



Tareas

ISSN: 0494-7061

cela@salacela.net

Centro de Estudios Latinoamericanos "Justo Arosemena"
Panamá

Jované, Juan

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO- PRIVADAS LA NUEVA CARA DE LA PRIVATIZACIÓN

Tareas, núm. 167, 2021, Enero-, pp. 59-79

Centro de Estudios Latinoamericanos "Justo Arosemena"
Panamá, Panamá

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=535072007006>

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

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

ECONOMIA

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO- PRIVADAS LA NUEVA CARA DE LA PRIVATIZACIÓN

Juan Jované

Resumen: La finalidad del presente artículo es realizar una revisión crítica de las llamadas Alianzas Público – Privadas (APP). Para este fin, el problema se aborda desde un punto de vista conceptual haciendo referencia al contenido de la Ley que las creó en Panamá. Esto permite hacer énfasis en el carácter privatizador de las APP, a la vez que las mismas constituyen una forma enmascarada de incremento de la deuda pública, así como un espacio proclive a la corrupción.

Palabras claves: Asociaciones Público Privadas, privatización, deuda pública, corrupción

Introducción

La finalidad del presente ensayo es realizar una revisión crítica de las llamadas Alianzas Público – Privadas (APPP), las cuales han venido siendo alentadas y publicitadas tanto por los sectores económicamente dominantes, así como por altos personeros del actual gobierno.

En términos generales el tema se aborda con una presentación conceptual de los problemas, los cuales se concretan en referencia al contenido del anteproyecto de Ley: “Que crea el Régimen de Asociación Público-Privada para el Desarrollo como incentivo a la inversión privada, desarrollo social y la creación de empleos”.

En un primer acápite se explica detenidamente porque, pese a los falsos argumentos de sus promotores, las APP constituyen una clara forma de privatización, que se intenta enmascarar bajo una nueva denominación.

En un segundo momento, en que se busca hacer un balance de los resultados de las APP, se analiza como éstas, por lo general, dan lugar a una situación en la que los costos se concentran en la sociedad, mientras que los beneficios lo hacen en el sector privado. Continuando con el análisis crítico, en un tercer acápite se explica cómo las APP generan compromisos financieros al Estado, los cuales son equivalentes a la generación de deuda pública. El cuarto acápite, por su parte, explica como las APP constituyen un espacio que es proclive a la privatización. El quinto acápite, dada la insistencia de los promotores en la escasez de recursos en el sector público, se explica que la misma está relacionada con la presencia de un sistema tributario regresivo y la evasión fiscal.

Finalmente se concluye en que las APP, lejos de ser la panacea que algunos manifiestan, constituye una forma de relación económica diseñada para fortalecer las ganancias, así como el control sobre la economía de los sectores dominantes.

Privatización

Ya en el primer Consejo de Gabinete del actual gobierno el ministro de Obras Públicas destacó que en la estrategia del nuevo Gobierno Nacional las Asociaciones Público - Privadas (APP) jugarán un papel central. Según el funcionario se trata de un esquema en el que “la empresa privada puede financiar y brindar mantenimiento a un determinado proyecto, mientras que el Estado pagaría un canon durante varios años por la disponibilidad de servicio u obra”, negando que se trata de un mecanismo de privatización. (*La Prensa*, 8 de julio de 2019). Al poco tiempo el Vicepresidente de la República también aseguraba que el movimiento hacia la constitución de las APP “no busca privatizar absolutamente nada” (*El Panamá América*, 31 de julio de 2019). Esta misma idea fue repetida posteriormente por el presidente de la Cámara Panameña de la Construcción (*El Panamá América*, 6 de agosto de 2019). En esta misma línea de argumentación la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de las APP presentado por el Ejecutivo a la Asamblea Nacional afirma que: “cabe destacar que el desarrollo de infraestructura y servicios públicos a través de las modalidades de APP dista mucho del concepto de privatización, ya que el Estado no deja de ser el propietario de la infraestructura desarrollada por el contratista APP.” (Gobierno de Panamá, 2019).

Para aclarar si estas afirmaciones son o no acertadas, resulta útil partir estableciendo el propio concepto de APP. De acuerdo con el World Bank Group (2017) “en líneas generales, una asociación público – privada se refiere a un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública.” Esta definición coincide con la del Fondo Monetario Internacional (2002), para quien “la asociación público – privada involucra la oferta de infraestructura y servicios que tradicionalmente han sido proveídos por el gobierno” (p. 3, traducción libre nuestra J. J.). Lo que se destaca en ambas definiciones es que la utilización de la APP implica el traslado de funciones públicas al sector privado.

Es necesario puntualizar que La Ley Nº 93 (Del jueves 19 de septiembre de 2019), la “Que crea el Régimen de Asociación Público – Privada para el Desarrollo como incentivo a la inversión privada, al desarrollo social y la creación de empleo” (Ley de las APP) contiene una definición de las mismas que coincide con estos criterios. Es así que, de acuerdo al artículo 3 de la misma “Las APP reguladas por esta Ley son aquellas que se materializan en un contrato de largo plazo suscrito entre una o más entidades incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley según su artículo 2, y una persona jurídica del sector privado, para el diseño, construcción, reparación, expansión, financiamiento, *explotación, operación*, mantenimiento, *administración y/o suministro de un bien o servicio* a la Entidad Pública Contratante y/o a los Usuarios finales de *algún servicio público*” (subrayado nuestro J. J.) . Llama la atención que se incluye hasta la posibilidad de administrar obras o empresas públicas ya existentes.

En forma consecuente con lo anterior el artículo 4 de dicha Ley define el proyecto APP en los siguientes términos: “Bajo la modalidad de APP, se refiere a la formulación, financiamiento, construcción, desarrollo, *uso, goce, explotación* mantenimiento, *operación*, modernización ampliación y/o mejoramiento de

infraestructura pública, equipamiento asociado y demás *estructuras dedicadas a la prestación de servicios públicos*; la rehabilitación, modernización, operación, explotación y/o mantenimiento de infraestructura pública, equipamiento asociado y demás estructuras dedicadas a la *prestación de servicios públicos*; y/o la *prestación de servicios públicos* asociados en cada caso.” (subrayado nuestro J. J.)

¿Se trata de una situación de privatización? Con base en un análisis que ya habíamos adelantado en un trabajo anterior dedicado a la seguridad social (Jované, 2003), la respuesta es afirmativa, teniendo en cuenta la forma en que los economistas definen y entienden el proceso de privatización.

En efecto, de acuerdo con el Diccionario de Economía Moderna del MIT (1992), editado por David W. Pearce, privatización significa “la política de convertir en privada la propiedad pública de un activo o de permitir la realización de cierta actividad, previamente llevada a cabo por un departamento de una organización pública por parte de algún negocio privado” (p. 345, traducción libre nuestra J. J.). Se trata de una definición que coincide con la de Ramón Tamames y Santiago Gallego (1996), quienes en su Diccionario de Economía y Finanzas proponen el siguiente concepto de privatización: “Transferencia de activos o servicios públicos desde el control del Estado y de otras autoridades al sector privado” (p. 430).

La misma idea ofrece Madsen Pirie (1993) en *The Fortune Encyclopedia of Economics*, al sostener que la privatización ha tomado diversas formas, “que van desde la venta pública de acciones previamente de propiedad estatal a los negocios privados hasta la utilización de empresas privadas para realizar trabajos del gobierno bajo contrato” (p. 285, traducción libre nuestra J. J.). Joseph Stiglitz (1997) todavía es más explícito, sosteniendo que privatización es el “proceso por medio del cual funciones que previamente eran realizadas por el gobierno son delegadas en lugar de ello al sector privado” (p. A18, traducción libre nuestra J. J.).

De todo lo anterior queda claro que cuando se transfieren funciones realizadas por el Estado a la empresa privada, aun cuando no existe venta de activos, tal como es el caso de las APP, estamos frente a una situación de privatización.

Más aún la idea contenida en la Exposición de Motivos de acuerdo a la que “el Estado nunca deja de ser el propietario de la infraestructura” tampoco tiene un asidero en la realidad. Para esto resulta útil recordar el significado de la palabra propiedad como estructura económica – legal. De acuerdo al *The MIT Dictionary of Modern Economy* “la propiedad de un activo consiste en los siguientes derechos: utilizar ese activo, cambiar su forma y sustancia y transferir todos los derechos por su venta” (Pearce, David (editor), 1992). Esta definición coincide en lo fundamental con la que aparece en el Diccionario de Administración y Finanzas publicado por J. M. Rosemberg (s/f), de acuerdo al cual la propiedad no es otra cosa que la “posesión de un bien a título legal que autoriza al goce de todos los derechos y beneficios derivados de la misma”. En pocas palabras es dueño de un bien el que tiene derecho a disfrutar y disponer de un activo, tal como lo establece el artículo 337 de nuestro Código Civil: “La propiedad es el derecho de Gozar y Disponer una cosa sin más limitaciones que las que establece la Ley.”

La Ley de las APP, como se desprende de su Artículo 65, estipula que los contratos APP podrán tener un plazo de 30 años prorrogables por otros años, siendo factible demostrar que durante esta duración los inversionistas tienen claros derechos de propiedad. Si nos enfocamos en el derecho al usufructo encontramos que el Estado está obligado a asegurar una remuneración al inversionista. “El contrato APP – de acuerdo al artículo 19 de la Ley de las APP – deberá contener una cláusula que obligue a la Entidad Contratante, y por ende al

Estado a incluir en los presupuestos de las próximas vigencias fiscales los recursos financieros programados a pagar durante las mismas” A esto se agrega que “el Ministerio de Economía y Finanzas, a través del Presupuesto General del Estado de las vigencias fiscales correspondientes, honrará las obligaciones contratadas y le dará prioridad a los proyectos en ejecución”. Que se trata de una remuneración que incluye beneficios queda claro en el artículo 70, en el cual se establece que aún en caso de rescate administrativo, en el pago al inversionista privado se deberá incluir “un porcentaje del valor presente de los beneficios netos esperados...”.

En relación al derecho de disposición, es claro que los inversionistas privados pueden ejercerlo en relación a sus contratos APP. Es así que el Artículo 83 de la Ley de las APP permite que la Sociedad Titular del Contrato pueda transferir el contrato o sus derechos a otros entes jurídicos. Más aún, el Artículo 81 permite que la explotación de los bienes objeto del contrato se delegue a terceros, vía la subcontratación. Por tanto, uno de los servicios que se puede subcontratar es el de administración con una empresa vinculada a la misma financieramente, lo cual permitiría disfrazar ganancias bajo la forma de costos administrativos.

Es evidente, entonces, que las posiciones del Vicepresidente y del Ministro de Obras Públicas, así como la de algunos altos representante del sector privado, no solo son erróneas, sino que introducen una importante distorsión en el necesario debate científico de un importante tema.

Este hecho no se elimina señalando que la inversión, una vez cumplido el contrato revierte al Estado. Esto, en el caso de aquellos contratos en que el gobierno paga por el servicio esto es claro, ya que esta se traspasará al Estado cuando el contratista haya recuperado completa su inversión, sus costos financieros y operativos, así como una jugosa ganancia, la cual puede incluso tener la característica de renta monopólica u oligopólica. Volveremos a este tema en los próximos acápite. En realidad, la tendencia hacia la privatización es tan amplia que el artículo 2 de la Ley de las APP llega a establecer la posibilidad de APP en el caso de aquellas “sociedades mercantiles en que el Estado sea propietario de por lo menos el 51 por ciento del capital social”. Más aún, pese a que, de acuerdo con este artículo, la Ley excluye de la modalidad de las APP los servicios de salud y educación oficial, no elimina la posibilidad de que las APP sean utilizadas para la construcción de infraestructuras ligadas al Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación, las cuales, obviamente, se realizarán con fines de lucro.

Por otra parte, estas formas de privatización podrán, como se adelantó, estar vigentes hasta por 30 años, los cuales pueden ser prorrogados hasta por 10 años adicionales, tal como se desprende del contenido del artículo 65 de la Ley bajo análisis.

Costo público y beneficio privado

Pese a que las Alianzas Público-Privadas (APP) se presentan como una especie de relación simétrica, que beneficia tanto el interés público como el privado, lo cierto es que esta visión no es compartida por todos. Es así que Joseph E. Stiglitz (2017), premio Nobel de Economía 2001, afirma que: “si bien en los últimos años se ha dado una gran cantidad de exageraciones sobre las asociaciones público-privadas, en la práctica ha habido decepciones. Las APP a menudo implican que el gobierno tome el riesgo, mientras que el sector privado toma las ganancias” (p.3, traducción libre nuestra J. J.) Las razones de esta afirmación son varias.

En primer lugar, resulta que en no pocas ocasiones la tasa de interés a la que puede endeudarse el gobierno, sobre todo si tiene un claro historial de cumplimiento, es inferior a la que enfrentan los privados. Esto significa que el costo financiero de los privados que participan en una APP será superior al que se daría si el Estado ofertara directamente el bien o el servicio público. En este caso el gobierno y por su conducto los ciudadanos deben hacerse cargo de este costo adicional para asegurar el beneficio privado. Así mismo es cierto que el sector privado, a diferencia del público, incluirá dentro del precio del servicio público una ganancia, elevando el costo para el gobierno o el usuario.

Se podría alegar que el Proyecto de Ley que analizamos evita esta posibilidad al introducir la idea de “Valor por Dinero”, con el fin de asegurar que “la implementación del Proyecto APP a través de esta modalidad genere mayor beneficio al Estado que si se hiciera mediante otros mecanismos distintos a la modalidad APP” (artículo 9). No solo llama la atención que no exista referencia directa al bienestar de la población, sino que el artículo 27, donde se intenta establecer la concreción del principio señalado, no logra concretarlo en forma adecuada. Para confirmar esta apreciación vale la pena partir citando lo que dicho artículo determina al respecto:

“Análisis de Costo/Beneficio. Debe incluir un análisis preliminar que compare los beneficios y costos económicos en relación con la ejecución del proyecto por parte de un particular a través de un Contrato APP, con la ejecución del proyecto por parte del Estado. El Ente Rector determinará las herramientas necesarias para asegurar la objetividad de este análisis.”

Esta redacción genera varias preocupaciones. En primer lugar, se podrá, por ejemplo, alegar que el Estado, ya sea por no contar con una fuente de financiamiento o simplemente porque tiene que cumplir con la Ley de Responsabilidad Fiscal Social, no puede invertir en el proyecto, por lo que el beneficio esperado de un proyecto público sería cero, mientras que el del sector privado sería positivo. Este último, entonces, sería preferido pese a que pudiera tener un elevado costo. En segundo lugar, como se desprende de la parte final de la cita de la parte pertinente del artículo 27, este muestra la presencia de una enorme discrecionalidad en torno a cómo se determinará la metodología para realizar el análisis costo beneficio.

Otro importante problema tiene que ver con el costo de los riesgos implícitos en las APP, los cuales están vinculados a la construcción, el financiamiento, la operación, la demanda y el valor residual. El problema está en que generalmente, dada la aversión al riesgo de los agentes privados, el Estado termina, de una u otra forma, asumiendo el costo de estos riesgos. Esto no solo significa salvaguardar los beneficios privados, sino que se trata de un esquema en que se incentiva una forma de actuar poco cuidadosa con los eventuales riesgos por parte de los participantes privados en la APP. En todo caso como afirma Stiglitz (2019), al referirse a las APP (2019), se trata de un arreglo en el que “a menudo, esta asociación consiste en que el gobierno asuma el riesgo y el sector privado se vaya con las ganancias” (p. 142, traducción libre nuestra J. J.).

En este caso los promotores locales de las APP podrían alegar que su Proyecto de Ley establece mecanismos para que los riesgos sean adecuadamente repartidos y asumidos por cada una de las partes por medio de una “matriz de asignación de riesgos”.

En el anteproyecto de la Ley de las APP el artículo 20 ya mostraba una redacción débil donde apenas se procura asignar riesgos a la parte privada. El

mismo disponía que: “El Contrato APP deberá establecer los riesgos a ser asumidos por el Contratista APP y por la Entidad Pública Contratante, en función del proyecto, *procurando* la asignación al Contratista APP de los riesgos de diseño, construcción, financiación, demanda, operación y mantenimiento” (subrayado nuestro, J. J.) El problema estaba en que entre los significados que la Real Academia Española asigna a la palabra procurar se encuentra el siguiente: “hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”. Obviamente no se trata, entonces de asegurar, sino apenas intentar, que los privados asuman estos riesgos.

En la versión final aprobada de la Ley de las APP la redacción de este párrafo aparece transformada en el Artículo 22, en los siguientes términos: “El contrato APP deberá establecer los riesgos a ser asumidos por el contratista APP y por la actividad pública contratante, en función al perfil del proyecto, asegurando, *salvo en casos excepcionales*, la asignación al contratista APP de los riesgos de diseño, construcción, financiamiento, demanda, operación y/o mantenimiento, según corresponda. *Las condiciones para aprobar excepciones serán reglamentadas.*” (subrayado nuestro J. J.) Resulta entonces que la búsqueda del interés público ya ni siquiera se procura, ahora queda en el incierto campo de la discrecionalidad que pueda contener un reglamento, el cual bien puede estar sesgado y facilitar la corrupción.

Más allá de esta afirmación vaga y poco contundente es necesario destacar que existe, pese a todo, una figura en el Proyecto de Ley de las APP que permite que el riesgo de demanda sea efectivamente asumido por el Estado. Se trata de la figura de los pagos por disponibilidad, que en el artículo 2 se definen de la siguiente manera: “Son los pagos que la Entidad Pública Contratante acuerda realizar durante la ejecución del Contrato APP como contraprestación del servicio público proporcionado por el Contratista APP. Dicho pago es determinado con base en la *disponibilidad en el suministro* del servicio público que se trate... El procedimiento para determinar los *pagos por disponibilidad* será establecido en el reglamento de la presente Ley”.

Además de la consabida presencia de la discrecionalidad que se le da a quien determina el contenido del reglamento de la Ley, estamos frente a una figura en que el inversionista privado no tiene que preocuparse por la demanda efectiva, ya que el mismo recibirá una ganancia independientemente del nivel de la misma, por el simple hecho de asegurar la oferta pactada. Se trata de un claro alejamiento de una situación competitiva, en la cual se puede lucrar generado una sobreoferta cuyo costo recaerá sobre el Estado o los usuarios. Estamos, entonces, frente una fácil ganancia sin riesgos.

A todo lo anterior se puede agregar la posibilidad de diversas formas de rentas privadas logradas sin ningún aporte. La primera es la posibilidad que alguien por razones de sus contactos políticos logre un contrato APP y luego, con base en el artículo 83 de la Ley de las APP, simplemente lo venda generando una ganancia rentista. Por otra parte, también se puede dar la entrega prácticamente gratuita de recursos naturales de la nación, como es el agua, a los titulares de los contratos APP, lo que también les permitiría una ganancia rentista.

Otro problema se vincula con la información asimétrica entre el Estado (principal) y el sector privado (agente). Se trata de una típica situación en la que el principal solo puede monitorear imperfectamente al agente, dando lugar a los clásicos problemas del “riesgo moral”, en la que la acción de este último no necesariamente se alinea con los intereses del primero (Macho – Stadler y Pérez – Castrillo, 2001; Salanié, 2000). Es conocido que en estas circunstancias aparecen costos de transacción elevados, es decir gastos que no tienen que ver con la

construcción o producción del servicio, sino con la búsqueda de la contraparte, la negociación y diseño del contrato, el monitoreo de su ejecución, así como de los costos que puedan ocurrir por los gastos legales en caso de diferencias entre las partes o el simple incumplimiento del contrato.

Es interesante, por llamarlo de alguna manera, como en relación con las APP el propio Estado se niega su responsabilidad de administrar justicia. En efecto, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley bajo análisis, el cual se refiere a la resolución de controversias dice lo siguiente: “En caso de no llegarse a una solución amigable entre las partes en la etapa de trato directo, las controversias de carácter técnico y/o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del Contrato APP, podrán ser sometidas a la consideración de un panel técnico o directamente ante un tribunal arbitral”.

Al igual que en otros aspectos de la Ley, las cosas aquí quedan expuesta a un alto nivel de discrecionalidad, ya que el Artículo 77 establece que “El proceso de designación del panel técnico y el procedimiento a seguir será establecido en el reglamento de la presente Ley.”

Existe un problema adicional, referido al nivel de competencia. Cuando por algún motivo, como puede ser la experiencia, la técnica, el acceso al financiamiento o cualquier otra barrera, se observen situaciones en las que en la etapa de selección del agente privado solo existan pocos postulantes, entonces los precios que los mismos ofertarán por el servicio tendrán un componente de renta monopólica, la que reduce el bienestar de la población.

A final de cuenta las APP no solo es una forma de privatización, sino un esquema costoso para el país.

Deuda pública oculta

La aplicación del infame Consenso de Washington, fundamento de la política neoliberal, llevó a la aplicación de restricciones específicas sobre el nivel legalmente admitido para el déficit fiscal, así como sobre la relación endeudamiento público – PIB admisible. Pese a esto, aun cuando resulte contradictorio, el sistema, incluso con el patrocinio de las llamadas Instituciones Financieras Internacionales, pronto encontró un mecanismo para seguir rentabilizando el capital privado, aun cuando en la práctica se violaran estas normas: las Alianzas Público – Privadas (APP).

En teoría las APP, como se ha señalado, implican la inversión privada de capital para generar una infraestructura o servicio público, a cambio de que el gobierno o los usuarios durante un largo período le otorguen un pago en retribución. En este sentido, desde el punto de vista de la contabilidad gubernamental, esta inversión no se clasifica como inversión pública, de manera que la misma, por ser privada, tampoco se incluye en el déficit fiscal. Todo esto, sin embargo, no es más que una forma de “contabilidad creativa”, destinada a ocultar lo que en realidad es una creciente deuda pública (Hall, 2015).

Esto queda claro si se toma en cuenta que los contratos de las APP en los que el gobierno se compromete a pagar por el servicio o la infraestructura significan que, tal como ocurre con la deuda pública, el Estado se obliga a pagar al inversionista privado un flujo de ingresos durante el período de vigencia de este. Esto en la práctica significa que se están creando pasivos directos o contingentes, que deberán ser cancelados en el futuro. Entendiendo esto Paúl Krugman (2012a), Premio Nobel de Economía 2008, afirma en un artículo que: “escuchamos mucho sobre las deudas ocultas en que han incurrido los gobiernos en forma de pasivos de pensiones; no escuchamos mucho sobre las deudas

ocultas que ahora se acumulan a largo plazo con empresas privadas contratadas para operar prisiones, escuelas y otros” (*The New York Times*, June 21, 2012).

La Ley de las APP asegura que lo anterior sea de esa manera. Es así que de acuerdo al artículo 19 de la misma existe, como ya se adelantó, el siguiente compromiso: “Las Entidades Públicas Contratantes deberán incluir en su respectivo presupuesto anual el importe de los compromisos firmes y contingentes cuantificables, incluyendo proyectos de concesión contratados bajo la Ley 22 de 2006, la Ley 5 de 1988 u otras leyes, cuyo cumplimiento de pago está bajo su responsabilidad”. Más adelante este Artículo establece que “..., el contrato APP deberá contener una cláusula que obligue a la Entidad Publica Contratante, y por ende al Estado, a incluir en los presupuestos de las próximas vigencias fiscales los recursos financieros programados a pagar durante las mismas... Así mismo, el Ministerio de Economía y Finanzas, a través del Presupuesto Nacional del Estado de las vigencias fiscales correspondientes, honrará las obligaciones contraídas y les dará prioridad a los proyectos en ejecución”.

En realidad, se trata, entonces, de una forma indirecta de generar compromisos públicos, es decir una deuda efectiva, aun cuando esta no sea explícitamente reconocida, la cual puede alcanzar niveles elevados. Es así como el artículo 18 del Proyecto de Ley de las APP permite realizar contratos de este tipo hasta un monto equivalente al 7 por ciento del producto interno bruto (PIB). Más aún, ese mismo artículo permite que cada cinco años este tope se eleve a partir de una sugerencia del Órgano Ejecutivo. En efecto, el artículo bajo análisis señala que: “El límite definido bajo el numeral 3 de este artículo podrá ser revisado cada cinco años por el Órgano Ejecutivo, a fin que envíe su sugerencia de modificación a la Asamblea Nacional, teniendo en cuenta los requerimientos de infraestructura y servicios públicos en el país y el impacto de los compromisos sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas”. Nuevamente aparece el fenómeno de la discrecionalidad, ya que a esto se agrega que “la modificación del límite será reglamentada.”

En la práctica, dentro de esta concepción, asegurar el beneficio de las ganancias de las empresas privadas participantes tiene prelación con respecto a otros criterios relacionados con los de interés público, como pueden ser los sociales o ambientales. Esto aparece, tal como se adelantó, claramente así en el artículo 70 del documento bajo análisis, en el cual se establece que, en caso de rescate administrativo, se deberá reconocer el llamado lucro cesante a la empresa privada que participa en la APP. Recordemos que de acuerdo a este artículo: “Si el rescate administrativo del Contrato APP se produce durante la etapa de explotación, a la indemnización señalada en el párrafo anterior, deberá agregarse un porcentaje del valor presente de los beneficios netos esperados, medidos en relación a la inversión y mantenimiento efectivamente realizado, pero no amortizado, conforme al procedimiento que se establece en el reglamento de esta Ley y el Contrato de APP”. Este último elemento, vale la pena llamar la atención, introduce un alto nivel de discrecionalidad en el reconocimiento del llamado lucro cesante.

Más aún, el artículo 51 de la Ley de las APP abre la posibilidad de que el Estado tenga que compensar económicamente a la Sociedad Titular del Contrato APP, es decir a la empresa privada, en caso de que sus ganancias se vean desmejoradas por la introducción de cambios en las Leyes o reglamentaciones que buscan una mayor protección social o ambiental. Estos cambios podrían ser calificados “actos de carácter particular del Estado que produzcan efectos sustanciales directos sobre el Contrato APP”, los cuales darían lugar a la

indemnización “siempre que el derecho a la compensación por estos actos se encuentre expresamente previsto en el contrato APP”. Se introduce en la práctica la peligrosa idea de que cualquier cambio de legislación o regulación que limite las ganancias del participante privado en la APP, pueda ser considerada como una especie de expropiación indirecta que debe ser compensada. Nuevamente, como en otros Artículos, que ahora comentamos también aparece un alto nivel de discrecionalidad en la contratación.

Si se tiene en cuenta lo expresado en un artículo anterior sobre el tema, la deuda oculta tipo APP puede ser superior a la que se daría en caso de la realización de un proyecto público. En el caso de los intereses financieros de los privados, que harán parte del costo del proyecto, María José Romero y Mathieu Vervynckt (2018) presentan evidencia en el sentido de que para el caso del Reino Unido “el tipo de interés efectivo de todas las operaciones financieras privadas... es doble que el del conjunto de préstamos gubernamentales”. Dado que los pagos del sector público a los privados que hacen parte de las APP también incluyen las ganancias de estos últimos, vale la pena señalar que de acuerdo a estos dos autores “la organización sin fines de lucro Counter Balance reveló que las 215 APP que respaldó el Banco Europeo de Inversiones entre 1990 y 2015 produjeron, por lo general, unas ganancias anuales del 12 por ciento”. A esto habría que sumar los altos costos vinculados a los llamados costos de transacción.

Corrupción

Pese a que los promotores de las Asociaciones Público Privadas (APP) tienden, por razones obvias, a evitar el tema de la relación entre este tipo de instituciones y la corrupción, lo cierto es que esta existe y es importante. La misma, como lo advirtió Paul Krugman (2012b) en un interesante artículo publicado en el Sacramento Bee, constituye un vínculo que nace de los propios procesos de privatización. Para este reconocido autor “a medida que se privatizan más funciones gubernamentales, los Estados se convierten en paraísos de ‘pagar para jugar’, en los que tanto las contribuciones políticas como los contratos para amigos y familiares funcionan como un *quid pro quo* para obtener favores gubernamentales”, a lo que añade que se trata de un “nexo corrupto de privatización”, el cual estaría “menoscabando al gobierno en gran parte de nuestra nación” (traducción libre nuestra J. J.)

Vale, entonces, establecer claramente que las llamadas APP son propensas a la corrupción en todas y cada una de sus diversas fases: el período de decisión; el momento de oferta y escogencia; la etapa de contratación y operación.

En el caso del período de decisión de una APP, la corrupción toma la forma de una colusión entre los agentes privados y las autoridades con el fin de llevar adelante proyectos tipo APP que no son prioritarios para la población, que resultarán altamente onerosos, o que podrían realizarse mejor como proyectos públicos. Obviamente el objetivo aquí es el beneficio económico y político ilícito (Jované, 2018).

En el período de oferta la propensión a la corrupción también es provocada por la búsqueda de ganancia, los cuales se logran distorsionando los procesos de selección a fin de beneficiar a un determinado contratista. Esto se puede realizar de diversas formas, tales como la determinación de especificaciones para favorecer a un determinado oferente, la contratación directa, la invitación exclusiva de “empresas amigas” a participar en el proceso, el uso de una evaluación técnica sesgada de las diversas ofertas, entre otras.

Una vez terminada la selección aparecen problemas adicionales. En primer lugar, el proceso de negociación del contrato puede estar sujeto a corrupción

nuevamente con el fin de asegurarles rentas inapropiadas a los contratistas. Este es el caso, por ejemplo, cuando se facilita la renegociación para que las firmas primero ofrezcan un bajo costo y luego renegocien jugosas adendas. Adelantando un poco está problemática, la cual ha sido recurrente en nuestro país, es importante destacar que el artículo de la Ley 46 de las APP, el cual trata el tema de las “modificaciones de contratos por interés público” permite realizar adendas hasta por un valor del 20 por ciento del valor estimado de la inversión que se indique en el Contrato APP. Más aún las adendas en la práctica pueden ir más allá de este límite. De acuerdo a este artículo que analizamos: “Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que la entidad pública contratante determine que es necesario realizar modificaciones al contrato original para incluir obras adicionales, que separada o conjuntamente excedieran el 20 por ciento del valor estimado de inversión que se indique en el contrato APP, deberá contar con un informe técnico fundado sobre el impacto de la modificación en los niveles de servicio originalmente comprometidos, en la valoración de las inversiones a realizar, la proporcionalidad y equivalencia de las prestaciones económicas mutuas y las estructuras y niveles tarifarios previstos en el contrato de APP, y *presentarlo para su aprobación al ente rector*” (subrayado nuestro J. J.) Nuevamente aparece la discrecionalidad.

A partir de los procesos de construcción aparece la posibilidad de corrupción en términos de una supervisión sesgada para favorecer a los contratistas, admitiendo, por ejemplo, materiales no adecuados. Lo mismo ocurre en la fase de operación del proyecto, donde la corrupción también puede llevar a un monitoreo inadecuado que permita pervertir las condiciones de cantidad, calidad y satisfacción del contrato.

En términos muy concretos de la lectura cuidadosa del Proyecto de Ley de las APP se desprende que la misma tiene un profundo sesgo político. No solo llama la atención la presencia del Ministro de Relaciones Exteriores en el llamado Ente Rector, que constituye la cabeza responsable de todo el proceso de instalaciones de las APP. Sobre todo, llama la atención que este ente fundamental de la propuesta lo presida el Ministro de la Presidencia, que maneja un ministerio de carácter eminentemente político y no el Ministro de Economía y Finanzas, pese a las promesas de campaña del actual gobierno en el que se prometía volver a darle a la acción pública un carácter planificado.

El control sobre todo el proceso en manos del Ministerio de la Presidencia, que tendría amplios poderes discrecionales (Artículo 11) se consolida con la creación adscrita al mismo, no al Ministerio de Economía y Finanzas, de una Secretaría Nacional de APP, la que tendría amplias capacidades propositivas y de seguimiento, todas las cuales se relacionan con un alto nivel de discrecionalidad (artículo 12). Entre estas se pueden mencionar a manera de ejemplo las siguientes: proponer los lineamientos y metodologías para la evaluación del Valor por Dinero; opinar sobre la admisibilidad de los proyectos APP; someter a la consideración y aprobación del Ente Rector los proyectos de Pliego de Cargos y del Contrato APP; proponer las normas de información necesarias que deberán observar las Entidades Públicas Contratantes; realizar evaluaciones periódicas de la calidad de los servicios prestados por los Contratistas APP.

Desde el punto de vista institucional, así como de la lucha contra la corrupción la concentración de este nivel excesivo de poder en un ministerio en que priva la lógica política y no la económica y social constituye un grave problema. Sobre todo, si se tiene en cuenta el alto nivel de discrecionalidad que posee el Ente Rector, el cual, nuevamente para dar un ejemplo, tiene frente a los Proyectos APP la capacidad de “determinar la conveniencia y la elegibilidad de los mismo”

(Artículo 27). A esto se debe agregar que a la Secretaría Nacional de APP, que, como se dijo, está adscrita al Ministerio de la Presidencia le toca evaluar las adendas hechas a los Contratos APP (Artículo 50).

Resulta, entonces evidente, que las APP constituyen una forma de generación de servicios públicos o de infraestructura pública sujeta a graves peligros de corrupción, que se traducen en pérdidas de recursos públicos y distorsión de la asignación de los recursos escasos, afectando el bienestar de la población.

Estos peligros son especialmente graves en un país como Panamá que sufre de una profunda y prolongada crisis institucional.

Sobre el Financiamiento Público

De acuerdo a los representantes de los intereses económicamente dominantes del país, así como de los proponentes oficiales de la Ley de las APP, las mismas serían indispensable dada la escasez de fondos públicos para fines de inversión.

Esta afirmación pierde validez cuando se toman en cuenta algunos aspectos del régimen fiscal de Panamá. En primer lugar, de acuerdo con datos del BID (2019) Panamá es el segundo país con menor carga tributaria en América Latina (10.9% del PIB), de manera que incluso cuando se incluyen las cuotas de la seguridad social, nuestro país sigue teniendo la cuarta presión fiscal más reducida de la región (19.8% del PIB).

En segundo lugar, resulta claro que cuando entramos a los indicadores de cumplimiento con las responsabilidades tributarias, la visión que sustenta la promoción de las APP simplemente se destruye. De acuerdo a datos oficiales de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, durante el año 2016, último periodo para el que se encuentran datos publicados, el incumplimiento en recaudación de impuesto, es decir la diferencia entre los ingresos teóricos que debió recibir el gobierno y la recaudación efectiva, alcanzo a B/. 4,744.9 millones, cifra equivalente a 8.2 por ciento del producto interno bruto (PIB) corriente de ese año. Es de interés señalar que esa suma, de haberse gastado en formación bruta de capital gubernamental (inversión pública) hubiera significado que la misma hubiera alcanzado un nivel superior en 123.4 al efectivamente realizado.

Es importante destacar que el 64.0 por ciento del incumplimiento tributario se refiere al impuesto sobre la renta de personas jurídicas. Si a esto se suma el incumplimiento del ITBMS, el porcentaje se eleva hasta el 90.6 por ciento del total. Esto permite concluir que de manera muy significativa la escasez de recursos públicos es producto de la evasión fiscal proveniente precisamente del sector empresarial, es decir del gran promotor de las APP.

A manera de conclusión

Teniendo en cuenta todo lo anterior, donde se ha evidenciado la verdadera naturaleza de las APP y los costos que las mismas representan para el bienestar del conjunto de la población, se puede concluir que la instalación de estas en el país, tal como lo proponen los sectores económicamente dominantes y el actual gobierno, es un hecho que debe ser rechazado por la población.

Esto es sobre todo importante si se tiene en cuenta que los sectores dominantes, tal como aparece claro en la llamada Visión País 2050 de la APEDE, busca llevar el concepto de APP a un extremo en el que el mismo tendría una injerencia directa y efectiva sobre la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas.

Referencias

- Asociación Panameña de Ejecutivos de Empresa, 2019, *Panamá Visión País 2050*, <https://apede.org/vision-pais-2025/>
- Hall, David, 2015, *¿Por Qué las Asociaciones Público – Privadas (APPs) No Funcionan? Las Numerosas Ventajas de la Alternativa Pública*, Public Services International.
- International Monetary Fund , 2004, *Public – Private Partnership*, Prepared by the Fiscal Affairs Department.
- Iossa, Elisabetta and Martimort, David, 2011, *Corruption in Public Private Partnerships*, Anti – Corruption Resource Center, https://art.torvergata.it/retrieve/handle/2108/90927/183738/IOSSAMARTIMORTCo_rruptioninPPP11Dec11.pdf
- Gobierno de Panamá, 2019, *Anteproyecto de Ley “Que crea el Régimen de Asociación Público-Privadas para el Desarrollo como incentivo a la inversión privada, desarrollo social y la creación de empleo”*, <http://www.mop.gob.pa/wp-content/uploads/Borrador-Ley-APP-190726.pdf>
- Jované, Juan, 2018, “Corrupción, instituciones y Economía Política”, revista *Tareas* No160, Panamá
- Jované, Juan, *Neoliberalismo, desarrollo y seguridad social*, CEASPA, Panamá, 2003.
- Krugman, Paul, 2012a, “Prisons, Privatization, Patronage”, *The New York Times*, June 21, 2012. <https://www.nytimes.com/2012/06/22/opinion/krugman-prisons-privatization-patronage.html>
- Krugman, Paul, 2012b, *Privatization can Led to Patronage and Corruption*, Sacramento Bee, 23 June.
- Macho – Stadler, Inés and Pérez – Castrillo, J. David, *An Introduction to the Economics of Information*, second edition, Oxford University Press, Great Britan.
- Piere, Madsen, 1993, “Privatization”, en Henderson, David, editor, *The Fortune Encyclopedia of Economics*, Time Inc.
- Pearce, David (editor), 1992, *The MIT Dictionary of Modern Economics*, The MIT Press, 4ª edición, Cambridge, Massachusetts.
- Romero, María José y Vervynckt, Mathieu, 2018, *El Peligroso Espejismo de las Asociaciones Público-Privadas*, https://www.tni.org/files/capitulo_7_la_recuperacion_de_los_servicios_publicos.pdf
- Rosemberg, J. M, s/f, *Diccionario de Administración y Finanzas*, Oceani/Centrum, España
- Tamames, Ramón y Gallego, Santiago, 1996, *Diccionario de Economía y Finanzas*, Alianza Editorial, cuarta edición (revisada), Madrid.
- Salanié, Bernard, 2000, *The Economics of Contracts*, fourth printing, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts.
- Stiglitz, Joseph, 2019, *People, Power, and Profits*, W. W. Northon & Company, New York.
- Stilitz, Joseph E, 2017, *Markets, State and Institutions*, Roosevelt Institute Working Paper.
- Zabala, Verónica et al, 2019, *Desafíos para consolidar su desarrollo*, Grupo BID, p. 14.
- World Bank Group, 2017, *¿Qué son las asociaciones público-privadas?* <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/definicion>