, es la incidencia que el interés público tiene sobre estos contratos. En el apartado anterior, siguiendo a Barra, hemos visto como este interés debe estar presente desde el inicio hasta la finalización del contrato y durante todo su desarrollo, es decir, invade todos los actos administrativos que se incorporan al contrato.

El interés público, que identificamos con el concepto de bien común, no es la suma o composición de intereses particulares. El interés público o bien común posee una naturaleza distinta del conjunto de bienes particulares, aunque no contradictorios, procurando el beneficio de todos y no de

por los llamados “derechos naturales” y que el Estado en ningún caso y bajo ninguna circunstancia puede violar. Esta filosofía social dista de la concepción aristotélico-tomista, inspiradora del mundo occidental y para la cual la sociedad no es fruto de un contrato entre los individuos y el Estado sino algo inherente a la naturaleza humana (ser social) que se junta con otros por necesidad de su desarrollo tanto material como espiritual. Son las limitaciones inherentes a la naturaleza humana lo que lleva a los hombres a asociarse. En esta sociedad, el Estado es manifestación (y necesidad) de la autoridad que no deriva de un contrato sino de su posición (estatus) frente a los individuos que componen la comunidad. Santo Tomás definía la sociedad como la unión de los hombres para algo uno que debe ser hecho conjuntamente.

algunos<sup>29</sup>. El concepto de *bien común* ha sido acuñado por Juan XXIII: "consiste y tiende a concretarse en el conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su propia persona"<sup>30</sup>. Solo este puede ser, por ende, un bien común a todos los integrantes del mercado social. En forma sintética, podemos definir al *bien común* (interés público) como el conjunto de condiciones sociales que permiten el desarrollo integral y expedito de la persona hasta lograr su perfección.

Por supuesto, no es nuestra intención tratar aquí en forma exhaustiva el tema del bien común sino solo en la medida que ello importa al derecho político o teoría del Estado y, naturalmente, al derecho administrativo como disciplina jurídica cuyo objeto es precisamente, el Estado. Desde esta afirmación podemos inferir la consecuencia y relevancia que tiene la Administración pública (el Estado) como parte en una relación contractual, y con ello mostrar el que a nuestro juicio constituye un error iusfilosófico de la teoría iusprivatista de los contratos administrativos, cual es la de considerar tal presencia irrelevante o meramente un elemento subjetivo de esta relación contractual, incapaz de modificar —o más bien justificar— su sustancia o naturaleza.

Ante todo, recordemos que el interés público es la causa fin y objeto de toda actuación administrativa, sea esta unilateral o bilateral, como es el caso que nos convoca. Dicha finalidad es un mandato constitucional que incumbe o da sustento a todo el accionar de la Administración pública, al punto de que si se demostrara que actúa bajo otro fin, no solo causaría la invalidación del acto sino también la sanción del funcionario actuante<sup>31</sup>. El interés público fue concebido como un instrumento idóneo para garantizar la satisfacción de ciertas exigencias sociales, cuando no se consideró conveniente dejar librada la actividad tendiente a tal satisfacción a la iniciativa privada. Así, el interés público trae consigo, necesariamente, la noción de Estado, y con él, las de gobierno, autoridad y poder. El gobierno, como el poder político y la autoridad, son elementos que confluyen en la noción de Estado.

29 Bien común (en latín: *bonum commune*) se refiere en general al bien (estar) de todos los miembros de una comunidad y también al interés público, en contraposición al bien privado e interés particular; también puede definirse como el fin general o como los objetivos y valores en común, para cuya realización las personas se unen en una comunidad. Cfr. RAINER OLAF SCHULTZE, "El bien común", en Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo, *Antologías para el estudio y la enseñanza de la ciencia política*, vol. 1, *Fundamentos, teoría e ideas políticas*, México: UNAM, 2014, p. 157.

30 Carta Encíclica *Pacen in Terris*, JUAN XXIII, 1963, p. 58; Carta Encíclica *Pacen in Terris*, JUAN XXIII, *Mater et Magistra*, p. 65.

31 A través de la figura jurídica de desviación de poder, por ejemplo, y sin entrar a analizar aquí eventuales responsabilidades, no solo administrativas sino también penales.

Santo Tomás de Aquino, en el capítulo 1 de su opúsculo sobre el gobierno de los príncipes, nos permite tener un concepto filosófico de Estado que luego tendrá injerencia en cualquier otro concepto que del Estado se quiera desarrollar. Su argumentación parte de la misma noción de orden que está inscripta en la constitución del grupo social. Su premisa fundamental es esta: "siempre que vemos una muchedumbre de cosas ordenadas a un fin ha de haber en ellas algo que las dirija"<sup>32</sup>. Esto es así porque el orden es la correcta disposición de diversos elementos con respecto a un fin. Es necesario presuponer "algo" que sea aquello que disponga y dirija a dichos elementos. Luego, el mismo principio debe cumplirse en la sociedad humana, donde ya hemos visto cuál es su fin: el bien común.

Luego, de la misma noción de sociedad y bien común se desprende la necesidad de algo que se ocupe específicamente de ese bien común, y allí ve santo Tomás el origen ontológico de la autoridad política. Hemos visto ya que el elemento central del bien común es la justicia, y no en vano santo Tomás dice en II-II, Q. 58, a. 1, ad. 5, que "el gobernante es 'el custodio del derecho'" (*princeps est custos iusti*), citando al estagirita. Recordemos que si bien aquí hemos hablado de la autoridad política y el gobernante, es la noción del Estado lo que está detrás de ellas.

Pero no solo el interés público es inherente al Estado y a su modo de vincularse con los administrados, sino también todo el conjunto de prerrogativas públicas que están implícitas en los contratos administrativos. Son estas prerrogativas, precisamente, las que los denominados contratos de participación público privada parecen restringir o directamente suprimir en el momento de entablar dicha relación contractual<sup>33</sup>.

## 2. LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

### 2.1. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Los contratos de participación público privada han cobrado especial atención a partir de los años noventa como fruto de un repliegue del Estado en la actividad privada. Dicho repliegue, en muchos casos, se realizó por motivos ideológicos o políticos, pero en la mayoría de estos se produjeron por los exorbitados déficits públicos. La carencia de recursos públicos sumados a la

32 TOMÁS DE AQUINO, *Del gobierno de los príncipes*, Buenos Aires: Editorial Losada, 2016, p. 258.

33 Entre ellas cabe mencionar como la más relevante y paradigmática a la autotutela.

cada vez mayor demanda de la sociedad por bienes sociales provocó que el modelo de Estado intervencionista dejara de actuar en muchos sectores de la economía en los que la actividad privada se desarrolla. Siendo más concretos, dicha colaboración vino motivada por déficits de infraestructura pública.

Es en este contexto histórico donde la colaboración público-privada comienza a llamar la atención de muchos gobiernos, aunque en realidad, dicha colaboración, en términos genéricos, es a través de los contratos administrativos como la concesión de obra pública o la concesión de servicios públicos. Como ha indicado Gordillo: "En toda la historia de la humanidad se ha contrapuesto el bien de la comunidad por sobre los derechos de los individuos, con la no sorprendente conclusión de que lo colectivo precede y supera lo individual, aniquilándolo o restringiéndolo tan severamente como sea necesario"<sup>34</sup>.

Para Balbín, el modelo de PPP "es un marco mixto que comprende distintas modalidades financieras y reglas jurídicas, con participación del sector público y privado. Este modelo tiene por objeto el desarrollo de infraestructuras públicas con capitales públicos y privados [...] Este modelo puede institucionalizarse por dos vías distintas, a saber, por medio de la creación de un tipo asociativo específico (generalmente bajo las denominadas sociedades mixtas), o a través de contratos particulares fijándose los derechos, obligaciones, riesgos y aportes en el caso concreto"<sup>35</sup>.

Las precedentes conceptualizaciones nos permiten señalar, al menos a modo de hipótesis, que los contratos de PPP son una suerte de híbrido jurídico, difícil de definir o clasificar en alguna de las categorías contractuales conocidas, que se traduce en la participación del privado en proyectos que se entienden beneficiosos para toda la comunidad o, al menos, con un impacto social que excede al beneficio meramente individual y donde se procura minimizar el supuesto riesgo de contratar con el Estado, principalmente en lo que se refiere al financiamiento, al mantenimiento de la ecuación económica-financiera del contrato y al régimen y las prerrogativas de derecho público, en miras de la concreción del proyecto, mediante figuras de derecho privado, en apariencia "mixtas", pero con ciertas garantías otorgadas al socio del Estado, con la finalidad también de agilizar procedimientos de los regímenes de contrataciones públicas.

A continuación, a fin de contrastar la hipótesis precedentemente planteada, daremos un panorama de la legislación comparada relativa a la PPP con especial atención en aquellos países con herencia del derecho romano

34 AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 2, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014, p. 39.

35 CARLOS FRANCISCO BALBÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. V, 2.ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2014, pp. 43-44.



y continental europeo. Entre ellos, veremos cómo algunos han adoptado una legislación o normatividad específicas para los contratos de asociación público-privada, mientras que otros, en cambio, han incluido dentro de esta genérica y ambigua denominación a los clásicos contratos de concesión.

## 2.2. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

### 2.2.1. Reino Unido. Los orígenes

El término PPP fue acuñado en el Reino Unido, y son los británicos los que han asumido ese término como propio. Esta situación ha llevado a que, desde muchos foros, se considere que las únicas PPP son las que tienen su origen en Reino Unido, como si se tratase de un producto con denominación de origen. La realidad, sin embargo, es muy distinta. Países como España, Chile, México y Colombia promueven exitosamente esquemas de participación público-privada desde hace años<sup>36</sup>.

Estas iniciativas formaban parte de los movimientos estratégicos iniciales para reducir el rol del sector público en la economía. Las propuestas estuvieron motivadas, fundamentalmente, por los deseos de algunas empresas estatales o gobiernos locales de sortear controles de gasto impuestos por el gobierno central. En respuesta, en 1981 fueron establecidas por el gobierno conservador nuevas reglas, las que requerían que para que fueran aplicadas fuentes financieras privadas a proyectos del sector público, aquellas debían resultar más costo-efectivas que las gubernamentales, así como que la inversión pública financiada privadamente debía ser tratada como un gasto público. Estas reglamentaciones terminaron siendo un obstáculo para el financiamiento privado y fueron eliminadas en 1989.

En la actualidad, luego de la implementación del plan de financiamiento privado de infraestructuras públicas (PFI, por sus siglas en inglés), los proyectos desarrollados bajo PPP en el Reino Unido se vinculan en diferentes sectores. Incluso se han desarrollado importantes iniciativas para su aplicación en gobiernos locales. A modo de ejemplo, se han ejecutado bajo este sistema proyectos relacionados con infraestructura edilicia (escuelas, hospitales, cárceles, juzgados, estaciones de policía y bomberos, viviendas, embajadas y centros de descanso), infraestructura de transporte (modernización del subterráneo, expansión de la red vial y puentes), recolección y tratamiento de residuos, equipamiento militar, servicios de apoyo y tecnología de información<sup>37</sup>.

36 JOSÉ MANUEL VASSALLO MACRO y RAFAEL IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, "Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España", *op. cit.*

37 A partir de esta iniciativa del Reino Unido, muchos países europeos y también de Asia Central han adoptado este sistema, entre los cuales se destaca Italia, Alemania, España,

En la práctica se observan que las diferencias de las APP con los contratos de concesión de obra y servicios públicos utilizados en los países del continente europeo y los países latinoamericanos no son claras y ambas formas jurídicas se confunden según las variadas formas que suelen agruparse dentro de las llamadas genéricamente APP. Así, encontramos los llamados BOT (*build, operate and transfer*), DFOBT (*design, finance, build, operate and transfer*), LDO (*leasing, design and operate*) y otras variantes donde, generalmente, el elemento diferenciador radica en quien tiene la propiedad del bien donde se ha de realizar la obra en cuestión o el modo de su financiación. Cabe aclarar que en el ámbito comunitario, lo que en el Reino Unido se ha dado en llamar *public private partnerships* (PPP) ha sido denominado colaboración público privada (CPP), y que en dichos país no existen los llamados en la legislación de la mayoría de los países del continente, seguida en los países latinoamericanos, los “contratos administrativos”<sup>38</sup>.

## 2.2.2. España

En España, la Ley 13 del 23 de mayo de 2003 regula el contrato de concesión de obras públicas. Dicha ley modificó la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2 del 16 de junio de 2000, introduciendo en la regulación de los distintos tipos de contratos administrativos un nuevo título “Del contrato de concesión de obras públicas”, que recoge el régimen jurídico de este contrato.

La concesión de obra pública aparece en el ordenamiento jurídico administrativo español como un contrato típico, que responde, en términos generales, a las características y singularidades del derecho español en materia de contratación administrativa. Según el esquema previsto por la Ley 13/03, en el contrato de concesión de obras públicas es preciso diferenciar entre la prestación a la cual está obligado el concesionario —la construcción y explotación, o solo la explotación— y la contraprestación que percibe el concesionario<sup>39</sup>. En concordancia con dicho esquema, el artículo 225 de

Portugal, Países Bajos, Francia y Finlandia. Irlanda cuenta con un vasto programa de APP. Cfr. Ley de Asociaciones Público-Privadas por país. Disponible en: <https://ppp.world-bank.org/public-private-partnership/es/ley-de-asociaciones-publico-privadas-por-pais>.

38 Al menos en forma dogmática y sistematizada.

39 El artículo 220.1 de la LCAP establece: “se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, y por un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellos que siendo susceptibles de explotación sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a

la LCPA incorporado por la Ley 13/03 prevé que "El concesionario será retribuido directamente por precio que abone el usuario o la administración por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la zona comercial y, en su caso, con las aportaciones de la propia administración de acuerdo con lo previsto en esta ley, debiendo respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario". Asimismo, las asociaciones público-privadas han sido bien conceptualizadas, señalando que ellas se caracterizan por tres notas fundamentales: primero, la activa participación del contratista privado en la definición del proyecto; segundo, la gestión de la obra pública o del equipamiento público, no directamente para los particulares, sino para la propia Administración, que utiliza la infraestructura como base física de la prestación de servicios públicos a los ciudadanos; y tercero, la retribución del contratista no es abonada directamente por los usuarios, sino por la propia Administración<sup>40</sup>. Según el dictamen del Comité Económico y Social antes mencionado, "La nueva configuración de la figura concesional posee cuatro notas fundamentales que caracterizan este tipo de contrato: 'obra pública', 'riesgo concesional', 'equilibrio económico de la concesión' y 'diversificación de la financiación'<sup>41</sup>.

### 2.2.3. Italia

Mediante la Ley Marco 109/94 —denominada Ley Merloni—, modificada por la Ley 216, del 2 de junio de 1995, se incorpora y define la denominada concesión de obras y de gestión. El modelo responde, en términos generales, al tipo contractual de la concesión y se caracteriza porque el concesionario realiza la obra con sus propios medios y recupera el capital invertido mediante la explotación económica de la infraestructura realizada, tal como se establece en el artículo 19, párr. 2.º, de la mencionada Ley Marco.

A partir de las necesidades de recuperación y modernización de infraestructuras públicas se establecieron marcos jurídicos tendientes a su satisfacción según el contexto dado, definiéndose los siguientes sistemas: (1) de contratista general, (2) de concesión, (3) de arrendamiento, y (4) de promotor. Así "Para superar los retrasos de entrega e incrementar la eficacia

percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado el de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título".

40 MARIANO MAGIDE, "Instrumentos contractuales de colaboración público-privada para la provisión de infraestructuras públicas en el derecho español", *Revista de Derecho Administrativo*, vol. 16, 2016, p. 130.

41 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el "Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones" (COM(2004) 327 final).

de la construcción, una nueva ley de 2001 estableció la figura del 'contratista general'. Suministra la obra llave en mano y la mantiene. Debe también asumir la prefinanciación de la obra". Caracterizándose claramente aquí una modalidad de APP.

La concesión de obra y de gestión, y la figura del contratista general son técnicas jurídicas alternativas, y la opción en punto a su utilización debe ponderar las características del proyecto, en particular su rentabilidad económica o social, y los recursos públicos disponibles. En términos generales, la falta de recursos financieros hace que se recurra al sistema de concesión basado en el pago total o parcial por los usuarios, mientras que en el de "contratista general" la Administración debe pagar de forma escalonada. Ha de tenerse presente que el sistema de concesión solo puede ser utilizado en proyectos económicamente rentables.

Ahora bien, las concesiones también se pueden utilizar para asignar la gestión de infraestructuras existentes como hospitales, colegios o centros penitenciarios, apareciendo así las figuras de arrendamiento o concesión de gestión. La idea subyacente en estos casos se centra en que la Administración se circunscriba a sus funciones esenciales y aproveche las innovaciones del sector privado en las restantes actividades.

En cuanto al "contrato de promotor", este supone la posibilidad abierta a cualquier interesado de presentar una oferta de realización de infraestructuras en el marco de la programación trienal de inversiones del ente público correspondiente. La Administración tiene plena libertad para rechazar o aceptar la idea propuesta, y en caso afirmativo, debe convocar un concurso. El promotor dispone de un derecho de tanteo y redacta el contrato.

#### **2.2.4. Argentina**

El gobierno argentino había apostado fuertemente por el modelo de PPP, al punto de aprobar una nueva ley sobre esta materia<sup>42</sup>, no obstante, y contar con una ley de obras públicas y concesión de servicios públicos de larga data y una acendrada experiencia en privatizaciones y concesiones<sup>43</sup>.

El artículo 1.º de la ley define a los contratos de participación público-privada como aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8.º de la Ley 24.156<sup>[44]</sup> y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas). Esto, con el objeto de desarrollar proyectos en los campos

42 Ley 27328.

43 Leyes 13064 y 17520.

44 Ley de Administración Financiera del Sector Público.

de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada o innovación tecnológica.

Los proyectos que bajo esta ley se desarrollen podrán tener por objeto una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación, y financiamiento. El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales existentes en la materia. Los contratos de participación público-privada podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer.

Como podemos observar, la definición contiene conceptos ambiguos de escasa o nula precisión jurídica y, por lo tanto, sujetos a una interpretación discrecional difícil de controlar por vía judicial y más aún por vías administrativas. Así, vemos que no tienen un objeto concreto y preciso, sino que, por el contrario, incluye varias actividades o servicios vinculados a la construcción. En el mismo sentido, determinar que esta peculiar modalidad contractual entre los particulares y el Estado solo será utilizada cuando se demuestre que es idónea para cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer es más una expresión política que jurídica, toda vez que este último concepto no es político y no jurídico. Así, cómo saber o, más bien, cómo controlar que ese interés público no ha sido determinado *ex post*, luego de haber sido cooptado por determinadas sectores o industrias del sector privado. El interés público, en un sistema republicano y democrático, debe ser definido *ex ante*, en el programa de gobierno presentado, aprobado y sujeto al control parlamentario a través de la ley de presupuesto general del gobierno.

A modo ilustrativo, cabe destacar que durante el gobierno del presidente Mauricio Macri se terminó congelando el financiamiento<sup>45</sup>, lo que en la práctica no hizo otra cosa que ahogar el plan. En simultáneo, el caso de los "cuadernos de la corrupción" terminó por darle el golpe de gracia al sistema (varias de las compañías constructoras líderes de la obra pública quedaron involucradas en esa investigación de sobornos, y los bancos internacionales se niegan a apalancar estos proyectos). Como si esto no fuera suficiente, el Fondo Monetario Internacional dejó saber su opinión negativa sobre el sistema del PPP: los funcionarios del organismo les dijeron a sus pares del equipo económico que la experiencia internacional en esta materia no ha sido buena y que, en caso de continuar, el gobierno quedaría expuesto no solo a

45 Cfr. <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-gobierno-congela-las-obras-publicas-con-ppp-por-el-alza-del-riesgo-pais-nid2204194/>.

problemas financieros sino también a situaciones conflictivas que podrían terminar en el tribunal internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

### **2.2.5. México**

En este país, los mecanismos de APP han sido instrumentados predominantemente a través del Programa Piderigas (Proyectos de Infraestructura Productiva de Impacto Diferido en el Registro del Gasto). Dicho programa fue establecido a mediados de los noventa con el objeto de incrementar la inversión en sectores donde tradicionalmente (o legalmente) se veía restringida la participación del sector privado, dado que los artículos 25 y 28 de la Constitución mexicana establecen sectores estratégicos reservado exclusivamente para el sector público.

Los proyectos de Piderigas son contratados por entidades públicas, pero financiados por el sector privado con la condición de que el flujo de fondos esperado debe al menos ser suficiente para dar cobertura al servicio de deuda resultante para llevar adelante el proyecto. Los sectores relacionados con las industrias del petróleo y la energía han sido los que más se han visto beneficiados por este esquema.

El Piderigas presenta dos modalidades bien definidas: (1) proyectos directos y (2) proyectos condicionados. Los proyectos directos implican un compromiso contractual tomado por el sector público para adquirir un activo específico que ha sido construido por un contratista privado. En principio, el financiamiento para dichas actividades debe ser provisto por el sector privado. Luego de finalizado el activo, la entidad pública compra el activo a largo plazo pudiendo tomar también como su responsabilidad el repago de la deuda tomada por el sector privado, transfiriéndola juntamente con la propiedad del activo.

En el caso de los proyectos condicionados, el activo no es transferido al sector público luego de ser terminado. Más bien el gobierno estructura un contrato de provisión de servicios con el sector privado. El gobierno se compromete a comprar dicho activo solo bajo circunstancias de fuerza mayor. Este tipo de contrataciones ha tenido lugar en los sectores de generación y transmisión de energía. En otros sectores, la aplicación de mecanismos de APP ha quedado fuertemente condicionada dadas las experiencias relacionadas con el rescate financiero, llevado a cabo por el sector público, de los concesionarios privados de rutas viales por peaje durante los noventa.

### **2.2.6. Brasil**

En Brasil, la Ley Federal 11.079 instituye las normas generales para la contratación y licitación de asociación público-privada (Parceria Público-Privada)

en el ámbito de la Administración pública (poderes de la unión, estados, distrito federal, municipios, fondos especiales, entes autárquicos, fundaciones públicas, empresas públicas, sociedades de economía mixta y demás entidades controladas directa o indirectamente por la Unión, los estados, el distrito federal o los municipios). Este nuevo marco legal se encuentra ligado a la puesta en marcha de un ambicioso plan de infraestructura en el marco del Plan Plurianual diseñado por el Gobierno federal.

El modelo de Brasil, al igual que el seguido por Argentina y Uruguay, adopta una regulación específica de la PPP con exclusión del sistema tradicional de concesión. Los principios básicos sobre la base de los cuales se estructura el sistema pueden sintetizarse en los siguientes: no constituye asociación público privada una "concesión común" (Ley 8987 del 13 de febrero de 1995) o cuando no involucra una contraprestación pecuniaria por parte del sector estatal al sector privado<sup>46</sup>. Se incluye además la no delegación de las funciones de regulación, poder de policía o de otras actividades exclusivas del Estado respecto de los activos o servicios licitados. Asimismo, se establece un mínimo de 20 millones de reales de inversión y la obligación de prever un período de prestación de servicios no menos a cinco años, que no tenga como objeto único la ejecución de obra pública. Es también posible mencionar la referencia a los principios como el de eficiencia en las misiones del Estado y en el empleo de los recursos de la sociedad, así como el respeto de los derechos e intereses de los destinatarios de los servicios y de los entes privados involucrados en su ejecución. Otros principios rectores incluyen el ejercicio de la responsabilidad fiscal en relación a la ejecución de las contrataciones, la transparencia en los procedimientos y decisiones, la distribución objetiva de riesgos acorde con las capacidades de cada parte y la sustentabilidad financiera sobre la base de las ventajas económicas y sociales del proyecto.

En cuanto a los distintos aspectos que deben incluir las contrataciones, se destacan la expresa inclusión de la operación de los servicios o de los activos a desarrollar y la proporcionalidad de las penalidades con relación a la gravedad de la falta y las obligaciones asumidas. Del mismo modo, la vigencia de los contratos debe ser compatible con el plazo de amortización de los activos o inversiones a realizar (no menor a cinco años y no mayor a treinta y cinco años, incluyendo eventuales prórrogas). También se deben incluir en las contrataciones la transferencia al Estado de la propiedad del activo una vez finalizada la relación contractual, la distribución de riesgos

46 Cabe destacar que la legislación indica como "concesión común" a aquella en la cual la única fuente de ingresos del concesionario resulta la proveniente de la tarifa. A contrario, por expresa disposición de la ley, las concesiones "patrocinadas" han quedado enmarcadas en el sistema de APP.

entre las partes, inclusive los referentes a hecho fortuito, fuerza mayor, hecho del príncipe y alea económica extraordinaria, así como las formas de remuneración de actualización de los valores contractuales. Otros aspectos obligatorios consisten en la determinación de criterios objetivos de evaluación del desempeño de la parte privada, la prestación por la parte privada de garantías de ejecución, suficientes y compatibles con los riesgos asumidos y la distribución de los beneficios entre sector público y privado (ajustado por riesgos). Luego encontramos referencias a los mecanismos de inspección de los bienes que revierten al Estado, pudiendo la parte pública retener los pagos de la parte privada en el valor necesario para reparar las irregularidades eventualmente detectadas. En estos contratos es también necesario indicar los hechos que caracterizan los incumplimientos de la parte pública, los modos y los plazos de regularización, y la forma de ejecución de la garantía. En cuanto a las cláusulas de actualización automática que deben estar indicadas en los contratos de PPP, se tiene que estas deben estar basadas en índices o fórmulas matemáticas, a los fines de preservar el valor real de la contratación, que pueden ser aplicadas sin necesidad de homologación por parte de la Administración pública (pero con obligación de estipularlos en el llamado a licitación pública), excepto que sean publicadas antes de 15 días de presentadas las razones fundamentadas para rechazarlas.

Alternativamente, según la nueva legislación, las contrataciones bajo APP podrán prever, entre otras: (1) la cesión de los derechos del sector privado bajo un esquema de APP; (2) la realización de pagos directos por parte del Estado a los financiadores del proyecto; (3) requisitos y condiciones bajo los cuales la parte privada autorizará la transferencia del control de la sociedad de objeto único a los financiadores en caso de incumplimiento, con el objeto de lograr su reestructuración financiera y asegurar la continuidad en la prestación de los servicios; y (3) derecho de los financiadores de los proyectos para recibir indemnizaciones por extinción anticipada del contrato (efectuados por fondos o empresas estatales garantes de contratos bajo un esquema de APP).

En cuanto a los instrumentos de pago previstos al sector privado bajo APP son los siguientes: (1) orden bancaria, (2) cesión de créditos a favor del Estado (no impositivos), (3) derechos a favor de la Administración pública, (4) derechos sobre bienes del dominio público, y (5) otros medios admitidos por el marco normativo. El contrato podrá prever pagos con recursos públicos asociados a *performance* sobre la base de la determinación previa de metas de calidad, accesibilidad y disponibilidad de los servicios. La contraprestación de la Administración pública deberá ser obligatoriamente precedida de la disponibilidad del activo o servicio objeto del contrato.

Asimismo, se ha previsto la provisión de garantías por parte del Estado. En este sentido, la Ley de APP dispone que las obligaciones de la Administración podrán ser garantizadas por: (1) la creación de fondos especiales (siempre



que sean previamente previstas por el instrumento legal correspondiente), (2) la contratación de seguros de garantía, incluso con compañías aseguradoras que no sean controladas por el poder público, (3) garantías provenientes de organismos internacionales o instituciones financieras que no sean controladas por el poder público, (4) garantías otorgadas por la empresa estatal creada a los fines de esta ley, y (5) otros mecanismos admitidos por ley.

La ley también prevé para la ejecución de un proyecto bajo la modalidad APP deberán constituirse sociedades de objeto único. Se prohíbe a la Administración pública ser titular de la mayoría del capital votante de este tipo de sociedades, lo cual no resulta aplicable a instituciones financieras controladas por el poder público en caso de incumplimientos de compromisos de financiamiento.

Debe tenerse presente además que la celebración de contratos de APP debe ser precedida por un proceso de licitación pública competitivo con autorización expresa de la autoridad competente, fundamentado en estudios técnicos que demuestren: (1) la conveniencia y oportunidad de la contratación, y (2) que no se afectarán las metas de resultados fiscales.

La legislación bajo análisis encomienda al Gobierno federal la creación de un órgano gubernamental, el Comité Federal Gestor de Asociación Público-Privada (CFGAPP), integrado por representantes del Ministerio de Planificación (con carácter de coordinador), del Ministerio de Hacienda y de la Casa Civil de la Presidencia a cargo de la definición de los servicios prioritarios para la ejecución del régimen de APP y el establecimiento de los procedimientos para efectuar la contratación bajo dicho esquema.

Por último, la Ley de Parcería Público-Privada autoriza a los organismos federales, entes autárquicos y fundaciones públicas a participar en la conformación de un fondo de hasta 6 billones de reales —Fondo de Garantías de Asociación Público-Privada (FGP)— que tendrá por finalidad ofrecer garantías respecto de las obligaciones asumidas por los organismos públicos federales que realicen contratos bajo este marco legal. El FGP tendrá naturaleza privada y patrimonio propio, separado del patrimonio de los cuotapartistas o aportantes (fiduciario). La integración de los aportes al FGP podrá hacerse en efectivo, títulos de la deuda pública, bienes muebles o inmuebles, u otros derechos con valor patrimonial. Cabe destacar que además de la ley federal analizada existen también regímenes estatales, institucionalizando a nivel local sistemas de APP, promulgados de manera previa

### 2.2.7. Uruguay

La Ley 18.786 del 19 de julio de 2011 regula en Uruguay el contrato de participación público-privada. El artículo 2.º de dicha ley establece que: "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". A su vez, el artículo 5.º dice: "En contraprestación por las actividades asumidas, dependiendo del tipo y características de cada proyecto, el contratista podrá percibir diferentes modalidades de ingresos, en forma exclusiva o combinada, abonados por los usuarios o por la Administración pública contratante, entre otras" (inc.1).

Asimismo, dependiendo de las características y estructuras de cada proyecto, podrá determinarse en beneficio de la Administración pública la percepción de ingresos por parte de esta consistentes en pagos provenientes del contratista, usuarios u otros que en su caso se estipulen". Seguidamente, el artículo 6.º de la norma en comento señala que: "el contrato podrá prever la realización de contribuciones por parte de la Administración pública, tales como aportes pecuniarios, otorgamiento de subvenciones, créditos, garantías para la financiación del proyecto, garantías de obtención de ingresos mínimos y exoneraciones fiscales, entre otras".

Como podemos observar, el objeto es muy amplio, las financiaciones diversas y no exclusivas y las contribuciones de la Administración indeterminadas. Desde el punto de vista del objeto, la ley utiliza el término "infraestructura" que, según Delpiazzo<sup>47</sup>, es limitado y se diferencia del de obra pública. Respecto de su diferencia, se ha destacado que: "el término infraestructura define generalmente todos los activos físicos, equipamientos e instalaciones que permiten prestar los servicios esenciales para la vida de las comunidades en un momento determinado". En lo que aquí interesa, destacamos la distinción que, según el autor citado, siguiendo la ley uruguaya, hace entre "infraestructura" y el tradicional y más conocido y asentado en la doctrina iuspublicista de "obra pública", al cual, según Delpiazzo, viene a sustituir.

En este sentido, el autor uruguayo distingue un doble aspecto de la obra pública: un aspecto pasivo y otro activo. Desde una noción pasiva, la obra pública se refiere a la obra producida, desde el punto de vista activo, la labor que requiere la ejecución de la obra pública. De acuerdo con la legislación positiva uruguaya, el concepto de obra pública abarcaría ambos aspectos, es decir, sería un concepto amplio y no restringido<sup>48</sup>, que reúne las siguientes características: (1) "adecuada distribución de riesgos" entre las partes, que se

47 CARLOS DELPIAZZO, "Caracterización conceptual y positiva", CARLOS DELPIAZZO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Participación Público Privada*, Montevideo: Universidad de Montevideo, 2012, pp. 12-27.

48 Decreto n.º 192/985 del 20 de mayo de 1985: "Considerase obra pública todo trabajo de construcción, modificación, reparación, conservación, mantenimiento o demolición de un bien inmueble, sea que integre el dominio público o privado del Estado, realizado por una entidad estatal o por su cuenta, en cumplimiento de sus fines propios o por un particular atendiendo a los mismos fines, independientemente del carácter privado público de los recursos con que se financie".

revela como una de las características principales; (2) facultad administrativa de modificar unilateralmente el contrato no como una potestad de principio, sino como una facultad expresamente pactada en el contrato, estipulándose los aspectos concretos del contrato susceptibles de tal modificación y las contraprestaciones que en su caso correspondan, así como el monto máximo de la inversión adicional que las inversiones podrán requerir y el plazo en el cual dicha potestad puede ser ejercida; (3) la posibilidad de renegociar el contrato en caso de ruptura de la ecuación económica financiera contemplada en el momento de su celebración; (4) que se generaliza el arbitraje como medio de resolución de conflictos; y (5) que se incorporan nuevas garantías en favor de los acreedores del contratista.

A nuestro juicio, si bien el modelo uruguayo, similar al argentino, puede mostrar claras ventajas económicas, no parecen serlas tanto en el ámbito jurídico por la falta de precisión o concisión, a efectos de distinguir claramente dos situaciones que, tal como hemos anticipado y constituye el eje del presente trabajo, son distintas y no se pueden equiparar: las normas de derecho público y las normas de derecho privado o, en otro términos, la esfera pública y la esfera privada, perplejidad esta que resulta siempre a favor de la parte privada y, en consecuencia, en detrimento de las potestades públicas, las cuales son indelegables.

### 2.2.8. Chile

A diferencia de cuanto ocurre en los ordenamientos español, italiano y colombiano (por solo citar algunos de los referidos en el presente trabajo), el derecho chileno no define la concesión de obra pública ni las asociaciones público-privadas. Esta es la primera dificultad para determinar qué son las concesiones de obra pública en Chile y por qué razón se las llama, de un modo algo indiscriminado, "asociaciones público-privadas" (APP).

Chile cuenta con una legislación relativamente moderna en materia de concesiones de obra pública que, sin embargo, se limita a identificar sin demasiada precisión los elementos que configuran el contrato. Ha recaído en la doctrina la tarea de elaborar un concepto sobre esta clase de operaciones jurídico-económicas. Resulta curioso que, a pesar de no contar con una ley sobre APP, la doctrina pueda constatar que la legislación chilena sobre concesiones de obra pública se considera un ejemplo de regulación exitosa de las APP.

La concesión de obra pública se encuentra regulada en Chile en dos cuerpos legales. El primero de ellos es la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas (LO MOP, Decreto con fuerza de ley 850 de 1997, del Ministerio de Obras Públicas), la cual, en su artículo 87, autoriza que la ejecución, reparación o mantención de las obras públicas fiscales de competencia de dicho ministerio sea realizada a cambio de la concesión temporal de su explotación.

Esta disposición es desarrollada por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, contenida en el Decreto Supremo 900 de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, por medio del cual se fijó el texto refundido del Decreto con fuerza de ley 164 de 1991, del Ministerio de Obras Públicas. El artículo 1.º de esta ley establece: "La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 de la LO MOP, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto".

Como se aprecia, el legislador chileno se ha limitado a establecer normas que habilitan a la Administración del Estado para celebrar un cierto tipo de contrato, pero no ha definido al contrato de concesión. Dicho contrato puede tener una pluralidad de objetos y modalidades de cumplimiento que deben realizarse "a cambio de la concesión de [la] explotación" de las obras que se hayan ejecutado (artículo 87 LO MOP). En otras palabras, el legislador chileno, a diferencia de cuanto ocurre en el derecho extranjero de referencia, ha renunciado a elaborar una noción preceptiva de la concesión de obra pública que se haga cargo de enunciar la finalidad principal del contrato y de las modalidades de remuneración del contratista. Para ello, debemos recurrir a la doctrina.

Al respecto, Vargas, uno de los primeros en abordar el tema en el orden nacional, ha sostenido que la concesión de obra pública "es un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular concesionario, en virtud del cual este último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación o conservación de una obra pública fiscal a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el decreto supremo de adjudicación"<sup>49</sup>.

La Ley de Concesiones de Obras Públicas chilena regula lo atinente a la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales, y las licitaciones y concesiones que deben otorgarse, ya se trate de la explotación de

49 JOSÉ F. VARGAS FRITZ, *La concesión de obras públicas*, Santiago: La Ley, 1997, p. 118. Rufián, por su parte, sostiene que dicha relación contractual se enmarca necesariamente dentro del ámbito administrativo por varias razones, entre ellas, porque recae en un objeto público; en ella participa la Administración pública con una serie de prerrogativas y tiene una finalidad pública: la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales. DOLORES RUFÍAN LIZANA, *Manual de concesiones de obras públicas*, Santiago: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 24.

las obras y servicios, o respecto del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan.

El sistema de concesiones de obras públicas se ha estructurado en forma dependiente del Ministerio de Obras Públicas, bajo el cual los concesionarios privados pueden financiar, construir, operar y transferir la obra al Estado al término del contrato. Este esquema de la APP en Chile ha sido sustentado por un marco institucional que incluye procedimientos desarrollados para identificar, evaluar y licitar proyectos, esfuerzos por asegurar una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el privado, y reformas legales para asegurar la disponibilidad de financiamiento privado para los proyectos. Sin embargo, el proceso no ha dejado de presentar problemas, ya que se ha registrado un importante número de renegociaciones contractuales.

Algunos de los elementos que distinguen a la citada Ley de Concesiones, y que fundamentalmente han facilitado la disponibilidad de financiamiento privado para proyectos de infraestructura, son el diseño de esquemas de provisión de garantías, una clara descripción de los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, la protección de los derechos de crédito (asegurado a través de privilegios que incluyen la posibilidad de trabar embargos en caso de incumplimiento sobre los ingresos del proyecto en caso de re-licitación del mismo) y mecanismos novedosos de resolución de conflictos (incluyendo la posibilidad de subasta de la concesión ante una situación de quiebra).

La legislación obliga a los concesionarios a constituir sociedades de objeto único, y se estipula que ninguna concesión puede tener una duración mayor a cincuenta años. Los tipos de garantías que se han ido adoptando han permitido incluso la participación de inversores institucionales en el financiamiento de este tipo de proyectos a través del diseño de instrumentos financieros como el denominado "bono de infraestructura".

El marco legal le da amplio margen a la Administración para adaptar las contrataciones a las necesidades de cada proyecto. Los riesgos de demanda y de tipo de cambio son compartidos entre sector público y sector privado. En el caso del tipo de cambio, el gobierno garantiza una tasa real de cambio. En el caso del riesgo de demanda, el gobierno, por ejemplo, en el sector vial ha provisto garantías mínimas de tránsito, compensando al concesionario cuando el tráfico cae por debajo de un piso previamente establecido y compartiendo beneficios con el gobierno cuando se excede un techo. Mientras tanto, los riesgos de construcción y *performance* son claramente asumidos por el sector privado.

Además, el gobierno ha introducido un mecanismo que provee garantía respecto de la volatilidad de la demanda futura modificando la naturaleza de la concesión y adoptando plazos de vigencia variables en lugar de fijos; en este sentido, el plazo de duración de una concesión es función del nivel de demanda futura y, por lo tanto, las concesiones son adjudicadas sobre la

base del menor valor presente de los ingresos futuros. En suma, como característica del sistema chileno podemos enumerar las siguientes:

De lo expuesto, podemos afirmar que, en Chile, la llamada PPP, CPP o APP no alcanza a distinguirse del contrato de concesión, es decir, con uno de los típicos contratos administrativos, no contando con una ley específica y distinta como es el caso de Brasil, México, Argentina o Uruguay. En el derecho chileno, la obra se realiza sobre un activo de propiedad estatal, otorgando derechos al operador y gestor del servicio en cuestión, durante un largo plazo (de 25 a 30 años), bajo su responsabilidad y riesgo, y con compromiso de inversión.

## CONCLUSIONES

De lo expuesto, es posible concluir que la PPP o CPP requiere no solo de una más precisa delimitación conceptual sino también de un uso más cuidadoso. Asimismo, y en la opinión del Fondo Monetario Internacional aludida, la experiencia de la PPP en la región latinoamericana no parece ser positiva, observando que en algunos casos esta figura ha sido utilizada por gobiernos con elevados déficits públicos para eludir el control de las cuentas públicas, no quedando demostrado además que ninguna de sus ventajas no pueda darse dentro de los tradicionales contratos de concesión de obra pública. En este sentido, la clave estaría en el diseño de los mismos y en la institucionalidad encargada de su regulación y control.

Ahora bien, en aras de aportar a su delimitación conceptual, podemos definir la PPP como un contrato entre la Administración y una persona no pública (sector privado) que tiene como objeto la construcción, el diseño, la financiación y la explotación de un obra nueva, sobre un bien de propiedad privada, destinada a un fin público, al fin del cual su propiedad revierte al Estado y que, por los compromisos que exige de este último, la complejidad de su financiación y la dificultad de su control debe ser utilizada solo en caso de que no sea posible utilizar los contratos administrativos típicos como son el contrato de obra pública, el contrato de concesión de obra pública y el contrato de concesión de servicios públicos. En otras palabras, se trata de una figura que debe poseer un carácter residual o excepcional. Aun cuando en la práctica la PPP, APP o CPP es utilizada en reemplazo o en nombre de alguna de las formas típicas de contratación administrativa, a partir de la conceptualización precedentemente propuesta podemos hallar especificidades que permitirían su distinción. Así, por ejemplo, en el derecho chileno, respecto del contrato de obra pública, la PPP ha de usarse propia y exclusivamente en los casos de una obra nueva (de nueva construcción) que puede ser de iniciativa pública o iniciativa privada (en este último caso, sujeta a los procedimientos previamente establecidos por la Administración para su evaluación

y eventual aprobación). Además, podemos añadir que en el contrato de obra pública, la obra se realiza sobre un bien de propiedad del Estado, mientras que en la PPP, CPP o APP, el contratista tiene la plena propiedad de bien en el que se desarrolla la obra. De este modo, encontramos ya una diferencia con la PPP en que, en este caso, el bien no pertenece al fisco y, por tanto, el contratista tiene la plena propiedad del bien sobre el cual puede constituir todo tipo de derechos y contraer obligaciones sin limitación ni intervención alguna por parte de la Administración pública. Con relación a la concesión de obras públicas, en estricto sentido, nos encontramos con una obra ya construida en la cual se concede la explotación y mantención de la misma durante un cierto tiempo (prolongado), sujeto a las normas y directivas que dicte la Administración pública. No obstante, no es poco frecuente, ni hay impedimentos, para que los contratos de concesión incluyan también la construcción (de una obra). Con relación al contrato de concesión de servicios públicos, es evidente que la PPP o CPP, tal como se puede observar de sus definiciones legales, no fue diseñada para prestar un servicio sino para la construcción de infraestructuras, la cual solo en forma aneja o accesorio puede incluir servicios posteriores de prestación por parte del contratista, ya sea como una vía de financiación, de rentabilidad o de ambas.

Más allá de sus caracterizaciones e intentos de clasificación y distinción de los típicos contratos administrativos, con las categorías propias del derecho de raíz continental-europea, la esencia de la PPP radica en la colaboración entre sector público y sector privado para lograr objetivos comunes, aunque con motivaciones diferentes. El lucro en el primer caso y el bien común en el segundo, y entrambos, una distribución de riesgos que se procurar equilibrada pero que conlleva, en la práctica, el riesgo de una suerte de abandono por parte de la Administración pública del ejercicio de potestades públicas y de una elusión de las normas de control de las finanzas públicas.

En el lado opuesto de esta colaboración encontramos la estatización y la privatización y en la resultante de ambos el "principio de subsidiariedad", el cual indica que todo aquello que el particular puede realizar por sus propios medios no debería realizarlo el Estado, quien solo debe actuar en "subsidio" de los particulares y no en su reemplazo, y siempre con un solo y único objetivo: el bien común. A tal principio, cabe añadir que, cuando de actividad económica se trata, entra en juego otro principio fundamental, cual es la libre competencia y las reglas y leyes propias de la economía de mercado, que no se oponen al bien común sino todo lo contrario, pues solo en una sociedad donde se respeta y se fomentan las libertades individuales, la comunidad alcanza ese bienestar que es compartido por todos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAGONE RIVOIR, IGNACIO. *Contratos de PPP para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica. Modelos, pautas de aplicación y desafíos*. Documento técnico, 2007. Disponible en: [http://www.iguworld.com/wp-content/uploads/2020/07/p01contratos\\_ppp\\_latam.pdf](http://www.iguworld.com/wp-content/uploads/2020/07/p01contratos_ppp_latam.pdf).
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Lecciones de derecho administrativo (y políticas públicas)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Madrid: Comares, 2004.
- AZNAR LÓPEZ, MANUEL. "La colaboración público-privada y su fiscalización". *Revista Española de Control Externo*, vol. XX, n.º 60, 2018.
- BALBÍN, CARLOS FRANCISCO. *Tratado de derecho administrativo*, t. V, 2.ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2014.
- BARRA, RODOLFO. *Los actos administrativos contractuales. Teoría de los actos coligados*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo de Palma, 1989.
- BERMÚDEZ SOTO, JORGE. *Derecho administrativo general*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot—Universidad Católica de Valparaíso, 2006.
- DE AQUINO, TOMÁS. *Del gobierno de los príncipes*. Buenos Aires: Editorial Losada, 2016.
- DELPIAZZO, CARLOS. "Caracterización conceptual y positiva". En Carlos Delpiazzo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Participación Público Privada*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2012.
- FROMONT, MICHEL. *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1989.
- GIACOMETTI, ZACCHARIA. *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. 1, Zürich: Polygraphischer Verla, 1960.
- GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- HAINOT, J. P., Y R. JOLIET. *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, t. ii. Bruselas: Emile Bruylant, 1963.



JUAN XXIII. Carta Encíclica *Pacem In Terris*, n.º 58, 1963.

JUAN XXIII. Carta Encíclica *Mater et Magistra*, n.º 65, 1961.

MAGIDE, MARIANO. Instrumentos contractuales de colaboración público-privada para la provisión de infraestructuras públicas en el derecho español. *Revista de Derecho Administrativo*, vol. 16, 2016.

MARIENHOFF, MIGUEL. *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, 4.ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

RUFÍAN LIZANA, DOLORES. *Manual de concesiones de obras públicas*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 1999.

SCHULTZE, RAINER OLAF. "El bien común". En Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo, *Antologías para el estudio y la enseñanza de la ciencia política*, vol. I, *Fundamentos, teoría e ideas políticas*. México: UNAM, 2014.

VARGAS FRITZ, JOSÉ F. *La concesión de obras públicas*. Santiago: La Ley, 1997.

VASALLO, JOSÉ. *Asociación público-privada en América Latina. Afrontando el reto de conectar y mejorar las ciudades*. Corporación Andina de Fomento, 2018.

VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho administrativo*, 12.ª ed. Bogotá: Legis, 2004.