

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho y Economía



**LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS VERSUS EL CONTRATO DE
OBRA PÚBLICA, UNA MIRADA DESDE EL ANALISIS ECONOMICO DEL
DERECHO**

Angélica Bibiana Alvarez Pulido

Liliana Isabel Hers, Ph.D., Directora de tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de

Magíster en Derecho y Economía

Buenos Aires, 01 de Junio de 2017

Dedicatoria

A Carlos, mi padre, mi ángel que me cuida desde el cielo, a mi hija Luciana quien me acompañó durante ésta travesía, a mi esposo Diego por su amor y comprensión, a mi madre Astrid quien todos los días me anima a seguir y a mi hermano Pipe por sus palabras de motivación para alcanzar esta meta.

Agradecimientos

A la Dra. Liliana Hers, por aceptar la dirección de este trabajo, así como por brindarme sus conocimientos, su orientación y tiempo para poder concluirlo.

Tabla de Contenido

	Pág.
Introducción.....	10
Formulación del problema.....	12
Objetivos de la investigación.....	12
Objetivo general.....	12
Objetivos específicos.....	12
Hipótesis.....	13
Tesis.....	13
Capítulo 1. La visión del Análisis Económico del Derecho.....	14
Qué es el Análisis Económico del Derecho.....	15
Tipos de análisis que hace el AED.....	18
Enfoque positivo y normativo.....	19
Enfoque teórico y práctico.....	20
Principales cuestiones que orientan al AED.....	20
Eficiencia.....	21
Costos de transacción.....	22
Externalidades.....	23
Relaciones de agencia.....	24
Contrato.....	25
La maximización de la función social.....	26

¿Y cuál es el papel del Estado en el logro de la eficiencia?.....	28
La inversión en infraestructura por parte del Estado.....	29
Capítulo 2. Problemas en la provisión de bienes y servicios públicos.....	35
Una mirada al problema de los bienes públicos.....	36
En búsqueda de la eficiencia.....	47
El papel de los contratos.....	51
Capítulo 3. De las Asociaciones Público Privadas.....	54
Un panorama sobre las Asociaciones Público Privadas.....	55
Cómo se estructuran las APP.....	59
Cómo surgen las iniciativas en las Asociaciones Público-Privadas.....	64
Las APP de iniciativa pública.....	65
Las APP de iniciativa privada.....	66
Las principales etapas de un proyecto mediante APP.....	68
Establecer que la APP es la mejor forma de provisión.....	67
El Comparador Público Privado.....	70
Valor por Dinero.....	71
Componentes del Valor por Dinero.....	73
Los casos de APP.....	75
Algunas cifras de las experiencias APP.....	79
Capítulo 4. El contrato de obra pública.....	83

Generalidades del contrato de obra pública.....	84
Tipos de contratos de obra pública.....	87
A suma alzada o precio alzado.....	87
Contrato a Serie de Precios Unitarios.....	87
Contrato llave en mano.....	88
Contrato de Administración delegada.....	88
Contrato por reembolso de gastos.....	89
¿Cómo funciona el contrato de obra pública?.....	89
Etapa inicial.....	89
La licitación pública.....	92
Experiencias en contratos de obra pública para obras de infraestructura: Nuestra opinión.....	95
Un panorama de la región.....	98
Capítulo 5. El contrato de Asociación Público Privada Vs el Contrato de Obra Pública.....	102
El Análisis Económico del Derecho Contractual.....	104
Una mirada al Contrato de Asociación Público Privada.....	108
Costos de transacción.....	109
Relaciones de agencia.....	114
Incumplimiento contractual.....	116

¿Y qué ocurre con el Contrato de Obra Pública?.....	119
Comparación entre las dos modalidades de contratación (APP Y COP).....	121
Conclusiones.....	128
Bibliografía.....	132

Lista de Figuras

	Pág.
Figura 1. Óptimos paretianos.....	47
Figura 2. Tipos de operaciones APP.....	59
Figura 3. Fases de un proyecto APP.....	65
Figura 4. Componentes del valor por dinero.....	73
Figura 5. Comparador Público Privado.....	74
Figura 6. Objetivos de las licitaciones públicas.....	90
Figura 7. Ranking de Transparency International 2014 para Latinoamérica sobre corrupción.....	97

Resumen

El contrato de obra pública es la herramienta por excelencia en la contratación administrativa para la provisión de proyectos de infraestructura, con los cuales el Estado busca satisfacer los objetivos de bienestar social para sus ciudadanos; sin embargo, en la práctica presenta deficiencias que han repercutido en el cumplimiento de las metas que los gobiernos han asignado en materia de inversión y desarrollo.

Se plantea un cambio en el modelo de gestión del Estado en torno a la prestación de bienes y servicios públicos, hay una nueva gobernanza y una creación de redes horizontales en torno a la participación activa y asociativa del sector privado; las Asociaciones Público Privadas son la expresión de esa evolución colaborativa del Estado para alcanzar la eficiencia en el cumplimiento de sus objetivos en torno al bienestar social.

En este contexto, se evalúa desde una análisis objetivo las ventajas y desventajas (costo-beneficio) de las dos alternativas de gestión (Asociaciones Público privadas y Contrato de Obra Pública) para establecer su aporte a la eficiencia, tomando como elementos de análisis las herramientas propias del Análisis Económico del Derecho.

Palabras clave:

Asociaciones Público Privadas, Contrato de Obra Pública, Análisis Económico del Derecho, Estado Asociativo, Eficiencia, Bienestar social.

Abstract

The public works contract is the tool par excellence in the administrative contracting for the provision of infrastructure projects, with which the State seeks to meet social welfare objectives for its citizens; however, in practice there are deficiencies that have had an impact on the achievement of the goals that governments have assigned in terms of investment and development.

There is a change in the state management model around the provision of public goods and services, there is a new governance and horizontal networking around the active and associative participation of the private sector; The Public Private Partnerships are the expression of this collaborative evolution of the State in order to achieve efficiency in the fulfillment of its objectives regarding social welfare.

In this context, the advantages and disadvantages (cost-benefit) of the two management alternatives are assessed from an objective analysis to establish their contribution to efficiency, taking as elements of analysis the tools of the Economic Analysis of Law.

Keywords:

Public Private Partnerships, Public Work Contract, Economic Analysis of Law, Associative State, Efficiency, Social Welfare.

Introducción

Uno de los aspectos que más aporta bienestar a un país es la inversión pública en infraestructura porque ésta se relaciona con la disminución de la pobreza y el crecimiento económico.

Su provisión es esencial en las políticas de cualquier Estado, el cual como titular de la actividad de servicio público, además de buscar la eficiencia tanto en la prestación como en la administración de los recursos públicos, debe propender por asegurar niveles óptimos de inversión y por generar el marco jurídico y el diseño institucional idóneo para que se puedan cumplir los objetivos de bienestar para los ciudadanos.

El desarrollo de infraestructura constituye un motor de crecimiento para un país, sin embargo, en nuestra región, la mayoría de los Estados presentan una brecha importante en esta materia, pues la disponibilidad de los recursos para solventarlos y la falta de experiencia técnica y organizativa generan estas barreras.

Las restricciones presupuestarias y su falta de capacidad para suministrar servicios de infraestructura en forma eficiente, han encontrado que la posibilidad de abrirse en forma asociativa a la inversión privada puede llegar a ser una solución para generar proyectos y obras en diferentes áreas, en una tendencia que ha tomado impulso y nuevos desarrollos en las últimas décadas.

El Estado ha entrado en una relación de cooperación y asociación con los privados; los procesos de globalización y de integración económica, han hecho que la infraestructura pública, puertos, carreteras, autopistas, rutas, etc., deban ajustarse a la competitividad y crecimiento integral de los países requiriendo financiación e inversión constante para ese fin, hoy la construcción de infraestructura es una necesidad imperante para Latinoamérica. No solamente el Estado debe velar por el bienestar de los ciudadanos, sino también generar las condiciones óptimas para el crecimiento económico y la innovación.

El Banco Mundial, al definir su estrategia en el área de infraestructura, postula que estas inversiones han emergido como “verdaderos agentes de cambio”, al crear oportunidades de crecimiento económico y “focalizarse en los pobres y vulnerables” (Banco Mundial 2012), lo cual se convierte en una necesidad para países como Colombia, Argentina, Bolivia, Perú, que tienen una importante brecha en ese campo.

Ante este reto se han desarrollado nuevas modalidades de financiamiento y gestión a las que se les conoce con Asociaciones Público-Privadas (APP), esquemas que han sido incorporados en diferentes países exitosamente para ampliar el marco de acción del Estado en el cumplimiento de sus fines.

Las Asociaciones Público Privadas se pueden definir como un esquema planteado con base en un acuerdo entre el sector público y el sector privado por medio de un modelo de cooperación, en el que actividades que son responsabilidad del Estado, pasan a la órbita de la gestión e inversión privada bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública.

Son un medio para que el sector privado incorpore experiencia, conocimientos, equipos y tecnología, en tareas propias del Estado, en las que se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.

El estudio de la figura de las APP puede llevarse al ámbito del Análisis Económico del Derecho, para verificar mediante una comparación con el modelo de contratación tradicional, la eficiencia en el cumplimiento de objetivos encaminados al bienestar.

Tradicionalmente la provisión de infraestructura se hace por medio del Contrato de Obra Pública, que en la práctica tiene manifiestas debilidades y desventajas, como sobrecostos, pérdida de millonarios recursos, corrupción, obras de mala calidad o sin finalizar, caducidades e incumplimientos, entre otros problemas.

Las APP parecen ser una alternativa viable, pues una sociedad entre el Estado y el sector privado permite que se compartan riesgos y objetivos, crea una alianza para proveer servicios, incorporar nuevas tecnologías, conocimientos empresariales especializados y experiencia organizativa y de gestión.

En este trabajo de tesis se busca revisar bajo el Análisis Económico del Derecho la figura de las APP en relación con el Contrato de Obra Pública para evaluar costo beneficio de cada modalidad y su nivel de eficiencia para el Estado.

Formulación del problema

Durante el desarrollo de este trabajo, el problema de investigación va a girar en torno a las siguientes preguntas:

¿Las Asociaciones Público Privadas generan mejores incentivos para la construcción de un proyecto de infraestructura con respecto a un Contrato de Obra Pública, en cuanto a la maximización del bienestar y la búsqueda de eficiencia?

Objetivos de la Investigación

Objetivo General.

Analizar la figura de las Asociaciones Público Privadas para proyectos de infraestructura y comparar su esquema de funcionamiento con la figura del Contrato de Obra Pública bajo los postulados de eficiencia y bienestar que establece el Análisis Económico del Derecho.

Objetivos Específicos

- Profundizar el estudio de las Asociaciones Público Privadas para entender su naturaleza, ventajas, oportunidades y debilidades.

- Verificar los beneficios de las APP en relación con la eficiencia y el bienestar en el caso de infraestructura y analizar el estado actual de esta figura.
- Comparar las APP con el Contrato de Obra Pública para obtener conclusiones que sean base para una investigación posterior.
- Cumplir el requisito de grado de la Maestría en Derecho y Economía de la UBA.

Hipótesis

- El Análisis Económico del Derecho permite evaluar y comparar dos instituciones jurídicas, tal es el caso de las Asociaciones Público Privada y el Contrato de Obra Pública, para determinar cuál es más eficiente.
- Las Asociaciones Público Privadas combinan la expertize privada y la capacidad de control y acción del Estado en la búsqueda del bienestar social, con mayores ventajas que la contratación tradicional.
- Las obras de infraestructura son requeridas en el Estado de bienestar para generar crecimiento económico y prosperidad; el sector privado es un aliado estratégico del sector público para cumplir con este fin.

Tesis

Las Asociaciones Público Privadas son la forma más eficiente de contratación para el Estado porque éstas se traducen en óptimos incentivos, maximización de recursos y mejores resultados, en la provisión de infraestructura de desarrollo, con el objetivo de cumplir con el bienestar social y la adecuada prestación de bienes y servicios públicos.

Capítulo 1. La visión del Análisis Económico del Derecho

Este capítulo define el alcance que tiene el Análisis Económico del Derecho, en adelante – AED- como una disciplina de uso extendido en la práctica jurídica, que busca entender y analizar los diferentes fenómenos creados por las normas, los precedentes judiciales y las demás fuentes del Derecho. Ha dotado a los profesionales de herramientas diferentes a las que permite generar el proceso legal¹, para dar solución a los retos que se presentan en la vida profesional, creándose así una verdadera revolución en la forma de pensar el Derecho.

A continuación se desarrollará la visión del AED desde el punto de vista de diferentes autores, se empezará por establecer qué es, los tipos de análisis que hace, y algunos principios que lo nutren, como la eficiencia, el bienestar y la maximización de la función social, lo cual se enlazarán con la tarea del Estado y el servicio público.

Se ha generado una visión económica de todas las ramas del Derecho, lo cual ha servido para desarrollar un importante dinamismo en el entendimiento del papel de las normas jurídicas, las instituciones y las regulaciones. Así, se ha permitido que los abogados y jueces, formados para un análisis desde lo que se considera “justo” incorporen una visión económica y de “eficiencia” en su raciocinio.

Son notables los aportes de universidades latinoamericanas, como la de Buenos Aires, que ofrecen profundizaciones académicas, las cuales buscan conectar a economistas y abogados en torno a una metodología de pensamiento, que genera una sinergia entre lo jurídico y lo económico.

Y es que incluso, actores tan importantes en la realidad social como los legisladores y los jueces, también han encontrado en el Análisis Económico del Derecho la solución a problemas que se presentaban en la interpretación de las normas, y la posibilidad de comprender de una mejor forma la naturaleza de las cuestiones jurídicas.

Aún queda mucho por recorrer, pero el futuro de esta corriente de pensamiento es prometedor, el interés por analizar diferentes temas desde el AED sigue creciendo y una

¹ Como herramientas del proceso legal, nos referimos a aquellos elementos que permiten solucionar las cuestiones jurídicas a través de las fuentes del Derecho, tales como la interpretación, el sistema probatorio, las normas procesales y demás elementos de los que se vale el Abogado en su trabajo diario.

muestra de ello es la creación de diversas líneas doctrinales que lo aplican, en razón a que las interacciones entre el Derecho y la Economía siempre están presentes, coexisten y se fundamenta entre sí.

Qué es el Análisis Económico del Derecho

El AED se puede definir como una escuela de pensamiento que busca aplicar la metodología económica al derecho, adoptando una racionalización distintiva al analizar causas, consecuencias y posibles soluciones de los problemas jurídicos.

El Análisis Económico del Derecho (AED), como una escuela de pensamiento jurídico surge en 1958 con la publicación *del Journal of Law and Economics*² de la Universidad de Chicago. Como lo manifiesta Posner (1960)

“...el sello distintivo del “nuevo” derecho y economía (o análisis económico del derecho) – el derecho y economía que surge en los últimos 30 años– es la aplicación de la economía al sistema legal por todas partes: a campos del derecho común tales como los daños, los contratos y la propiedad; a la teoría y la práctica del castigo; al procedimiento civil, penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la imposición de la ley y la administración judicial; e incluso al derecho constitucional, el derecho primitivo, el derecho naviero, el derecho familiar y la jurisprudencia” (p. 27).

Como lo describen Mercurio y Medema (1999, p.3), es la aplicación de la teoría económica - principalmente la microeconomía y los conceptos básicos de la economía del bienestar – para analizar la formación, estructura, procesos e impacto económico de las normas e instituciones jurídicas.

Para Sola (2003, p.1), la herramienta utilizada en el análisis económico del derecho, es un análisis de los incentivos, evidentes u ocultos, que crean las normas jurídicas para determinar sus consecuencias, algunas de ellas inesperadas. Asocia la ciencia normativa más antigua como es el derecho, con la ciencia social más precisa en sus predicciones, como es la economía y esta unión revoluciona la visión del derecho.

² Para ampliar el tema ver en el Chicago Journals:
<http://www.jstor.org/action/showPublication?journalCode=jlaweconomics&>

La Economía se ocupa de verificar la asignación eficiente de recursos escasos y la forma como los agentes actuarán para maximizarlos. En palabras de Bullard (2003, p.44):

“...en realidad lo que se consigue a través del Análisis Económico del Derecho (AED) es predecir conductas de seres humanos. Se parte del principio de que los seres humanos actúan sobre la base de incentivos, y que, en consecuencia, buscan lo que les favorece y así evitan lo que les perjudica. En otras palabras, tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. Sobre esta base es posible encontrar fórmulas que permitan predecir (al menos presumir) cómo los individuos actuarán ante tales incentivos”.

De esa forma, la teoría económica brinda conocimientos que permiten explicar el modelo que usa la ciencia jurídica, y ofrece una visión de las normas para predecir el efecto que tendrán en la sociedad donde se pretenden aplicar, por lo cual es posible determinar cuáles leyes o disposiciones jurídicas son económicamente eficientes e idóneas para arribar a los propósitos socialmente deseados.

Como lo expresa Coloma (2009) al respecto, “...el aporte de esta rama de la economía ha sido también encontrar un sentido económico en normas que aparentemente no tienen nada que ver con operaciones entre agentes del mercado, y que sin embargo tienen influencia sobre la forma en la cual las sociedades asignan sus recursos escasos a la satisfacción de sus múltiples necesidades. De este modo, cualquier norma que afecte de algún modo los costos o beneficios (objetivos o subjetivos, ciertos o contingentes) de un grupo importante de personas es susceptible de ser analizada desde un punto de vista económico –tanto positivo como normativo–, y puede ser parte del objeto de estudio del análisis económico del derecho” (p.3).

Para Bejarano (1999, p.145) “El núcleo teórico del análisis económico del derecho que comparten todos los juristas-economistas, es la tesis que afirma que la teoría económica es capaz de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas. En efecto, las normas del derecho son una suerte de fijación de precios para determinadas conductas, como la multa por una infracción de tráfico. La teoría económica predice que los actores motivados únicamente por su propio interés elegirán su conducta en función de este precio.”

Pero ¿cuáles son los puntos que generan una verdadera interacción entre estas dos ciencias? Para Doménech (2014) “El AED plantea los problemas jurídicos como problemas económicos” (p.102).

Explica este autor que tal razonamiento es coherente, si se tiene como punto de partida las siguientes premisas:

- La primera, es que el Derecho influye sobre la conducta humana porque el papel de las normas jurídicas es generar incentivos para que los individuos se comporten de determinada forma.

- La segunda, es que esa influencia es en alguna medida explicable y predecible, con arreglo a un determinado modelo teórico; así la economía propone la elección racional, la cual es válidamente aplicable al sistema jurídico, el cual será similar al sistema de precios, “Se presupone que los individuos toman decisiones perfectamente racionales, libres de errores lógicos, coherentes con sus preferencias, que son estables y consistentes” (Doménech, 2014, p. 103).

- Y la tercera, es que todas las decisiones jurídicamente relevantes se adoptan en condiciones de escasez.

Así, el derecho como ciencia social se impregna de la metodología económica, en cuanto a que atribuye un sentido económico a las conductas de las personas; los individuos eligen entre las diversas opciones posibles, la que mayor beneficio les reporta al menor costo posible, y esta es la que permite maximizar una utilidad o reducir costos. (Cossio, 2002).

Esto también aplica a la naturaleza institucional y regulatoria de un Estado, pues así como los individuos actúan bajo comportamientos racionales, y coherentes con las opciones que maximizan su utilidad o minimizan sus costos, así también actúa un Estado.

De igual forma, la Administración procurará elecciones racionales, buscará proponer un determinado diseño institucional, introducir figuras jurídicas o crear un marco regulatorio que tenga en cuenta los incentivos y efectos que pueda producir dentro de la sociedad, e intentará predecir su eficiencia y capacidad de éxito.

En esa medida como lo expresan Cooter y Ulen (1997), la perspectiva básica del análisis económico del derecho consiste en visualizar al ordenamiento jurídico de una manera particular: las leyes actúan como incentivos para el cambio o realización de conductas (precios implícitos) y como instrumentos para objetivos de política económica (eficiencia y distribución), (p. 98).

Hablar de eficiencia implica que el Estado elija el marco regulatorio adecuado para asignar los derechos cuando hay fallas del mercado que impidan lograr derrames sociales, situación en la que se encuentran los bienes públicos, el papel del Estado es generar beneficios para la comunidad, que de forma privada no se podrían conseguir.

Una vez entendido el AED desde su conceptualización, se logra optimizar su uso dentro de diferentes situaciones fácticas; éste se convierte en una herramienta útil y eficaz para analizar una determinada norma, predecir sus efectos, evaluar los incentivos y medir las posibilidades de éxito que podrá tener dentro del marco jurídico de un determinado país.

Como lo manifestaba el Dr. Juan Vicente Sola (2013)³, las normas jurídicas deben preocuparse tanto por la distribución equitativa del ingreso como por la eficiencia. Esta se corresponde con esa búsqueda del máximo bienestar social, con los menores recursos posibles.

Tipos de análisis que hace el AED.

El Análisis Económico del Derecho utiliza la metodología económica para hacer una valoración de un fenómeno concreto, esto incluye asumir también los diversos enfoques que usa la economía para analizar la realidad objeto de estudio.

Se han podido distinguir varios tipos de enfoques entre estos: el positivo y el normativo; el teórico y el práctico; los cuales desembocan en conclusiones particulares con relación al análisis de una determinada problemática.

³ Tomado de la cátedra de Análisis Económico de la Constitución, dictada por el Dr. Juan Vicente Sola en la Maestría de Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires.

Sin embargo, pueden darse otras clasificaciones, Gabriel Doménech (2014, p. 104), ha explicado la existencia de otros enfoques en el AED, al hablar de uno aplicado y uno fundamental, pero generalmente tanto en Economía como en Derecho, los que han tenido mayor repercusión son aquellos que diferencian lo positivo de lo normativo, lo cual se corresponde con la práctica jurídica y el ordenamiento jurídico.

Enfoque positivo y normativo.

El enfoque positivo tiene como punto de partida la descripción y explicación de los fenómenos económicos, analizándolos por sus causas y efectos. “(sic)...se ocupa no sólo de analizar las consecuencias de las medidas gubernamentales, sino también de describir las actividades de la administración y las fuerzas políticas y económicas que dieron lugar a esas medidas.” (Sola, 2003, p. 3).

Por su parte, el enfoque normativo se encarga de verificar cómo las normas jurídicas sirven a la consecución de determinados fines, “se ocupa de establecer reglas con relación a una política imaginada, se compara el grado en que los distintos programas cumplen determinados objetivos y averigua cual programa puede cumplir mejor ese objetivo deseado” (Sola, p.3).

Como lo expresa Doménech (2014, p. 105): “El análisis normativo se ocupa de estudiar qué es lo que los agentes (el legislador, la Administración, los Tribunales, las partes contratantes, etc.), a la vista de las consecuencias esperadas de sus diversas alternativas de actuación, deberían hacer, qué decisiones deberían adoptar, qué normas deberían eventualmente establecer, a fin de maximizar la satisfacción de ciertas preferencias.”

También, para detallar este punto se cita la opinión de Arjona y Rubio (2001): “En el ámbito de la teoría positiva, esta rama del conocimiento intenta explicar cuáles son los efectos de las leyes y, a partir de esas explicaciones, establecer qué leyes permiten alcanzar determinados resultados que se consideran deseables. La especificación de estos ‘objetivos deseables’ corresponde a la rama normativa de la teoría, ya que consiste en señalar qué situaciones son mejores para la sociedad, lo que supone necesariamente emitir juicios de valor. La escuela tradicional del AED apela a la eficiencia como criterio de valoración de las

situaciones. De esta manera, recomendará la adopción de aquellas leyes que permitan alcanzar situaciones eficientes.” (p. 120)

Por su parte Alfredo Canavese (2007) plantea que: “El estudio positivo trata de explicar y predecir el comportamiento de agentes racionales que responden a los incentivos que generan diferentes reglas del derecho mientras que el análisis normativo examina la eficiencia de las normas legales desde el punto de vista de los criterios de óptimo de Pareto y de Kaldor-Hicks.” (p. 32)

John Keynes y Milton Friedman definen a la economía positiva como la economía de lo que es, mientras que la economía normativa trata lo que debería ser. Así, cuando el análisis supera el enfoque positivo se entra en el campo de lo normativo.

Enfoque teórico y práctico.

Varios autores han definido al AED como una disciplina meramente académica, la cual se ha ocupado de generar teorías para explicar al mundo del Derecho, enfocándose meramente en lo teórico.

Sin embargo, en muchos ordenamientos jurídicos se ha incorporado una visión práctica del AED, tanto jueces como legisladores lo utilizan para emitir un fallo o dar vida a una nueva norma. Por ejemplo, la ley de Asociaciones Público Privadas en Colombia tiene un enfoque práctico del AED, pues plantea un análisis costo-beneficio de esta modalidad como criterio para determinar su conveniencia; países como Argentina, Chile y Perú por nombrar unos pocos casos, ya han ampliado la aplicación del AED de lo teórico a lo práctico, dando a las cortes herramientas económicas para crear efectos jurídicos.

Principales cuestiones que orientan al AED

El AED ha desarrollado una construcción teórica alrededor de ciertos tópicos que se constituyen en los principales elementos de la racionalidad económica aplicada a los elementos del análisis jurídico, lo cual facilita su aplicación y metodología de estudio.

Eficiencia.

Este concepto propiamente económico permite verificar los eventos en los cuales una situación determinada es considerada óptima, entendida esta como la mejor situación posible atendiendo a los elementos con los que se cuenta. La eficiencia ha sido ampliamente tratada por el AED, con lo cual se han creado diferentes criterios para determinar su alcance.

El primer criterio para evaluar la eficiencia es el denominado óptimo de Pareto, éste explica que “una asignación es eficiente cuando, respecto de esa asignación, resulta imposible mejorar la situación de al menos uno de los agentes sin perjudicar la de algún otro. Este criterio implica que se produce una mejora en el sentido de Pareto toda vez que se puede pasar de una asignación a otra en la que al menos un agente mejora su situación sin perjudicar la de algún otro.” (Canavese, 2007, p. 32).

La eficiencia de Pareto es una situación social en la que únicamente se consigue mejora para algún sujeto, si al menos otro sufre por tal motivo un perjuicio. Por lo tanto, de acuerdo a Pareto nadie debe estar mejor, si a consecuencia de ello otro debe estar peor.

El óptimo de Pareto es uno de los criterios más utilizados para medir la eficiencia en los más variados temas y ha sido la base de diferentes corrientes del AED, entre estas la Economía del Bienestar, que orienta sus análisis a explicar el nivel de bienestar colectivo del que disfruta una sociedad, y que trata de dar respuesta a las siguientes cuestiones: Una vez alcanzada la asignación de recursos correspondiente a la situación de equilibrio, ¿qué podemos decir de las propiedades de optimalidad desde el punto de vista social?, ¿será dicha asignación la mejor de todas las posibles para la sociedad?⁴

Sin embargo, Pareto ha tenido múltiples objeciones, en las cuales no se va a profundizar en este trabajo; aun así, citando la opinión de Stordeur (2004, p. 4): “...el problema general más destacado de la regla de Pareto y que nos lleva a Kaldor Hicks en forma directa son sus enormes restricciones: requiere de ausencia de perdedores, esto es de unanimidad, y al menos en la gran mayoría de los casos las decisiones sociales (aun aquellas que estimaríamos eficientes y moralmente plausibles) muchas veces suponen necesariamente perdedores”.

⁴ Tema ampliamente tratado por la Universidad de Zaragoza, mediante su Escuela de Derecho y Economía. Disponible en: <http://dae.unizar.es/docencia/ebienestar/index.html>

Dicho lo anterior, como alternativa se presenta el criterio de eficiencia Kaldor-Hicks, este propone que un determinado cambio, ya sea en las instituciones o normas, es eficiente cuando los ganadores ganan más de lo que pierden los perjudicados, de forma tal que los primeros puedan compensar así sea potencialmente a los segundos.

Se ha identificado a Kaldor-Hicks como la riqueza que se gana o se pierde cuando una norma jurídica o institución provoca un cambio; de tal forma que este criterio, puede llegar a servir para medir la conveniencia de introducir alguna transformación dentro de un determinado sistema jurídico y así tener un modelo de análisis de la eficiencia del mismo.

La eficiencia⁵ también en un sentido más estricto ha sido estudiada y dividida en tres formas, la eficiencia productiva, la distributiva y la asignativa; la primera hace referencia a un sentido estricto de la palabra, e indica el uso óptimo de los recursos existentes, es decir la máxima producción con el mínimo de recursos. La eficiencia distributiva⁶ se refiere a la forma de distribución de los recursos, estableciendo que será la mejor distribución de todas aquella que entregue los recursos a aquellos a los que más utilidad represente⁷. Por su parte, la eficiencia asignativa tiene íntima relación con el criterio Kaldor-Hicks, pues establece que una asignación de recursos será eficiente en un sistema económico cuando la combinación de recursos resulte objetivamente mejor que otras, en atención a que siempre existirán perdedores y ganadores.

La eficiencia subyace en el análisis de todo tipo de cuestiones, es uno de los pilares sobre los que se sustenta ese espíritu de racionalidad económica que se quiere dar al Derecho, este concepto permitirá en los posteriores capítulos analizar la figura de las APP en comparación con el Contrato de Obra Pública.

Costos de transacción.

Hacen referencia a los costos que conlleva operar en el mercado; son todas aquellas operaciones que debe hacer un individuo para obtener un resultado, y que implican un esfuerzo que se asimila a un costo para aquel que lo realiza con el fin de realizar algún tipo de

⁵ Para ampliar el tema ver: BOUR, Enrique. Eficiencia y Bienestar en Grandes Contribuciones. Disponible en: <http://ebour.com.ar/pdfs/Eficiencia%20y%20Bienestar.pdf>

⁶ Planteamiento que usa la Economía del Bienestar para entender la eficiencia.

⁷ Este concepto de eficiencia tiene asidero en el Utilitarismo.

intercambio. Este concepto creado inicialmente por Ronald Coase tiene importantes implicaciones en el AED, y ha sido objeto de estudio y aplicación en diferentes temas, tales como contratación, análisis de daños, responsabilidad civil, entre otros, y ha sido ampliado por autores como Keneth Arrow⁸ y Oliver Williamson⁹.

La teoría de los costos de transacción establece que toda operación previa, tiene un determinado costo para concretarse, y en algunos casos pueden ser costos excesivamente altos que van en detrimento de la transacción misma, con lo cual las partes inmersas en el intercambio deben buscar acuerdos alternativos para minimizarlos.

Los costos de transacción son un concepto angular para la Nueva Economía Institucional y especialmente importantes en materia de contratación, economía de las organizaciones, derecho societario, entre otros.

Lo que realmente plantea el AED es que toda actividad trae consigo un costo, que puede ser ex ante, es decir antes de que se concrete la operación, en el caso de una compraventa por ejemplo, la búsqueda de la oferta, la negociación, etc; o ex post, es decir costos que van a surgir como consecuencia de la ejecución del intercambio, por ejemplo la resolución de un contrato en instancia arbitral o judicial, pago de indemnizaciones o daños, etc.

Lo cierto es que de acuerdo a la racionalidad económica y en algunos casos al oportunismo, lo que buscan los agentes en última instancia es minimizar dichos costos, para lo cual crearán alternativas institucionales o jurídicas que permitan alcanzar dicho objetivo y poder realizar los intercambios económicos maximizando sus beneficios.

Externalidades.

Hacen referencia a los efectos indirectos o secundarios que una actividad genera a otros individuos distintos de los que la realizan, lo cual lleva a que se distorsione la asignación eficiente de recursos.

⁸ Se ha establecido que Arrow es quien ha creado el concepto de costo de transacción a partir de los desarrollos teóricos de Coase.

⁹ Williamson ha desarrollado la denominada teoría de los costos de transacción.

Las externalidades han sido clasificadas en positivas y negativas, las primeras son los beneficios que son disfrutados por otros distintos de los que realizan la actividad y las segundas implican que los costos son asumidos por terceros que no tienen relación con la actividad, reduciendo su bienestar. Las externalidades han sido indispensables en el caso del derecho ambiental y en los bienes públicos¹⁰ (Coloma, 2009).

Las externalidades requieren una intervención para hacer que el mercado funcione de forma eficiente y a esto se le ha denominado internalización de la externalidad, lo cual implica darle una solución en cada caso concreto, por ejemplo, un subsidio en el caso de la externalidad positiva o por medio de un impuesto a la actividad en el caso de ser negativa, este último ha sido denominado impuesto pigouviano¹¹.

Igualmente el Teorema de Coase plantea una solución a las externalidades, afirmando que si las partes pueden negociar con costos cero la asignación de recursos, se pueden evitar tales efectos indirectos. Coase puso de manifiesto que en un mundo ideal, se podrían resolver todas las externalidades, según su teorema, toda economía en la que los costes de alcanzar dicha solución sean lo suficientemente bajos es capaz de alcanzar siempre una asignación eficiente, incluso aunque existan externalidades (Krugman, Olney y Wells, 2008).

Relaciones de agencia.

Han sido descritas como aquellas que surgen en un intercambio económico bilateral, en donde una parte actúa como principal al delegar el cumplimiento de determinadas acciones a un agente, quien lo hace como un mandato en favor del principal.

El problema que se plantea es que tanto el principal como el agente son racionales económicamente hablando, con lo cual buscarán maximizar sus utilidades, lo que conlleva a

¹⁰ Está relacionada con el problema del free rider. Como lo describe Coloma (2009): “Este fenómeno se conoce en la literatura económica con el nombre de problema del “aprovechamiento gratuito” (free-riding), y se deriva del hecho de que quien está dispuesto a pagar por el bien público en cuestión tiene la opción individualmente más atractiva de aprovecharse gratuitamente de las cantidades que hayan decidido adquirir otras personas.

¹¹ Para ampliar el tema ver el capítulo escrito por el profesor Enrique Bour en el Tratado de derecho y economía. Herramientas de economía para el análisis jurídico - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2013.

comportamientos oportunistas por parte del agente, éste último tiene diferentes incentivos lo que hace más gravosa la situación para el principal.

También ocurre que en el problema de agencia se hace imposible para el principal monitorear y controlar todas las actuaciones del agente, esto debido a la información asimétrica que manejan las partes y a la falta de alineación de los objetivos, lo que en definitiva hará que en la relación principal-agente, el primero de ellos no vea realizados en su totalidad los objetivos que tenía planteados con el mandato.

El Análisis Económico del Derecho ha estudiado ampliamente los problemas que presentan las relaciones de agencia, y ha brindado soluciones a través de los contratos, para mejorar los incentivos de las partes, así como también reduciendo las asimetrías informativas y mejorando los mecanismos de control y monitoreo de la relación.

La teoría de la agencia¹² ha sido ampliamente utilizada en el Análisis Económico del Derecho aplicado a las organizaciones y empresas, los contratos, así como a toda integración relacional de diferentes sujetos bajo modalidades colaborativas en diferentes sectores.

Contrato.

El AED le asigna efectos económicos al contrato como un generador de intercambios económicos que de otra forma no serían posibles, dados los costos de transacción que envuelven cualquier actividad, es el contrato el que permite minimizarlos a través de la mitigación de riesgos, la generación de incentivos y la solución a externalidades.

Cooter y Ulen (1997) esbozan seis principios que a su entender deberían guiar la estructura del derecho contractual, cuya aplicación es más o menos frecuente (y más o menos sencilla) según el contexto en el que tengan lugar las relaciones contractuales. Dichos principios son

¹² Al respecto, Citando a Gorbaneff (2003). “La Teoría de la Agencia, junto con la teoría de costos de transacción, propiedad y contrato incompleto constituye el fundamento de la economía institucional y del enfoque económico a la organización. En cualquier interacción económica se pueden identificar dos partes: el agente y el principal. El agente realiza ciertas acciones por cuenta del principal, el cual necesariamente le debe delegar la autoridad. Como los intereses de agente y principal divergen, el hecho de delegar la autoridad implica que los objetivos del principal quedan realizados no en un 100%. Esta pérdida se llama la pérdida de la agencia. La teoría específica es el mecanismo que debe ser usado para minimizar la pérdida de la agencia.”

los siguientes: 1) permitir que los juegos con soluciones ineficientes se transformen en juegos con soluciones eficientes (facilitando la cooperación a través de contratos); 2) asegurar un nivel de cumplimiento óptimo de los contratos; 3) asegurar una confianza óptima en las promesas contractuales; 4) suministrar mecanismos eficientes de interpretación de las lagunas contractuales; 5) corregir fracasos de mercado mediante la regulación de los términos de los contratos; 6) promover relaciones permanentes que resuelvan el problema de la cooperación sin necesidad de utilizar contratos explícitos. (Coloma, 2009, p.20)

La maximización de la función social

Podemos definir al bienestar, como el conjunto de variables que influyen en la calidad de vida de los individuos y que conducen a la satisfacción plena de sus necesidades; de tal forma, que al hablar del bienestar social hacemos referencia al bienestar general de la sociedad.

Si bien, el bienestar social es un concepto abstracto y subjetivo, se encuentran diferentes criterios, que tanto en el derecho como en la economía, permiten hacer una medición con el fin de establecer si una determinada decisión tomada por el Estado puede llevar o no al bienestar social, a esto se circunscribe la denominada Economía del bienestar.

Según Stiglitz (2003, p. 31), la evaluación de un programa público se centra básicamente en dos cuestiones: Su influencia sobre la eficiencia económica y sus consecuencias distributivas.

Para empezar hay que definir a la economía del bienestar, como una teoría metodológica que evalúa la forma en la que se asignan los recursos por parte de los encargados de las decisiones políticas de un determinado conglomerado social.

La Real Academia de la Lengua define a la economía de bienestar como aquella que tiene como objetivo global extender a todos los sectores sociales los servicios y medios fundamentales para una vida digna.¹³

¹³ Ver en <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

En “Welfare, economics and Public Choice”, Timothy Besley (2002, p. 1) plantea que la economía del bienestar: “... provee las bases para juzgar los logros del mercado y de los encargados de decisiones políticas en la distribución o asignación de los recursos.”

El análisis económico del Derecho establece criterios diferenciadores, que permiten valorar el bienestar social y determinar el grado de eficiencia de una norma o institución jurídica para una sociedad.

Entre los más conocidos autores que se han dado a dicha tarea se encuentran Wilfredo Pareto, Nicholas Kaldor y John Hicks, quienes han buscado plantear una función del bienestar social y establecer un nivel óptimo en el que ésta se maximiza, enlazando dicho criterio con la eficiencia.

Al respecto, Pareto tiene un componente muy estricto y conservador al evaluar por ejemplo la eficiencia de una política pública, pues algún intento de cambio en las instituciones o normas jurídicas que empeore al menos a uno de los individuos será desvirtuada, aunque ello implique desmejorar así sea en un mínima proporción a los que están mejor. Por lo tanto el test de Pareto aunque limitado, se incorporará al análisis de las Asociaciones Público Privadas con el fin de determinar si el criterio más conveniente puede ser el que plantea este enfoque.

Hay que entender, que el derecho como un sistema de reglas e instituciones, tiene como objetivo maximizar la riqueza social y la disposición eficiente de los recursos escasos, los cuales “deben quedar en manos de quienes son más eficientes o de quienes más lo valoran, medidos estos en términos monetarios.” (Stordeur, 2004, p.5)

En este punto, las Asociaciones Público Privadas son susceptibles del test de eficiencia con el fin de determinar sus alcances en la maximización de los beneficios sociales, al menos en proyectos de infraestructura y en comparación con los tradicionales contratos de obra pública. Recordemos que eficiencia, se circunscribe en la práctica, a la consecución de objetivos aprovechando los recursos para lograr su ejecución con los menores costos posibles.

La indiferencia por las consecuencias del derecho puede llevar a fracasos institucionales. Estos fracasos surgen cuando se eligen soluciones ineficientes, es decir, distribuciones de derechos que dejen a algún sector peor de lo que estaba inicialmente sin que exista un beneficio para ningún otro sector.

Debe entonces buscarse soluciones que cumplan con un criterio de eficiencia, es decir, que mejoren a las personas cuya situación se desea beneficiar, pero sin empeorar la de otros, o por lo menos, que las ganancias sean superiores a las pérdidas, esta es la tarea del Estado, quien asume un papel activo en asegurar la maximización de los beneficios sociales con eficiencia y un adecuado marco normativo e institucional.

Recordemos por ejemplo, que el estado es el encargado de encarar los desafíos en materia de infraestructura, salud, educación, seguridad y demás prestaciones que aseguren la calidad de vida de los ciudadanos, por tal motivo, su papel en definir las políticas públicas para cumplir con esos cometidos es vital e importante y herramientas como el AED ayudan en la ponderación que debe hacerse entre diferentes tradeoffs y objetivos.

¿Y cuál es el papel del Estado en el logro de la eficiencia?

Una de las tareas más importantes de los estados actuales es el desarrollo de la actividad de servicio público, la cual se circunscribe a la satisfacción de aquellas necesidades requeridas por la sociedad con el fin de generar bienestar.

Por lo tanto, el Estado es el que se encuentra en mejor posición para la prestación de los servicios públicos, y/o su delegación, los cuales pueden ser asumidos directamente por la Administración, o indirectamente mediante empresas u entes estatales, ya sea, mediante la intervención de los privados bajo la regulación y direccionamiento del estado o de forma asociada.

Como afirma Comadira (2012, p.19): “La intervención del estado (sic)... se puede dar de forma directa para suministrar bienes o servicios que el mercado no brinda espontáneamente o, en su caso, para superar, rectificar las fallas de éste”

Se ha consolidado un modelo de prestación privada en la gran mayoría de servicios públicos, lo cual ha resignificado modalidades de contratación como la concesión y el contrato de obra, los cuales aprovechan la potestad del estado para combinar la experiencia y especialización técnica de los prestadores privados con el fin de generar eficiencia, calidad y derrames sociales.

En esa medida, los agentes privados realizan su objetivo, que es la maximización de utilidades, y dejan al Estado la estandarización y regulación de la actividad con su objetivo de maximizar la eficiencia asignativa; así el Estado logra encontrar un equilibrio al evitar tener que asumir los roles de prestador y regulador.

El modelo regulador ha funcionado en la mayoría de países de Latinoamérica, siendo el sector de servicios públicos domiciliarios el que tiene un mayor grado de desarrollo con diseños institucionales coordinados que facilitan la tarea regulatoria, sin embargo falta avanzar en actualización de activos, tecnologías y aumento de la inversión.

Los estándares de calidad y la protección al usuario junto con los debidos incentivos a los prestadores, hacen que en la mayoría de países se hayan alcanzado los objetivos sociales y de cubrimiento en un alto porcentaje. Sin embargo, en casos como el desarrollo de infraestructura no sucede lo mismo, principalmente por los pocos recursos que los Estados en vías de desarrollo pueden disponer para esos rubros, lo cual lleva a una falta de inversión en obras viales, puertos, escuelas, hospitales, lo cual evidentemente ha generado rezagos, brechas y atrasos importantes.

La inversión en infraestructura por parte del Estado

Uno de los aspectos que más aportan al bienestar de un país es la inversión que el Estado hace en infraestructura, ésta se relaciona con la disminución de la pobreza y el crecimiento económico; en tal sentido, su provisión eficiente es esencial en las políticas públicas y de desarrollo que orienten a la Administración.

El Estado además de buscar la eficiencia tanto en la prestación como en la administración de los recursos con los que cuenta, debe propender por asegurar niveles de inversión que sustenten los planes de desarrollo, y por generar el marco jurídico y el diseño institucional idóneo para que se puedan cumplir los objetivos.

El Banco Mundial, al definir su estrategia en el área de infraestructura, postula que estas inversiones han emergido como “verdaderos agentes de cambio”, al crear oportunidades de crecimiento económico y “focalizarse en los pobres y vulnerables” (Banco Mundial 2012).¹⁴

De la misma forma, los gobiernos del G20 (que agrupa las 20 mayores economías del mundo) crearon un panel especial para que estudie y haga propuestas sobre infraestructura en línea con las Metas de Desarrollo del Milenio¹⁵, para fortalecer y acelerar el proceso de desarrollo económico. (Consejo de Infraestructura chilena, 2011)

Pero y ¿qué se entiende por infraestructura? Adoptando el concepto del BID en el marco de la OCDE 2006, podemos definir a la infraestructura como el conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones –por lo general, de larga vida útil– que constituyen la base sobre la cual se produce la prestación de servicios considerados necesarios para el desarrollo de fines productivos, políticos, sociales y personales (BID, 2000).

Esta definición engloba un carácter general, siendo más preciso hablar de infraestructura pública para referirnos a aquella que el Estado brinda a sus ciudadanos con el fin de generar bienestar y condiciones estables de crecimiento.

La infraestructura puede dividirse en cuatro grandes grupos definidos según el objetivo que persiguen: desarrollo económico, desarrollo social, protección del medio ambiente, y acceso a la información y al conocimiento. (Rozas y Sánchez, 2004, p. 9)

El grupo que interesa para efectos de este trabajo es la infraestructura con objetivos de desarrollo económico, esta se puede traducir en la construcción de servicios conexos al transporte, tales como vías, puertos, puentes y carreteras que sirven a los fines económicos de un país. El gran inconveniente para un Estado que quiere desarrollar proyectos de infraestructura, en la mayoría de los casos, es la disponibilidad de los recursos para solventarlos y la falta de experiencia técnica y organizativa.

El Estado ha entrado en una relación de cooperación con los privados que subyace a la idea de mera regulación; los procesos de globalización y de integración económica, han hecho que

¹⁴ Para ampliar sobre este punto se puede consultar la página del Banco Mundial, disponible en foresight Directorate, Office of Science and Technology. www.foresight.gov.uk

¹⁵ Las Naciones Unidas manejan contenidos académicos interesantes sobre las Metas del Milenio en la página <http://www.un.org/es/millenniumgoals/>

los servicios públicos, principalmente el caso de la infraestructura con fines de desarrollo económico, deban ajustarse a la competitividad y crecimiento integral de los países requiriendo financiación e inversión constante para ese fin.

Así se ha llegado a la idea de que no solo se debe velar por el bienestar de los ciudadanos, sino también generar las condiciones óptimas para el crecimiento económico y la innovación en perspectiva macro.

La mejora en la provisión de servicios de infraestructura permite optimizar la gestión de costos de los agentes económicos. En efecto, las inversiones en infraestructura contribuyen a mejorar la accesibilidad a redes de servicios, reducir costos operacionales y lograr mayores niveles de eficiencia operativa, así como una mayor confiabilidad, calidad y cantidad de los servicios de infraestructura. Tanto la mejora en la accesibilidad a la red como los denominados “beneficios primarios” de las inversiones implican externalidades positivas en la asignación de los recursos y la expansión de los mercados internos y externos. (Rozas y Sánchez, 2004, p. 11)

Estudios empíricos de organismos internacionales, usando datos de 88 países a lo largo de 40 años, estiman que la elasticidad de la producción respecto de la inversión en infraestructura, fluctúa entre 0,07 y 0,10 (Calderón, 2011). Es decir, por cada peso invertido en infraestructura, es dable esperar que la producción de un país aumente entre 0,07 y 0,10 pesos anuales. Como los servicios de la infraestructura se prestan a lo largo de muchos años, estas elasticidades son verdaderamente importantes. Esto significa que la inversión en infraestructura “se paga” con mayor producción en un plazo que media entre 10 y 14 años y sigue ofreciendo sus servicios de ahí en adelante. (Consejo de Infraestructura chilena, 2011)

La infraestructura juega un papel muy importante en el crecimiento y bienestar que pueda tener un país, por lo tanto, el Estado no solo debe encarar la provisión de la misma y regularla, sino que también debe asumir un rol activo en la evaluación y gestión de los mecanismos de financiación de las inversiones que se requieran para ese fin.

Según Barbero (2016, p. 42), las funciones del Estado en la prestación de servicios públicos, entre estos la infraestructura, pueden resumirse en cuatro aspectos: a) el planeamiento y la determinación de las políticas sectoriales; b) la regulación y el control; c) el

financiamiento; y d) la provisión. Con lo cual se destaca el papel preponderante que este autor le da a la financiación y a la provisión como objetivos y obligaciones estatales.

Es en el financiamiento donde se han encontrado grandes inconvenientes, al menos en los países latinoamericanos, como el caso de Colombia, “la justificación de la participación directa del Estado en la financiación de obras y servicios radica en que los costos que considera el sector privado para tomar decisiones de inversión no contemplan las externalidades, que son frecuentes y significativas en la infraestructura”. (Rozas y Sánchez, 2004, p. 15)

Como mecanismo para disminuir costos de transacción y externalidades negativas, los contratos constituyen un medio pertinente para garantizar dichos propósitos; y se convierten en la forma de materializar la reciprocidad entre las partes, la minimización de asimetrías informativas, la eliminación de situaciones de incertidumbre, y por supuesto la disminución de costos ex ante y ex post, cuestiones que son fundamentales para la operatoria del Estado.

Los contratos públicos deben llevar implícito el test de eficiencia y el análisis costo-beneficio, herramientas propias del AED, a fin de obtener el mejor aprovechamiento de los recursos a invertir y el menor impacto posible en términos de gestión.

A su vez se debe evaluar el equilibrio o la ecuación contractual entre las partes y los riesgos; tales criterios sirven para evaluar cuándo puede ser óptima una forma de contratación u otra, puntualmente en materia de infraestructura. Hay que encontrar los puntos diferenciadores, coincidentes, ventajas y desventajas, tanto de los contratos de obra como de las Asociaciones público privadas para determinar en qué escenarios puede ser más beneficioso el uso de una u otra opción.

“Las experiencias acumuladas en diferentes países parecen indicar que la infraestructura económica (por ejemplo, el transporte) es generalmente un ámbito más propicio para la creación de este tipo de asociaciones que la infraestructura social (por ejemplo, la atención de la salud y la educación) por tres razones principales. Primero, los proyectos sólidos encaminados a resolver limitaciones evidentes de la infraestructura —como carreteras, ferrocarriles, puertos y electricidad— probablemente tengan altas tasas de rentabilidad económica y por ello resulten atractivos para el sector privado. Segundo, a menudo el cobro de tarifas a los usuarios resulta más factible y además más conveniente en los proyectos de

infraestructura económica. Tercero, por lo general los proyectos de infraestructura económica cuentan con un mercado más desarrollado para combinar la construcción con la prestación de servicios conexos (por ejemplo, la construcción y la explotación y mantenimiento de una carretera de peaje) que los proyectos de infraestructura social. Habida cuenta de estas consideraciones, no es de sorprender que las asociaciones público-privadas se utilicen en forma preponderante para la infraestructura vial, como sucede en varios de los países analizados en los estudios piloto. En general, las APP permiten al gobierno evitar o diferir el gasto en infraestructura sin renunciar a sus beneficios” (Akitoby, Hemming y Schwartz, 2007, p. 10)

El Estado es consciente que necesita generar alianzas con sectores privados que le permitan desarrollar proyectos con razonables ventajas técnicas, económicas y de riesgos, dejando a un lado el tradicional contrato de obra pública.

Hacer un análisis de las nuevas opciones de financiación y gestión de infraestructura (APP) frente a las tradicionales (contrato de obra) bajo la mirada del Análisis Económico del Derecho, se convierte en un ejercicio académico y de investigación interesante para determinar efectos potenciales en torno a políticas públicas y de desarrollo de un país.

Como conclusión, podemos reseñar que el Análisis Económico del Derecho brinda unas herramientas teóricas con el fin de aplicarlas al estudio jurídico, las cuales se abstraen de la Economía para entender el comportamiento de los agentes y la razón de ser de las instituciones, brindando una metodología de análisis a partir de la racionalidad económica y la eficiencia.

En esa medida, tenemos que conceptos como los costos de transacción, las externalidades, las relaciones de agencia, el estudio de los contratos, la eficiencia, etc, son cuestiones que permiten al operador jurídico predecir y asignar consecuencias a las situaciones que se presentan en la práctica, y en cualquier área del Derecho.

Atendiendo a lo anterior, analizar el bienestar social es uno de los temas recurrentes del AED, con lo cual tenemos un panorama muy amplio para revisar y evaluar las políticas e iniciativas estatales que permitan hacer una maximización de beneficios con racionalidad en costos y recursos, entre estos la tarea de prestar un servicio público y generar condiciones óptimas para el desarrollo integral de los ciudadanos.

Muchas de las dificultades en torno al bienestar se presentan por la poca inversión del Estado, por ejemplo en infraestructura, así se hace necesario buscar alternativas que se correspondan con la eficiencia, y ofrezcan mejores condiciones de calidad y gestión en pro de la maximización del bienestar social.

Capítulo 2. Problemas en la provisión de bienes y servicios públicos

Una vez presentadas las principales cuestiones que enmarcan al Análisis Económico del Derecho, en este capítulo vamos a dar una mirada a los cambios que la provisión de bienes y servicios públicos ha experimentado, para llegar a lo que hemos definido como Estado Asociativo y la nueva gobernanza que trae consigo este concepto.

Dichas transformaciones se propiciaron en cierta medida, gracias a lo que doctrinariamente se ha denominado como: “la huida del Derecho Administrativo”¹⁶. De esa forma, se puede entender el surgimiento de modalidades colaborativas como las Asociaciones Público Privadas, que son alternativas encaminadas a mejorar la eficiencia bajo esquemas novedosos.

Se va a revisar el concepto de eficiencia y su relación con la maximización de beneficios dentro del Análisis Económico del Derecho, para hacer al final una breve mención sobre papel de los contratos en la búsqueda de tal eficiencia, atendiendo a que es el marco contractual, el que en definitiva se convierte en la herramienta indispensable para darle exitosa vida jurídica a la modalidad público-privada.

El surgimiento de figuras como las Asociaciones Público Privadas, así como otras personificaciones jurídicas que permiten la participación activa de los particulares en la prestación y provisión de bienes y servicios públicos, son el resultado de la experiencia acumulada por la Administración. Un camino en el que se han evidenciado fallas que afectan directamente el bienestar social, donde la prueba y el error constituyen un camino de cambio permanente.

Partiendo de la experiencia pública, en la que jugó un papel definitivo el concepto de Estado como titular de servicio público, producto de las teorías francesas desembarcadas en Latinoamérica y que trajo consigo nacionalizaciones en la provisión de bienes y servicios, hasta el surgimiento del estado neoliberal y con éste, el paso en los años 80 a las privatizaciones en todos los sectores, se puede observar que ambos modelos en extremos

¹⁶ Al respecto, es muy interesante ver como en la Conferencia “El Derecho Administrativo y la decadencia argentina” del Dr. Héctor Mairal al incorporarse como Académico de Número a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en sesión pública del 22 de agosto de 2012, relaciona la exclusión de los privados en la economía y en la actividad de servicio público debido a la ampliación indebida de las potestades estatales a través del Derecho Administrativo.

opuestos, han tenido desventajas que han sido evidenciadas en el trasegar normativo e institucional¹⁷.

De esa forma, en la actualidad el concepto de colaboración en los bienes públicos ha cobrado especial vigencia, encontrando en la combinación de esfuerzos públicos y privados, una solución para generar situaciones gana-gana, llegándose a un equilibrio para todos los actores, una eficiencia productiva y los consecuentes derrames positivos en el bienestar social.

Una mirada al problema de los bienes públicos

El concepto de bienes públicos ha sido ampliamente desarrollado por la literatura de la Economía y el Derecho, siendo definidos principalmente por sus características de no exclusión, no división y no rivalidad en el consumo.

Como lo indica Lynch (1997): “Se dice que un bien público es aquel que produce efectos sobre quienes no han participado en la transacción. Es decir, aquellos que producen efectos para terceros o externalidades que no son susceptibles de internalizarse. En otros términos, aquellos bienes que se producen para todos o no se producen puesto que no se puede excluir a otros. Por ejemplo, un bien público sería un perfume agradable que usa una persona y que

¹⁷ Mairal (2003) expresa al respecto que “La temática del servicio público, durante largos años relativamente poco frecuentada en nuestro derecho administrativo, ha vuelto por sus fueros. La política de privatización de las empresas estatales comenzada en los últimos años de la década de 1980, la ha puesto nuevamente sobre el tapete, como lo demuestran los trabajos que Cassagne (1), Grecco (2), Barra (3) y otros autores (4) le han dedicado. El fenómeno lo vaticinó el jurista inglés Cosmo Graham en ocasión de participar en el Primer Seminario Internacional sobre Aspectos Legales de la Privatización y Desregulación que se celebró en Buenos Aires en 1989: la opinión pública es remisa a interesarse en los servicios públicos mientras los maneja el Estado, pero cuando ellos pasan a la órbita privada la polémica encuentra ávidos contendores y espectadores (5).

En la esfera jurídica ello tiene una justificación adicional, ya que la operación privada del servicio público agrega una relación jurídica fundamental, la del prestador con la administración, ausente cuando ambas figuras se subsumen en el Estado. Por su importancia económica tanto como por la nítida confrontación de roles, esta nueva relación es la que da lugar, precisamente, a la principal literatura jurídica en la materia (6).

Pero, además, la relación prestador-usuario, que cuando el servicio es prestado por la administración se identifica con la relación general individuo-Estado y está sujeta a sus avatares, adquiere especificidad cuando se traba entre el usuario y el prestador privado. Así ocurre que el Estado, que pareció desentenderse de la suerte de los usuarios cuando él prestaba el servicio, tratándolos como "administrados" con la connotación de subordinación que el término conlleva, descubre ahora que es responsable de cuidar que sean correctamente tratados por los prestadores privados y establece niveles de calidad de servicio y de atención cuyo incumplimiento puede acarrear serias consecuencias jurídicas para dichos prestadores.”

otros disfrutan, mientras que un bien privado sería el uso del teléfono que sólo beneficia al usuario. Asimismo, los bienes públicos tienen la característica de la no-rivalidad, lo cual significa que el bien no disminuye por el hecho de que lo consuma un número mayor de personas.”

Los bienes públicos han sido relacionados con la titularidad del Estado, siendo entendidos como parte de la órbita estatal en el cumplimiento de sus fines en favor de los ciudadanos, lo cual garantiza que en cierta medida, las fallas de mercado en la provisión de tales bienes públicos sean corregidas como una tarea propia de la Administración.

Según lo explica Tanzi (2008) “Una razón importante es que una vez que se proporcionan estos bienes, el proveedor no puede excluir de su usufructo a los individuos que no quieren contribuir a costearlos. Por otra parte, una vez que se han proporcionado, pueden ser consumidos por todos, de modo que resulta ineficiente para una sociedad en su conjunto excluir a algunos de su consumo. Siendo así, cuando los bienes son esenciales, deben ser provistos (pero no necesariamente producidos) por el Estado. Se trata de los bienes públicos de los que habla la literatura económica. Asimismo, la producción o el consumo de algunos bienes o actividades genera externalidades positivas o negativas que no aprovechan quienes los consumen o producen. De no intervenir el Estado, el mercado registrará una sobreproducción o subproducción de esos bienes o actividades.” (p.80).

Al respecto, es preciso recordar que las fallas del mercado implican una asignación ineficiente de los recursos y por tanto, una producción por fuera de lo que se debe considerar óptimo; en tal sentido, se debe entender que la actuación de su titular natural, el Estado, pueda equilibrarlas y corregirlas.

En los bienes públicos se ha reconocido que las principales fallas de mercado que presentan su provisión son: el suministro ineficiente y el subconsumo; ambas requieren una activa y equilibrada actuación por parte del Estado, pues ningún extremo es bueno, por un lado un Estado con una presencia total en la economía hace que los privados pierdan incentivos para participar en la producción de dichos bienes y en el otro extremo, un Estado

limitado como el que propone Adam Smith con su “laissez faire, laissez passer”¹⁸ tampoco equilibra la balanza en la provisión de los bienes públicos, ni corrige las fallas de mercado.

Para empezar, la llegada del Derecho Administrativo a los países latinoamericanos trajo consigo la adopción, muchas veces inadecuada de diferentes figuras y construcciones jurídicas que alimentaban y agigantaban las potestades estatales, como lo cita Mairal (2012)¹⁹: “Paralelamente con el afianzamiento del derecho administrativo y la creación de un fuero especializado, a partir de mediados del siglo XX la presencia del Estado en nuestra economía creció desmesuradamente. “Esta evolución –bien se ha dicho– limitó, y en algunos casos eliminó, la autonomía y vitalidad de la sociedad civil [...] los principios liberales se diluyeron y fueron reemplazados por ideas y políticas intervencionistas, híper regulatorias y usualmente autoritarias”. Pero un Estado que quiso así estar presente en casi todas las actividades económicas fundamentales no fue eficiente.” (p.20)

Por tanto, el Estado se convirtió en un actor tirano en las decisiones que afectaban el bienestar social, gracias a las amplias potestades que el ordenamiento jurídico le concedió y a los errores cometidos en su seno, no siendo precisamente en la mayoría de los casos de provisión de bienes y servicios públicos, el mejor habilitado para asumir los riesgos, ni el cheapest cost avoider²⁰ en la ecuación contractual.

¹⁸ Se asemeja a la discusión Smith Vs Keynes, un Estado con mínima presencia en la economía o un Estado intervencionista.

¹⁹ Como lo explica Mairal (2012, p. 22): “Se creó así un sistema jurídico que permite al Estado llevar a cabo su voluntad sin otros límites, normalmente, que, en primer lugar, las repercusiones políticas internas e internacionales y, en segundo lugar, la obligación de reparar los daños causados. Pero este segundo límite es insuficiente por tardío (demora de 10 a 20 años) y limitado en el monto cuando no, finalmente, desconocido en la sustancia. Este sistema jurídico todopoderoso está a disposición de la administración de turno. Algunas administraciones lo aplicarán con prudencia, otras no. Algo similar ocurrió en Italia en las primeras décadas del siglo XX: el carácter autoritario de su derecho administrativo, que enfatizaba la presunción de legitimidad del acto administrativo y su ejecutoriedad, precedió al gobierno fascista. Como dice Giorgio Lombardi en su introducción a la obra de Alberto Aquarone “La Organización del Estado Totalitario”, para implantar sus políticas autoritarias Mussolini no necesitó sino aplicar el derecho administrativo que se había construido bajo los gobiernos liberales precedentes.”

²⁰ Para ampliar el concepto se cita a Acciarri: “Puede resumirse en la aspiración normativa que indica que debe evitar los costos derivados de los daños, la parte que esté en condiciones de hacerlo a menor costo. Con esa finalidad en mente, es posible adoptar la decisión social acerca de cuál sea el instrumento (un sistema de responsabilidad objetiva o subjetiva, un sistema administrativo de compensaciones, etc.) que mejor la cumpla, y también, ajustar el diseño –la “sintonía fina”- de cada uno de esos instrumentos.”

Hugo A Acciarri. Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños. Berkeley, USA(2009)

Disponible en: http://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/31/

La finalidad del Estado de promover la prosperidad general, maximizar la riqueza, y el bienestar social se veían vulnerados y desdibujados, al tener un papel absoluto frente a los agentes privados, como lo dice Mairal (2012), un Estado con "un sistema jurídico todopoderoso", trajo consigo un Estado autoritario. De esa forma, la provisión de bienes públicos, como proyectos de infraestructura, mantenimiento de servicios, entre otros, se hacía con información imperfecta, graves problemas de agencia, inexperiencia, sobrecostos, burocracia y corrupción, a costa de los ciudadanos, la inversión social y la generación de valor por parte del sector privado.

La modalidad usada de forma tradicional para la provisión de bienes públicos, el Contrato de Obra Pública, se convertía en la gran mayoría de ocasiones en un cúmulo de errores a costa de la eficiencia productiva, entendida esta como el proceso en el cual la riqueza social aumenta con el tiempo²¹; todo esto alimentado por la indebida ampliación de las facultades estatales.

El freno en la inversión privada desligó totalmente a los particulares de la provisión de los bienes públicos, como lo dice Mairal (2012, p.27): "Durante la mayor parte de los últimos setenta años el Estado argentino, recordando la figura del perro del hortelano, no invirtió en infraestructura, o lo hizo por montos insuficientes, pero tampoco creó condiciones favorables para que los particulares inviertan. Ya desde mediados del siglo XX se destacaba la falta de inversiones en infraestructura como una de las principales falencias de la economía argentina. Nuevamente son pertinentes las palabras de Alberdi: el gobierno, que se convierte además en

²¹ Es interesante abordar la discusión que se plantea entre Posner y Dworkin sobre eficiencia distributiva y eficiencia productiva. En el artículo "la Riqueza como valor" Traducido por el Profesor Enrique Bour se trata ampliamente tal controversia, "La eficiencia productiva es un concepto mucho más sutil y fácilmente ignorado que la eficiencia distributiva. También es mucho más potente porque es la fuente de la mejora continua de la sociedad a través del tiempo. Mientras que la eficiencia distributiva describe un estado del mundo en el cual la riqueza social se maximiza en un momento dado, la eficiencia productiva describe el proceso mediante el cual la riqueza social aumenta con el tiempo. La medida en que la eficiencia distributiva es en absoluto importante, radica en el incentivo que proporciona a individuos maximizadores a buscar nuevas oportunidades productivas. El problema de personificar la sociedad puede desaparecer por completo cuando se reconoce adecuadamente la importancia de la eficiencia productiva. A diferencia de la eficiencia distributiva, los beneficios de la eficiencia productiva recaen uniformemente sobre todos los miembros de la sociedad porque la eficiencia productiva resulta cuando se anima a todos en la sociedad a emprender inversiones productivas para aumentar su propia riqueza. Por lo tanto, la maximización de la riqueza social se considera como el proceso mediante el cual todos los individuos, ya sean ricos o pobres, talentosos o sin talento, ignorantes o inteligentes, mejoran la suya propia y, en consecuencia, la de la sociedad."

Disponible en:

http://ebour.com.ar/ensayos_meyde2/I-17-Johnsen%20-%20La%20Riqueza%20como%20Valor.pdf

empresario, “ni gobierna, ni gana, ni deja ganar a los particulares”. Situación que no solo sucedió en Argentina sino en todos los países latinoamericanos y que aún hoy seguimos padeciendo.

Con el tiempo, la falta de inversión activa por parte de la Administración pasó su cuenta de cobro, y dejó en evidencia graves atrasos y grandes brechas en la provisión y prestación de bienes y servicios públicos. El caso colombiano por ejemplo, evidencia tal situación en infraestructura vial²², teniendo un atraso de casi 20 años por la falta de inversión, igual situación acontece en el caso argentino, en el que el problema de suministro de energía eléctrica se origina en la misma causa, una falta de inversión y de gestión eficiente. En definitiva, la negligencia, la desidia y el mal uso de los recursos públicos por parte de una Administración a la que le hicieron creer que era omnipotente, fue la causa de las grandes dificultades que incluso, hoy persisten.

Se necesitaba un cambio profundo, y de las nacionalizaciones se pasó al proceso de las privatizaciones²³. Como lo expresa Guarnido, García y Amate (2007), la privatización tiene como objetivo reordenar la actividad del sector público, partiendo de una excesiva e innecesaria presencia de lo público.

Fue en ese punto, que nuevamente la adopción de figuras extranjeras en países no preparados para recibirlos, trajo consecuencias importantes, pues de ese Estado autoritario se pasó al modelo privatizador, en el que se solucionaron importantes cuestiones sobre la actividad de servicio público y la provisión de bienes públicos pero se gestaron otro tipo de problemas, que de igual forma, impidieron la eficiencia productiva y el óptimo derrame social, consecuencias que también se reflejan en la situación actual de los bienes públicos.

²² La CEPAL calcula la demanda anual de inversión en infraestructura en la región en un 7,9% de su PIB, y para cerrar la brecha existente entre la oferta y demanda de infraestructura, pronostica que los países de la región deberían invertir 6,2% anual de su producto interno bruto (PIB) entre 2012 y 2020 –unos 320.000 millones de dólares. Según este informe[#] el rubro que requiere mayor inversión en la región y en general en cada uno de los países es la infraestructura del transporte, con una inversión mínima de 1,46% del PIB frente a por ejemplo, aguas y saneamiento que solo requerirá el 0,33% de inversión. Ver en: Perrotti, Daniel; Sánchez, Ricardo J. (2011). “La brecha de infraestructura en América Latina y el Caribe” en CEPAL con base a Calderón, César; Servén, Luis. “Infraestructure in Latin America” y Calderón, César; Servén, Luis. “The effects of infrastructure development on growth and income distribution”, documentos publicados por Banco Mundial y el Banco de Chile, respectivamente.

²³ Para ampliar el tema ver: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado: crisis y reforma del sector público. Edit Marcial Pons, 1993

Si bien como en todo, hay acérrimos defensores de estos modelos y profundos detractores, lo único cierto es que la experiencia se ha encargado de demostrar que aún no funcionan del todo en torno a la eficiencia en la provisión de bienes y servicios públicos.

Los procesos privatizadores no solo se hicieron con el argumento de ofrecer un mejor suministro de bienes públicos, sino que se motivaron por cuestiones fiscales y de escasez económica, producto de las malas administraciones del sector público con los procesos de nacionalización de los activos del Estado²⁴. Cuestiones que han traído críticas a estos procesos por la falta de planeación y la posición deficitaria del Estado, lo cual aceleró aún más ese cambio tan abrupto en la forma de gestión.

La privatización cedió el protagonismo al sector privado con la transferencia de los derechos de propiedad de los bienes públicos, desligándose de su prestación al Estado,

²⁴ Ver Gerchunoff, Greco y Bondorevsky (2003). Se mencionan las ventajas y desventajas de los modelos privatizadores en la prestación de servicios públicos: “Las opiniones más favorables respecto del desempeño de los prestadores privados de servicios públicos argumentan que las privatizaciones contribuyeron significativamente a consolidar y a beneficiar a la mayoría de las partes interesadas: gobierno, consumidores, inversores y empleados de las empresas. En tal sentido, se afirma que el gobierno de Argentina fue un claro ganador en este proceso. En el plano internacional, se considera que las privatizaciones llevaron una fuerte señal a todo el mundo acerca de su compromiso con la reestructuración de la economía. En lo referente a las cuentas externas, las privatizaciones ayudaron a la reducción de la deuda externa y a la atracción de la inversión extranjera. Por otro lado, en el campo fiscal se señalan los efectos benéficos generados por la eliminación de transferencias hacia empresas deficitarias y por la recaudación de nuevos impuestos cobrados a las nuevas empresas privatizadas. Además, se sostiene que el gobierno también resultó ganador por la apreciación en el valor de sus acciones residuales en tales firmas. 1 Los trabajos de Shaikh (1996, publicado por el Banco Mundial) y Azpiazu (2001, FLACSO), constituyen emergentes de dos enfoques analíticos casi extremos respecto de la evaluación de las privatizaciones y el posterior desempeño de las empresas reguladas, que resultan útiles a la hora de referenciar el amplio rango de opiniones que puede encontrarse en la literatura. 2 Shaikh, op.cit. CEPAL – SERIE Gestión pública N° 34 9 Asimismo, de acuerdo a esta visión acrítica del proceso privatizador, los consumidores se vieron beneficiados con la expansión de los servicios y la mejora en su calidad. Con respecto a los precios, el resultado fue diferente según los sectores, aunque se destaca que en general los consumidores se beneficiaron con la baja inicial en el precio del agua, como también en la mayoría de las categorías del servicio eléctrico, en algunas categorías de gas natural y en el cargo de instalación en telefonía. Entre los inversores, por su parte, se considera que los “inversores estratégicos” se han beneficiado con las privatizaciones debido fundamentalmente a las ganancias de capital por la apreciación en el valor de las compañías y a mayores beneficios anuales.3 Por último, desde esta óptica se juzga que el impacto conjunto sobre los trabajadores habría sido mixto: aquéllos que retuvieron su trabajo claramente se beneficiaron, mientras que aquellos que lo perdieron fueron compensados parcialmente con medidas que alivianaron el impacto de quedar desempleados, como por ejemplo indemnizaciones y programas de reentrenamiento profesional.4 Desde la perspectiva más crítica del proceso de privatizaciones y sus consecuencias,5 las conclusiones no sólo son contrastantes con las que se acaban de exponer, sino que también ponen el acento en otros efectos confluyentes. Así, se destaca entre los principales resultados estructurales del proceso a la consolidación y preservación de mercados monopólicos u oligopólicos, incluso con garantías de internalización de rentas extraordinarias; la transferencia de activos subvaluados y, fundamentalmente, la cesión de un poder regulatorio decisivo en términos de la configuración de la estructura de precios y rentabilidades relativas de la economía; por fin, se enfatiza la profundización del proceso de concentración y centralización del capital y la consiguiente reconfiguración del poder económico local” (p. 8)

situación que igualmente coincidió con la denominada “Huida del Derecho Administrativo”²⁵, fenómeno en el que la actuación del Estado se somete a las reglas propias del Derecho Privado, de esta forma, el Estado además de ceder su poder en términos de prestación y titularidad de los bienes públicos, redujo sus potestades en materia normativa.

Como lo dice Gerchunoff (2003) “Hoy, visto en retrospectiva, el desempeño de las privatizaciones a lo largo de la década pasada no ha seguido en todos los casos el resultado esperable de acuerdo a las intenciones originales. En ciertos casos, se han conseguido resultados eficientes en términos dinámicos a partir de situaciones de origen en las cuales se privilegiaron motivaciones fiscales y reputacionales -como sucedió a través de la mayor competencia alcanzada en los servicios de telecomunicaciones-. En otros casos, partiendo de marcos regulatorios diseñados en pos de la eficiencia económica, no se logró traducir esos objetivos en menores precios a los consumidores (un ejemplo es la insuficiente competencia en el mercado mayorista de gas). Las causas de tales derroteros divergentes respecto de los que se habrían previsto hay que buscarlas en otros factores, entre los cuales pueden citarse al menos cinco: la forma en que se reestructuró la industria, la regulación de conducta aplicada, la estructura tecnológica del sector, la posibilidad de competencia y las barreras a la entrada.” (p. 13)

Pero no todo es perfecto, si bien se logró esa participación tan necesitada de los particulares, con las privatizaciones se perdieron activos importantes para el Estado, en algunos casos como en la prestación de servicios públicos, se hicieron más onerosas las tarifas para los ciudadanos, se desdibujaron los incentivos para que el sector privado produjera el óptimo social y se sobredimensionó la maximización de beneficios para los empresarios. Se llegó al otro extremo, que tampoco garantizó una adecuada provisión de bienes públicos.

La tendencia en Latinoamérica se encamina a tratar de revertir esos errores, pues a pesar de los cambios estructurales que llegaron con el paso de un extremo al otro, es decir de nacionalizar a privatizar, aún hay fallas persistentes en cuanto a la eficiencia productiva y el óptimo social en la provisión de bienes públicos, así un tercer estadio trajo consigo el concepto del Estado regulador, es decir, aquel que se encarga de direccionar y controlar al

²⁵ Ver Romero (2002), quien describe como la huida del Derecho Administrativo conlleva la privatización del sector público y su entrega al Derecho Civil y Mercantil.

sector privado y deja que estos participen en la provisión y prestación de bienes y servicios públicos cuando cuentan con las mejores condiciones para hacerlo.

Este camino tiende hacia un equilibrio, pues la Administración hace lo que mejor sabe, el papel de direccionamiento y regulación, privilegiando el desarrollo de una gestión eficiente y eficaz bajo los conceptos de liberalización del mercado, transferencia al sector privado y otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas.

Muñoz (1993)²⁶ lo plasmó en las siguientes palabras: “Tradicionalmente se han justificado las privatizaciones de empresas públicas en términos de la mayor eficiencia que ellas alcanzarían y, por lo tanto, del mayor bienestar económico general para la población. Pero como es bien sabido, la eficiencia individual de las empresas no es sinónimo de eficiencia económica a nivel nacional. El bienestar de la población se ve influido por ambos factores. En sectores en que por su naturaleza tecnológica y el tamaño del mercado tienden a prevalecer situaciones monopólicas u oligopólicas, es necesario que el Estado defina una institucionalidad que haga visibles las reglas del juego y proteja los intereses tanto de las empresas competidoras como de los consumidores finales.

Se está produciendo, así, un cambio importante en algunas de las funciones clásicas del Estado en la economía. El tradicional rol empresarial que el Estado ejerció, sobre todo en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, tiende a reducirse y modificarse progresivamente conforme crece la actividad y relevancia del sector privado. Pero surge la necesidad de desarrollar los marcos institucionales dentro de los cuales deben operar los mercados. Es falsa la imagen de que una economía de mercado se basta a sí misma para resolver los principales problemas económicos. Históricamente los mercados se desarrollaron gracias a innovaciones institucionales, las cuales no fueron ajenas a una acción del Estado en ese sentido.” (p. 18)

Ese equilibrio entre sector público y privado sigue en desarrollo y ha desembocado en los últimos años en figuras colaborativas como las Asociaciones Público Privadas, que permiten desarrollar proyectos con razonables ventajas técnicas, económicas y de riesgos, más allá del tradicional contrato de obra pública y que son justificadas por las fallas de mercado de los

²⁶ El autor anticipa los modelos colaborativos en la provisión de bienes públicos.

bienes públicos, se puede decir que actualmente estamos pasando de un Estado Regulador a un Estado Asociativo²⁷.

Hay un cambio de paradigma en la concepción del Estado, un desarrollo más equilibrado, que merece una oportunidad en la historia, con las Asociaciones Público Privadas como protagonistas.

Huapaya (2013) lo expresa así “En tal sentido, las APP son expresión de que el rol prestacional del Estado aún del que se precise ser “mínimo” o “Regulador” no puede estar ausente. Creo firmemente que estamos asistiendo a un tránsito desde el Estado Regulador, que impone reglas que subordinan al privado a cumplir con objetivos de comando y control hacia un esquema que busca asociar al privado con el Estado mediante contratos para la consecución de objetivos de interés público, fundamentalmente a un gobierno a través de contratos, o mejor dicho, a un Estado contractualizado para el cumplimiento de sus roles tradicionales. Que abandona los mecanismos clásicos de la locación de obra pública, para sustituirlos por los modernos mecanismos de la APP, con o sin cofinanciamiento, con o sin

²⁷ Es interesante entender el nuevo paradigma del Estado a través de los modelos colaborativos, como lo expresa Klener (2012) “La historia del poder, contrapuesto entre el Estado, por un lado, y la sociedad y las personas, por el otro, se ha concentrado en (1) generar un marco regulatorio y atributivo de facultades de los órganos públicos –una Constitución–, que contenga el ejercicio del poder público y atribuya o reconozca derechos a las personas que les permitan gozar un margen más o menos apreciable de libertad, y (2) garantizar a las personas un trato igualitario; de que no se verán afectadas por actuaciones arbitrarias de parte de los órganos del Estado, y de asegurar que este último propiciará condiciones básicas que permitirán a cada cual su desarrollo personal con igualdad de posibilidades.. Como se aprecia, en (1) se representa el Estado liberal–constitucional, y sus premisas máximas: el Estado de Derecho y la democracia. En (2) se representa el Estado Social y su instrumento esencial: el servicio público. Este esquema ha permitido mantener separados completamente los ámbitos de interés y actuación del sector público (regulación–servicios de interés colectivo) de aquellos propios de la sociedad y los particulares (economía–mercado). Ello, graficado fielmente en el texto constitucional, por un principio de subsidiariedad y una autonomía de los cuerpos intermedios. Sin embargo, hay muchas cuestiones o fenómenos de reciente data que ponen en duda si el sistema puede seguir funcionando satisfactoriamente sin entrar a una revisión de sus bases. Hace ya mucho tiempo que la persona había dejado de ser solamente un súbdito para pasar a ser ciudadano; y hace ya largo tiempo que las personas han podido imponer al Estado la idea de que el ejercicio del poder público no justifica atentar contra sus derechos esenciales. Pero, ahora, y de la mano de la *www*, el pueblo pasó a ser algo concreto, en todo sentido de la palabra: es una persona activa que opina, participa, fiscaliza, comenta y actúa a través de organizaciones civiles, tanto a nivel cibernético como en las calles. Con lo anterior, no debe extrañar que los sistemas político–constitucionales de muchos países –incluyendo por cierto el caso chileno– no ofrezcan al ciudadano común maneras útiles y eficientes de actuar: allí están las elecciones políticas, los plebiscitos y, también, la libertad para emitir opiniones políticas y para manifestarse políticamente. Pero, estas instancias formales muestran sus limitaciones frente a nuevas formas de interacción social y política que están basadas en las facilidades de la comunicación y transmisión de información a través de medios privados y globales, es decir, que no son controlados por el gobierno ni dirigidos por los medios de prensa. Es que ahora, a decir verdad, se han dado unas condiciones tan especiales que las personas pueden ganar espacios de poder sin necesidad de actuar desde lo público”.

contratos de concesión, por iniciativa pública o privada, pero siempre con el objetivo de compartir espacios de beneficio y riesgo entre el particular y el Estado para obtener la prestación de mejores servicios públicos e infraestructuras en beneficio de la sociedad.”

Latinoamérica²⁸ es protagonista en ese cambio y la gran acogida que han tenido las Asociaciones Público Privadas son muestra de la entrada en vigencia del Estado Asociativo²⁹, que enfatiza en la maximización de la eficiencia en la provisión de bienes públicos, pues toma las mejores ventajas competitivas de ambos sectores, asignando los riesgos a aquella parte que está en mejores condiciones para asumirlos. Ya no solamente se busca que el Estado regule y delegue sino una participación activa con la inversión en recursos y trabajo de los agentes privados, lo que implica ir dejando a un lado la contratación pública tradicional para incorporar esquemas nuevos de inversión, contratación y gestión.

Pero no solamente entramos en un nuevo modelo de gestión pública, que como ya lo presentamos en apartes anteriores, lo hemos denominado Estado Asociativo, sino que también hay un cambio en la gobernanza³⁰, entendida esta como la relación del Estado con los particulares, y el mercado; la cual tiende cada vez más, a usar relaciones horizontales y en red para resolver la provisión de bienes y servicios en pos del bien común, llevando a interacciones equilibradas entre la Administración Pública y los privados, tendencia que como lo hemos manifestado se extiende a toda la Región.

Hoy se habla de Nueva Gobernanza³¹ para enmarcar esos procesos asociativos como es el caso de las Asociaciones Público Privadas, así lo manifiesta Aguilar (2015) “La nueva

²⁸ El Banco Interamericano de Desarrollo - BID, se ha dado a la tarea de promocionar las bondades y beneficios de las Asociaciones Público Privadas, para lo cual ha desarrollado textos y herramientas de gran utilidad, además apoya estudios e investigaciones en temas particulares. Precisamente el BID a través del Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) junto con The Economist Intelligence Unit (EIU), ha creado una herramienta interactiva que se conoce como “Índice del Infrascopio, el cual mide la capacidad de 19 países de América Latina y el Caribe para movilizar inversión privada en infraestructura a través de Asociaciones Público-Privadas (APP), emitiendo un informe en el que da a conocer los resultados, hace un diagnóstico y genera recomendaciones a cada uno de los países.

²⁹ Ariño ha planteado el concepto de “Empresa público privatizada”, en un sentido similar a lo que proponemos como Estado Asociativo. Disponible en : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17282>

³⁰ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define a la gobernanza como: “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía.”

³¹ Para ampliar el tema ver: Jiménez, W, Roncancio P y Ramírez C. Gobernabilidad y Gobernanza en la Transformación de la Acción Pública: Propuesta Teórica y estudio de Caso. Escuela Superior de Administración Pública, Colombia, 2007.

gobernanza consiste entonces, en que el proceso social de decidir los objetivos de la convivencia y las formas de coordinarse para realizarlos se lleva a cabo en modo de interdependencia-asociación-coproducción-corresponsabilidad entre el gobierno y las organizaciones privadas y sociales. Se ha transitado de un “centro de gobierno” a un “sistema de gobierno”. El corazón del concepto de la (nueva) gobernanza es un concepto descentralizado de la dirección social.”

No cabe duda que los diferentes actores de los procesos económicos y sociales (Estado y particulares) en búsqueda de sus objetivos individuales, llámese para el Estado provisión y bienestar de la sociedad y para los privados, utilidades y beneficios han llegado a un punto de equilibrio mediante la cooperación, encontrando en las relaciones horizontales un camino de grandes ventajas frente a las limitaciones que pueden tener individualmente.

En el caso de la provisión de bienes y servicios públicos, el Estado no cuenta con la capacidad suficiente para prescindir de la experiencia y recursos de los privados y estos sin la participación activa del Estado no encontrarían un marco y seguridad jurídica, por tanto es mejor la suma de esfuerzos que las acciones individuales.³²

Jimenez, Roncancio y Ramírez (2007) expresan sobre la nueva gobernanza que hay una “relativización” de los límites entre lo público y lo privado creándose lo que denominan una red de actores (públicos, privados, ciudadanos) que mediante relaciones de cooperación

³² En este punto, es muy interesante mencionar que desarrollos teóricos recientes, como el Impact Investing, y la Responsabilidad Social Empresaria, mantienen una estrecha relación con la idea del Estado Asociativo; ésta va en línea con los valores de la sociedad y la búsqueda del bien común, como lo expresa HERS (2013) “La R.S.E. surge como un concepto teórico de la disciplina de administración, procurando dar respuesta a exigencias éticas de las organizaciones de la comunidad.

La R.S.E. plantea una mejora de la transparencia empresarial, la disciplina del mercado, el medio ambiente, la calidad de vida de clientes y consumidores, el bienestar de los empleados y sus familiares, y la provisión de bienes públicos de la comunidad.

La provisión para estos objetivos asignados a la empresa —desde el entorno— se realizaría, bien desviando recursos de la corporación privada o eligiendo estrategias rentables en el largo plazo, que las involucrarán en proyectos con aspectos sociales.”

Para ampliar sobre este tema Ver: HERS, Liliana Isabel. Responsabilidad social empresarial, legitimidad y derecho de la concurrencia. VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 2013)

Disponible en:
<https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1176/CDS12030595.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

determinan la acción pública. Podemos afirmar entonces, que las Asociaciones Público Privadas son esa expresión de la Nueva Gobernanza.

De otro lado, no se puede perder de vista que estas interacciones asociativas (público-privado) no pueden llegar a desdibujar cuestiones estructurales, por ejemplo, que los bienes públicos son de titularidad del Estado, y que éste es quien debe demarcar el plan de acción a seguir para su provisión y gestión, pues si bien se busca una acción horizontal y de equilibrio, no es posible quitarle al Estado su condición de Estado con todas las implicaciones en cuanto a facultades y potestades que éste ostenta, por tanto, el balance entre las actuaciones debe estar orientado de manera primordial a la búsqueda de la eficiencia.

En búsqueda de la eficiencia

Como lo mencionamos anteriormente, la titularidad de la prestación y provisión de bienes y servicios públicos sigue siendo de la órbita estatal en aras del bienestar de los ciudadanos, aun cuando las relaciones entre el sector público y privado cambien de forma en diferentes planos.

Se ha dado todo un proceso de evolución en la estructura del Estado, el cual permitió hacer un cambio de matices en la idea de organización de la Administración y la participación privada, sin embargo, la cuestión sobre la titularidad de los bienes públicos en cabeza del Estado a nuestro entender, no admite cambio alguno, primero, porque éste es quien asume la tarea de búsqueda del beneficio social como uno de sus fines en sí mismo y su razón de existir³³, y en segundo lugar, porque si los bienes públicos no estuvieran a cargo del Estado, perderían eso, su condición de ser bienes públicos.

³³ Una de las tareas más importantes de los estados actuales es el desarrollo de la actividad de servicio público, la cual se circunscribe a la satisfacción de aquellas necesidades requeridas por la sociedad con el fin de generar bienestar. Según Comadira (2005) "...el servicio público es un título jurídico, en sí mismo exorbitante, invocado por el Estado para dar satisfacción o, en su caso, asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común". (p. 19)

Duguit define al servicio público como "toda actividad cuya ejecución debe ser asegurada, reglada y controlada por los gobernantes, porque esa ejecución es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y que es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante" (Stoffaes, 1995, p.7). Así, hay que precisar que algunos bienes sólo pueden ser prestados por el Estado porque no generan los incentivos para que los individuos se interesen en asumirlos.

De lo anterior se desprende que, el Estado es quien debe propender por la adecuada y eficiente prestación de tales bienes públicos, sin importar si decide hacer la provisión de forma directa (contrato de obra pública) o compartiendo responsabilidades con los particulares (Sociedades de Economía Mixta, Asociaciones Público Privadas, concesiones), lo importante es que lo haga con eficiencia y buscando la maximización de beneficios hacia el conglomerado social.

Juega un papel indispensable el concepto de eficiencia (productiva³⁴), pues permite entender bajo cuáles circunstancias son viables las Asociaciones entre públicos y privados. En esa medida, cuando las relaciones no son eficientes, en el sentido en que no se mejora la situación de la sociedad, entendida como el valor agregado del bienestar individual, ni hay derrame de beneficios, ya sea porque no se reducen los costos, porque no se produce una mejora sustancial en la calidad o el cubrimiento, o porque no hay una mejor gestión de los recursos, entre otras razones; entonces, deja de tener validez esa interacción bajo el modelo asociativo y en ese punto sería mejor pensar en otro tipo de provisión; en tal sentido, la eficiencia es uno de los elementos indispensables en la ecuación Público-Privado.

La eficiencia en su significado más simple, no es otra cosa que, asignar los recursos a quien esté mejor capacitado, con el fin de maximizar los beneficios³⁵; pero con respecto a la provisión de los bienes y servicios públicos, ¿cómo podemos definir cuándo se alcanza el punto óptimo que maximiza esos beneficios?

Al respecto, dentro de la denominada Economía del Bienestar³⁶, Paul Samuelson³⁷ ha planteado que una provisión de bienes públicos será eficiente y por tanto maximizará los

³⁴ Ver la discusión Posner Vs. Dworkin en: Bruce D. Johnsen. Wealth is Value. The Journal of Legal Studies 15(2):263 · June 1986. Traducido por el Profesor Enrique Bour. Disponibles en las siguientes páginas web:

https://www.researchgate.net/publication/270784541_Wealth_Is_Value

http://ebour.com.ar/ensayos_meyde2/I-17-Johnsen%20-%20La%20Riqueza%20como%20Valor.pdf

³⁵ En Microeconomía “En general, se logra eficiencia social y económica completa cuando se escogen procesos productivos que maximizan beneficios netos. Beneficios netos son la diferencia entre beneficios (ingresos) totales por la producción y costos totales. cuando ambos son medidos en términos de evaluación social completa.” Goodwin, Nelson, Ackerman y Weisskopf (2009, p 190)

³⁶ El Departamento de análisis económico de la Universidad de Zaragoza afirma que: “La Economía del Bienestar es la rama de la Microeconomía que se ocupa de explicar el nivel de bienestar colectivo de que disfruta una sociedad, y que trata de dar respuesta a las siguientes cuestiones: Una vez alcanzada la asignación de recursos correspondiente a la situación de equilibrio, ¿qué podemos decir de las propiedades de optimalidad desde el punto de vista social?, ¿será dicha asignación la mejor de todas las posibles para la sociedad?.”

Disponible en: <http://dae.unizar.es/docencia/ebienestar/index.html>

derrames sociales, cuando la provisión del bien público llegue al punto en que la cantidad de bien privado que los individuos están dispuestos a pagar por obtener una cantidad adicional de bien público y el costo de proveer ese bien sean iguales, es decir hasta que la relación marginal de transformación se iguale a la suma de las relaciones marginales de sustitución, para los todos los agentes, entre el bien público y el bien privado.

Ésta es la denominada Condición de Samuelson³⁸, este autor (1954) manifiesta que: “Esta condición establece que la producción de un bien público debe llevarse hasta el punto en el que la suma de valoraciones marginales individuales, denominada valoración marginal social, se iguale al coste marginal de producción del bien público en términos del bien privado”

Por su parte Albi y Onrubia (2015, p. 64) dice sobre la condición de Samuelson: “El máximo de bienestar se encuentra cuando la sociedad produce el máximo de bienes que puede producir utilizando los medios existentes (sic.) y que tal maximización se logra cuando se utiliza tanto la producción privada como la pública o estatal en proporciones que dependen de consideraciones sociales más amplias”

Cuando los usuarios están dispuestos a pagar por esa provisión de bien público, entonces, tiene justificación la suma de esfuerzos con el sector privado, que en últimas tiene dentro de uno de sus objetivos la rentabilidad y obtención de ganancias, en esa medida, cuando hay incentivos a ofrecer un bien público, los particulares harán su mejor esfuerzo para realizar una excelente gestión, que se traduce en la más eficiente para el óptimo social, caso contrario, si

³⁷ Sobre este tema, Bour ha planteado importantes cuestiones: “Antes de considerar otros enfoques, es conveniente señalar la significación que ha tenido la posición de Samuelson en cuestiones de bienes públicos. Samuelson no demostró poca cosa: (a) Primero, que una categoría de “bienes” que con anterioridad eran ignorados por los economistas de su época, podían y debían ser integrados dentro del análisis económico usual, rompiendo el análisis en compartimientos estancos que existía entre la economía, por un lado, y las finanzas públicas, por el otro (que se ocupaba principalmente de un problema de “financiar” mediante un esquema tributario la producción de bienes públicos, como la defensa, la seguridad, el sistema de iluminación marítima, etc);(b) Segundo, que el mismo esquema analítico usado para formular la economía del bienestar en sus Fundamentos del Análisis Económico podía ser utilizado para tratar a los bienes públicos; (c) Tercero, que en caso de que la cantidad de los bienes públicos quedara establecida en su valor óptimo, todas las conclusiones de la economía del bienestar teórica sobre la posibilidad de descentralizar a los mercados privados se mantendrían sin ser alteradas; (d)Cuarto, que en materia de bienes públicos no son válidas las reglas habituales de los bienes privados, porque aparece de modo central la necesidad de tomar en cuenta el problema de incentivos subyacente. Éste será el punto de partida de varios análisis posteriores de gran interés en Economía y Derecho.”

³⁸ Para ampliar el tema ver: SAMUELSON, Paul. A. (1954): “The Pure Theory of Public Expenditure”, *Review of Economics and Statistics*, vol. XXXVI, pp. 387-388. (Traducción en castellano en *Hacienda Pública Española*, núm. 5, 1970

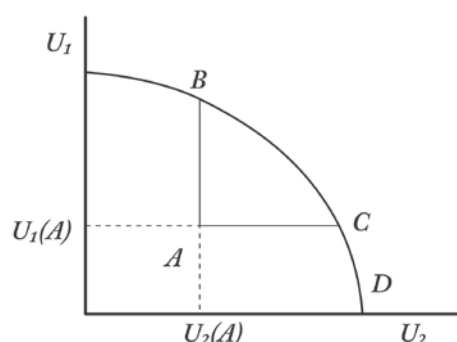
no hay una relación marginal de sustitución clara para el usuario tampoco habrán incentivos para su provisión de forma asociativa.

Igualmente, es importante relacionar la condición de Samuelson con el óptimo de Pareto (ambas son construcciones teóricas de gran importancia en el Análisis Económico del Derecho³⁹), para abarcar un concepto más claro y preciso de la eficiencia en la provisión de bienes y servicios y su punto de optimalidad.

El análisis de eficiencia paretiano se resume según Canavese (2007, p.32) en que “una asignación es eficiente cuando, respecto de esa asignación, resulta imposible mejorar la situación de al menos uno de los agentes sin perjudicar la de algún otro. Este criterio implica que se produce una mejora en el sentido de Pareto toda vez que se puede pasar de una asignación a otra en la que al menos un agente mejora su situación sin perjudicar la de algún otro.” Por lo tanto, de acuerdo a Pareto nadie debe estar mejor, si a consecuencia de ello otro debe estar peor.

Según Cossio, (2002, p. 145), todos los puntos ubicados sobre la frontera representan estados Pareto óptimos. Esto significa que en cada uno de esos puntos no hay ningún intercambio posible entre A y C tal, que al menos uno de los dos esté mejor y ninguno esté peor. Lo cual se grafica a continuación:

Figura 1. Óptimos paretianos



³⁹ Un libro necesario de consulta para entender el trabajo sobre la eficiencia a través de la doctrina y otros temas propios del Análisis Económico Del Derecho es el “Tratado de Derecho y Economía”, que contiene el juicioso estudio de tratadistas del ámbito académico de la Maestría En Derecho y Economía de La Universidad de Buenos Aires, publicación dirigida por el Dr. Juan Vicente Sola, y que cuenta con la participación del Dr. Enrique Bour, Dr. Edmund Phelps, Dr. Martin Farrell, Dr. Horacio Piffano, Dra. Liliana Isabel Hers, Dr. Eduardo Stordeur, Dr. Hugo Acciarri, entre otros.

Nota: Tomado de Cossio (2002)

Existe un óptimo de Pareto si se satisfacen las siguientes condiciones:

1) B se dice Pareto superior a A si al menos un individuo está mejor sin que empeore la situación del otro individuo.

2) B se dice Pareto eficiente si no existe otro punto que sea Pareto superior.

Podemos concluir que el óptimo paretiano se corresponde con una situación en la que se ha alcanzado la mejor asignación de recursos posible, y por tanto, cualquier cambio produciría una posición inferior.

En tal sentido, la eficiencia en la actividad estatal cuando se habla de cooperación en la provisión consiste en mejorar la situación de los usuarios (el óptimo social), generar incentivos (rentabilidad y ganancias) al sector privado y cumplir con los fines y principios que rigen a la Administración, (bienestar e interés general).

“El modelo de Samuelson pretende, integrar los bienes públicos en un modelo de equilibrio general competitivo que permita conducir a un óptimo social medido a través de un óptimo de Pareto: encontrar la cantidad de bien público que maximice el bienestar de un ciudadano y que deje intacto el bienestar de los demás.” (Silva, 2012)⁴⁰

El papel de los contratos

Como lo menciona Stiglitz: “El verdadero debate hoy en día gira en torno a encontrar el balance correcto entre el mercado y el gobierno. Ambos son necesarios. Cada uno puede complementar al otro⁴¹” (Altman, 2006).

La estructura contractual juega un papel estratégico en el logro del balance cuando nos encontramos con una modalidad cooperativa de prestación de bienes y servicios. El contrato será la vía por medio de la cual se llegue a la eficiencia productiva, lo cual se traduce en la

⁴⁰ Tomado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/9129/1/joseplacidossilvaruiz.2012.pdf>

⁴¹ Altman, Daniel. Managing Globalization. En: Q & Answers con Joseph E. Stiglitz, Columbia University y The International Herald Tribune, 11 de octubre, 2006

necesidad de un adecuado diseño que disminuya las asimetrías informativas, asigne riesgos a quien lo haga al menor costo, delimite tareas y responsabilidades, identifique oportunidades e incentivos, atienda a las externalidades y genere una ganancia para las partes.

Como lo afirman Cooter y Ulen (1998, p. 265): “Un contrato perfecto es completo. Se prevén todas las contingencias; el riesgo asociado se asigna eficientemente entre las partes; toda la información relevante ha sido comunicada; nada puede salir mal. Un contrato perfecto es también eficiente. Cada recurso se asigna a la parte que lo valúa más; cada riesgo se asigna a la parte que puede asumirlo al menor costo, y los términos del contrato agotan las posibilidades de una ganancia mutua de cooperación entre las partes”

De tal forma, que el contrato será la vía de expresión de lo que hemos denominado Estado asociativo, pues la cooperación entre las partes, por ejemplo en las Asociaciones Público Privadas, requiere de los incentivos necesarios para su correcto funcionamiento, lo cual se traduce en mejor desempeño, seguridad jurídica y generación de valor por dinero, resultados que se logran principalmente con el marco de contratación, el cual es uno de los aspectos críticos cuando participa el Estado, pues involucra una serie de cuestiones que son producto de esa calidad especial del contrato estatal.

En tratándose de la provisión de bienes y servicios públicos en asociación con el sector privado, si bien, generalmente los contratos son imperfectos, ya sea porque hay asimetrías informativas, situaciones imprevisibles y costos asociados con los riesgos, se hace necesaria una planificación cuidadosa de la etapa precontractual para identificar y ponderar las externalidades que pueden afectar la relación bilateral, teniendo en cuenta en todo caso, que pocos agentes son neutrales al riesgo y que los bienes públicos tienen consideraciones especiales.⁴²

De esa forma, bajo el Análisis Económico del Derecho, el contrato de Asociación Público Privada debe minimizar costos, maximizar riqueza y generar óptimos paretianos para ambas partes, sin desatender cuestiones como cambios en el panorama político, económico, cambios normativos y demás cuestiones que le agregan un componente adicional a este tipo de relaciones.

⁴² Para ampliar ver Shavell (2016) en Fundamentos del análisis económico del Derecho. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA

El marco contractual que desarrolle la Administración, será igualmente elemento clave en la generación de incentivos que atraerá más inversores privados, por tanto, se hace necesario propender entonces por el sostenimiento de un adecuado equilibrio económico del contrato y reducir la incertidumbre para las partes, en especial para el agente privado, quien puede estar en desventaja frente al Estado. El éxito del contrato de Asociación Público Privada redundará en el éxito mismo de esta modalidad de provisión, de lo contrario puede marcar su fracaso.

Como conclusión, podemos reseñar que a partir de los procesos en la prestación de bienes y servicios públicos, el Estado ha recorrido un camino a través del cual se han definido fortalezas y debilidades, desde las nacionalizaciones, posteriormente las privatizaciones y el paso al Estado regulador se ha podido comprobar que se requieren nuevos elementos para asegurar los objetivos sociales que debe brindar el Estado, entre estos la participación activa del sector privado.

Actualmente se está configurando una evolución en la forma de gestionar los recursos públicos para maximizar el bienestar social a la cual denominamos Estado asociativo, éste plantea una nueva gobernanza y una integración horizontal de los particulares en las actividades de bienes y servicios públicos.

El test de eficiencia y el papel de los contratos son puntos indispensables para asegurar las mejores condiciones en la integración del sector privado, y generar los incentivos apropiados para desarrollar proyectos de calidad, con maximización de recursos y que realmente mejoren la calidad de vida de los ciudadanos.

Capítulo 3. De las Asociaciones Público Privadas

A continuación, vamos a desarrollar el marco teórico detrás de las Asociaciones Públicas Privadas, en adelante -APP-, para entender qué son, cómo operan y qué las diferencia de otras formas de provisión; presentaremos esta figura en la práctica con algunos casos exitosos⁴³ en la región e intentaremos caracterizarla bajo el Análisis Económico del Derecho.

Como lo presentamos en el capítulo precedente, el Estado Asociativo aparece en los últimos años con el afianzamiento de relaciones horizontales y cooperativas entre el Estado y los particulares; cambio que es producto de la evolución en la gestión de los bienes y servicios públicos, con el objetivo claro de mejorar la eficiencia productiva, maximizar el bienestar social y alejarse de modelos (nacionalizaciones- privatizaciones) que no han mostrado resultados en el cumplimiento de esos objetivos.

En las economías actuales, los recursos financieros con los que cuenta el sector público resultan insuficientes para proveer infraestructura y servicios indispensables para la competitividad y el desarrollo integral de los países.

Ante este reto, las modalidades de financiamiento y gestión por medio de Asociaciones Público Privadas son un mecanismo a tener en cuenta para alcanzar eficiencia, oportunidad en la provisión, minimizar costos y alcanzar estándares de calidad, por lo cual muchos gobiernos las han implementado y están dados a la tarea de fortalecer el modelo.

⁴³ Para ampliar el tema hacemos referencia al estudio “Lecciones aprendidas y mejores prácticas en proyectos de Asociación Público-Privada” en el que Espelt (2015) explica que, en torno al desarrollo APP en la región lo siguiente: “Existe una clara necesidad de incrementar las inversiones en infraestructura en América Latina y el Caribe, a fin de mejorar la competitividad de la región y la calidad de vida de sus habitantes. Las APP pueden jugar un papel decisivo en este escenario, porque movilizan recursos privados y así aceleran el proceso de obtención del financiamiento requerido.

Esto ha sido crucial en Chile, donde las APP, desde principios de los años noventa, han gozado de un fuerte desarrollo, que se ha convertido en un ejemplo para los otros países de la región. Los gobiernos de México, Colombia y Brasil ya han implementado numerosos proyectos de APP, aunque en algunos casos, todavía se encuentran bajo un plan de concesiones.

En estos países (en una menor medida en Uruguay), están previstos proyectos importantes de infraestructura, en los cuales el modelo de APP será la estructura principal. Estos proyectos se seleccionaron para ser implementados dentro de los próximos años y principalmente se ocupan de infraestructura productiva, como carreteras y puertos, pero también de infraestructura social, como hospitales, escuelas y cárceles.”

Disponible en: http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/FOMIN_Lecciones_aprendidas-PPP-2015.pdf

Un panorama sobre las Asociaciones Público Privadas

Las APP aparecieron en 1.992 en Reino Unido a partir de las denominadas Iniciativas de Financiamiento Privado o PFI -Private Finance Initiative-, que fueron usadas para renovar los activos públicos después de un largo período de baja inversión en infraestructura y generar mejores prácticas usando la capacidad de gestión del sector privado. (Millan, 2009, p.7)

A partir de ese modelo de financiamiento privado –PFI-, los primeros contratos en el Reino Unido fueron firmados en el año 1995 para desarrollar proyectos en diferentes sectores, desde infraestructura vial hasta escuelas. El modelo generó muy buenos resultados, por lo cual sucesivos gobiernos lo fortalecieron hasta llegar a la creación del Programa de Asociaciones Público Privadas, que junto con el diseño institucional que lo complementa siguen vigentes en la actualidad y han servido de ejemplo a diferentes países como Australia, Francia, Italia, Mexico, Canadá y en Latinoamérica, Brasil, Chile, Perú, Uruguay, y Colombia.

Las Asociaciones Público Privadas se pueden definir como un esquema planteado con base en un acuerdo entre el sector público y el sector privado por medio de un modelo de cooperación, en el que actividades que son responsabilidad del Estado, pasan a la órbita de la gestión e inversión privada bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio o de la infraestructura pública.

Son un medio para que el sector privado incorpore experiencia, conocimientos, equipos y tecnología, en tareas propias del Estado, en las que se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos. Las fallas del mercado en la prestación de los servicios públicos son un “argumento teórico para justificar el accionar del Estado en la actividad del mercado mediante alianzas público-privadas” (Araya, 2012 p. 6).

El concepto general de una Asociación Público Privada además se complementa con las particularidades de cada país, tales como, la legislación o marco normativo, la forma de gobierno, su tradición en materia administrativa, de contratación y demás elementos diferenciadores, lo cual ha llevado a que algunos autores como (Casado 2007 p. 1) afirmen

que no existe todavía una definición concreta de APP⁴⁴ que permita delimitar sus implicaciones.

Sin embargo, para efectos de este trabajo, definimos a las APP como un acuerdo de largo plazo entre el sector público y privado con base en la cooperación de ambas partes, para dar solución a determinadas actividades que son del resorte estatal, pero bajo la gestión e inversión privada, con objetivos compartidos y riesgos diferenciados para el abastecimiento de un servicio o infraestructura pública, a lo cual simplemente se le adicionan las particularidades de cada ordenamiento jurídico.

De otro lado, y en atención a los aportes del Análisis Económico del Derecho, es importante mencionar que el modelo de cooperación público-privado se fundamenta en cuatro principios, como lo explican Vasallo e Izquierdo:

“En primer lugar, en la idea de que hay una serie de bienes y servicios de interés general, que, debido a fallos de mercado (como monopolios naturales, bienes públicos o presencia de externalidades), deben ser supervisados por el sector público. En segundo lugar, en la idea de que el sector privado puede contribuir enormemente a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos. En tercer lugar, en la necesidad de definir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado para que la relación funcione lo mejor posible. Y, en cuarto lugar, en la idea de que la participación del sector privado en todas las fases del ciclo de proyecto (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación) puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y servicios públicos. Los principios anteriores se pueden sintetizar en cuatro términos: regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos.” (2010, p.103). Subrayado nuestro.

Bajo un esquema APP, el sector privado puede diseñar, construir o reconstruir, financiar, operar la infraestructura necesaria (colegios, hospitales, cárceles, entre otros) para la provisión de un servicio público y encargarse de proveer todas las prestaciones asociadas a la gestión y

⁴⁴ Al respecto, el Banco Mundial, expresa: “No hay una definición extensamente aceptada sobre qué significa una asociación público-privada (APP). 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. Usualmente, no incluye contratos de servicios ni contratos llave en mano, ya que estos son considerados como proyectos de contratación pública, o de privatización de servicios públicos en los que existe un rol continuo y limitado del sector público”.

mantenimiento de dicha infraestructura durante la duración del contrato, que por naturaleza es de largo plazo.

Por su parte, como lo manifiesta el Manual de Procesos y Procedimientos para la ejecución de Asociaciones Público – Privadas del Departamento Nacional de Planeación de Colombia, el sector público retiene la responsabilidad de proveer el servicio (educación, salud, custodia, entre otros) y pagar al sector privado por la prestación de todas las tareas relacionadas con la operación y el mantenimiento de la infraestructura (no sólo por la construcción de la misma), siempre y cuando la calidad del servicio cumpla con los requisitos pactados⁴⁵.

Como lo explica Cassagne (2012, p. 15), este equilibrio entre el sector público y privado que plantean las APP, es coherente con la conveniencia de globalizar, al menos, los procedimientos de selección de los contratistas, procurando que una nueva fórmula de intercambio con el Estado (“mayor valor por dinero”) mejore -mediante un diálogo competitivo- las posibilidades de inversión en bienes, infraestructura y servicios mediante un sistema que distribuya equitativamente los riesgos entre los participantes de un proyecto público, sin que el peso de la financiación recaiga exclusivamente sobre el Estado.

El valor por dinero es uno de los elementos principales de las APP, implica que de la infraestructura de uso público adjudicada bajo esta modalidad se deriven servicios de la mejor calidad al menor costo posible.

Para Farquharson (2011, p. 9), las APP son algunas veces confundidas con privatización; sin embargo, la privatización implica la permanente transferencia de un activo público al sector privado, mientras que las APP implican una relación continua con el sector privado.

Así, el motivo por el cual el sector privado comienza a participar en la provisión de bienes y servicios públicos se fundamenta en las limitaciones de endeudamiento del sector público, que no permite que la administración afronte todos los proyectos de inversión. El Estado no afronta la inversión directamente, sino que cede la construcción, prestación o mantenimiento al sector privado, que recupera la inversión por medio de la explotación (González, 2006).

⁴⁵ El Departamento de Planeación Nacional de Colombia ha desarrollado una serie de guías que orientan al Estado a la ejecución de proyectos bajo la modalidad APP y que son el fruto de su implementación mediante la ley 1508 de 2012.

Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/programas/participacion-publica-privada-20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/guias-app.aspx>

En todo caso, las APP plantean una posición equitativa en la gestión pública, en la que el Estado y el particular asumen riesgos y reciben beneficios acordes con las posibilidades que cada uno puede ofrecer, en aras de la maximización de beneficios sociales, ofreciendo valor por dinero y permitiendo el desarrollo de proyectos que de otro modo el Estado tal vez no está en la capacidad plena de solventar.

El Departamento Nacional de Planeación de Colombia (2016) ha efectuado diversos estudios sobre las APP, destaca los beneficios de su implementación como se transcribe a continuación:

“Las condiciones de contratación y de ejecución de proyectos APP ofrecen múltiples beneficios, entre los que se destacan:

- Rápida disponibilidad de la nueva infraestructura y sus servicios, lo cual contribuye a mejorar los niveles de crecimiento económico, las condiciones sociales y a aumentar la competitividad de una región.
- Permite la planeación óptima de los recursos fiscales, garantizando un esquema de pagos que se acople a las expectativas del marco fiscal vigente.
- Logran reunir las fortalezas del sector privado y del sector público. Cada parte se dedica a lo que mejor sabe hacer. Por ejemplo, en un proyecto de solución de capacidad penitenciaria bajo el esquema APP, una compañía constructora edificaría la cárcel, una compañía de salud velaría por el bienestar de la salud de la población carcelaria, una compañía administradora prestaría el servicio de alimentación, otra compañía podría establecer los lineamientos de rehabilitación y el sector público podría prestar el servicio de vigilancia. Así mismo el sector público establecería indicadores de gestión de la prestación del servicio por parte del sector privado, incluyendo estándares relacionados al diseño, construcción, operación y mantenimiento del activo, tales como la limpieza de las celdas o el contenido nutricional de los alimentos para los prisioneros.
- Incluyen incentivos que permiten que los proyectos sean entregados a tiempo y de acuerdo con lo presupuestado.
- Mejoran la gobernabilidad y transparencia. Estimulan la utilización de mejores estándares de calidad, contabilidad, análisis de riesgos, sistemas de costeo y sistemas de administración de recursos.
- Los riesgos del proyecto son compartidos y/o transferidos entre el sector público y privado. El riesgo lo asume la parte que mejor puede administrarlo.

- Abarcan un largo periodo de vida de los activos, por lo que se garantiza el adecuado mantenimiento de la infraestructura durante la ejecución del proyecto.”⁴⁶

Cómo se estructuran las APP

Las APP se pueden estructurar de dos formas, mediante un contrato de largo plazo, en cuyo caso se denominará APP contractual y se registrarán por el Derecho Contractual y Administrativo, o mediante la constitución de una sociedad de Derecho Mercantil constituida con capitales públicos y privados bajo los estándares de cooperación y asunción de riesgos y objetivos comunes, en cuyo caso se denomina APP Institucional y se registrarán principalmente por el Derecho Societario.

Algunos autores e incluso el Banco Mundial, han estipulado dentro de las modalidades mediante las cuales se puede personificar a una APP, al Joint Venture⁴⁷ y a figuras que implican un desprendimiento parcial del patrimonio del Estado, por ejemplo empresas mixtas de riesgo compartido.

Como lo menciona Cassagne (2012) “La instrumentación jurídica de esta nueva forma de colaboración pública-privada puede asumir dos formas según se constituya una sociedad mercantil al efecto (en cuyo caso estaríamos ante el conocido fenómeno de la empresa pública o de participación estatal, mayoritaria o minoritaria) o bien, de una estructura contractual carente de personalidad jurídica, en el que se estipulan las aportaciones de las partes y sus derechos y obligaciones, generalmente establecidos en diferentes contratos con el Estado y entre los distintos sujetos que intervienen en la compleja relación de un proyecto público”.

Las APP de tipo contractual implican la concreción del proyecto a través de la firma de un contrato entre el Estado y el inversor, siendo una de las modalidades más usadas, el contrato de concesión, que en la mayoría de marcos normativos se toma como una subespecie de APP.

⁴⁶ Disponible

en:<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%201%202016.pdf>

⁴⁷ Contrato de riesgo compartido que puede entrar dentro de las APP.

Sin embargo, la doctrina ha sido consecuente en afirmar que hay una diferenciación entre el modelo APP y otras modalidades de contratación que usa el Estado, entre esas el contrato de obra pública, por determinados elementos que permiten entenderlas como tipologías diferentes, entre otros por los riesgos, la gestión del proyecto, la operatoria posterior y el denominado valor por el dinero (value for Money).

Como lo define el Ministerio de Economía y Finanzas Mexicano en su módulo de Asociaciones Público Privadas⁴⁸, el valor por dinero establece que un servicio público debe ser suministrado por aquel privado que pueda ofrecer una mayor calidad a un determinado costo o los mismos resultados de calidad a un menor costo. De esta manera, se busca maximizar la satisfacción de los usuarios del servicio así como la optimización del valor del dinero proveniente de los recursos públicos.

El valor por dinero permite que en los proyectos desarrollados bajo la forma APP, el Estado realice menos aportes o incluso ninguno, por lo que permite al menos, durante la gestión y construcción del proyecto un ahorro en recursos públicos, pues de esa forma no se requieren disponibilidades presupuestarias para la firma del contrato o pagos escalonados durante el proyecto.

Por lo general en diferentes marcos normativos que han adoptado las APP, se establecen límites en los aportes que realiza el Estado sobre el total del proyecto, por lo cual se pueden hacer proyectos aún si el Estado no tiene los recursos disponibles en caja, lo cual beneficia a la comunidad y es una buena posibilidad para países en vía de desarrollo.

Tamyko Ysa (2009, p.28) explica que esta tipología contractual es usada particularmente para proyectos delimitados, entre otras razones, porque existe un elevado conocimiento del proyecto o iniciativa a ejecutar, como su duración y costos de mercado, además es la modalidad más utilizada que cuenta con alto número en el mercado, permitiendo conocer con mayor precisión costos y tiempos de ejecución.

⁴⁸ Desarrolla el Gobierno Mexicano un marco teórico para la gestión pública de las Asociaciones Público Privadas. Disponible en:
http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=336&Itemid=100904

De acuerdo con lo anterior, esta es la razón por la cual la tipología contractual es en la mayoría de los casos la más idónea y eficiente en el desarrollo de proyectos de infraestructura, en especial aquella con fines de desarrollo económico como vías, puertos, autopistas, etc.

Las APP contractuales implican una obligación de largo plazo, en donde básicamente se fijan los estándares cualitativos y cuantitativos que fueron tenidos en cuenta para el proceso de selección de la propuesta y que deben guiar todo el desarrollo del proyecto hasta su resultado final.

Allí se fija el compromiso financiero del inversor privado y sus mecanismos de financiación y cumplimiento económico, se establece la solidaridad de los riesgos, se fija el valor por dinero, las garantías y seguros, la forma de pago al inversor, además se establece la forma de regulación y control que va a regir la relación contractual, las formas de veeduría sobre el desarrollo del proyecto y todos los demás aspectos de un contrato público y que se orientan por las normas de cada uno de los países.

Además del valor por dinero, la distribución de riesgos ha sido otro de los elementos importantes de las APP; en la modalidad contractual deberá existir una adecuada distribución de los mismos entre los sectores público y privado. Es decir, que los riesgos deben ser asignados a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto.

Una mala identificación o asignación de estos riesgos reduciría el valor por dinero, como lo afirma Javier Illescas de Proinversión Perú (2014), hay una regla importante: si el costo de prevenir un evento adverso es menor que el costo de tratar con sus consecuencias, entonces el riesgo debe ser asignado a la parte más capacitada para influenciar la probabilidad del evento. Este balance muchas veces no es fácil, de ahí que el análisis de cada riesgo identificado y su asignación es crítico.

La Cartilla de Buenas Prácticas para la Contratación de APP de la Alcaldía de Bogotá (2012), establece que dentro de las tipologías desarrolladas en las Asociaciones Público privadas contractuales, se identifican tres grupos en particular:

- Los acuerdos donde el sector privado diseña, construye y administra una infraestructura sin la obligación de transferir la propiedad de los activos al Estado, como es el caso de los

contratos design-build-finance-operate (DBFO), Build-own-operate (BOO), Builddevelop-operate (BDO), Design-construct-manage-finance (DCMF)

- Los contratos en los que el sector privado compra o arrienda al sector público infraestructura ya existente, sin la obligación de transferir la propiedad de los activos posteriormente al Estado, como los contratos Buy-build-operate (BBO), Lease-develop-operate (LDO), Wraparound addition (WAA),

- Los contratos donde el sector privado diseña, construye y opera una infraestructura por un tiempo determinado y después es transferida al Estado, como es el caso del contrato Build-operate-transfer (BROT), Build-own-operatetransfer (BOOT), build-rent-own-transfer (BROT), build-lease-operate-transfer (BLOT), build-transfer-Operate (BTO) (Bogotá: 2012 p. 27).

Citando a Vassallo e Izquierdo (2010, p.111), utilizamos una tabla que ellos plantean, la cual resume los tipos de operaciones que se pueden desarrollar por medio de una APP contractual:

Figura 2. Tipos de operaciones APP

Esquema	Descripción
Operación y mantenimiento (OM)	El sector privado es responsable de todos los aspectos de operación y mantenimiento de la infraestructura.
Construir, operar y transferir (BOT)	El sector privado financia y construye la infraestructura, y explota el activo durante un periodo de tiempo, fijo o variable, acordado contractualmente, para luego transferirlo al Estado. Este es el mecanismo que más se utiliza en las concesiones de infraestructura pública financiadas por medio de la técnica de PF.
Construir, propietario, operar y transferir (BOOT)	Se diferencia del esquema anterior porque la propiedad del activo lo tiene el consorcio privado que lo explota, hasta el momento que lo transfiere al Estado. En algunos países la legislación considera que la infraestructura de interés general es pública, por lo que se impone que los activos sigan siendo propiedad de la administración, aunque se encuentren fuera del balance. Lo anterior impide que jurídicamente se pueda aplicar este esquema.
Construir, propietario, operar (BOO)	A diferencia del anterior, no hay transferencia de los activos al Estado. Este esquema se aproxima a la privatización del activo.
Diseñar, construir, financiar y operar (DBFO)	El nombre proviene del Reino Unido dentro de la Private Finance Initiative PFI, es parecido al segundo esquema, con la diferencia que el sector privado asume un rol más importante en el diseño. La propiedad de los activos permanece en la administración pública, por lo que debe remunerar al consorcio privado encargado de explotar el proyecto, habitualmente por medio del "peaje sombra".

El equilibrio económico-financiero, la identificación de riesgos y el valor por dinero son elementos claves en los contratos APP, que permitirán aportar a la eficiencia que debe alcanzar el Estado, la minimización de costos y la maximización de beneficios sociales.

El análisis económico del derecho ha permitido entender a aquellas situaciones que generan costos en la relación contractual, tal es el caso de las asimetrías informativas, los problemas de relación de agencia, por lo cual es necesario asignar efectos económicos a la relación contractual APP, de esa manera, la forma como se plantee el contrato permitirá generar resultados eficientes.

La APP de tipo institucional conlleva la creación de una entidad en la que se asocian de manera conjunta el sector público y el inversor.

En este sentido, “la cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común. De igual forma, permite al socio público desarrollar su experiencia propia en materia de explotación del servicio en cuestión, al tiempo que recurre a la ayuda de un socio privado.” (Quintana y Rodríguez, 2009 p. 647).

Sin embargo, esta modalidad es la menos utilizada e incluso algunos marcos normativos como el colombiano, no la contemplan, porque es más restringida en su funcionamiento; principalmente se aduce que este tipo de asociación limita la participación de otros proponentes que pueden ser más beneficiosos para la gestión de un determinado proyecto, lo cual puede conllevar a monopolios, disminución de la competencia, reducción del valor por dinero y pérdida del factor eficiencia para el Estado, pues el inversor asociado mediante el tipo institucional no tendría motivaciones para asegurar su gestión.

Como lo dice Vassallo e Izquierdo (2010, p. 112): “El modelo de PPP institucional es mucho menos común que el modelo de PPP contractual y tiene la desventaja frente al primero de que apenas se introduce competencia, por lo que no hay garantías de que se incentive al sector privado a ser más eficiente. Un ejemplo de PPP institucional es el establecimiento de sociedades de economía mixta. Éste es el caso de las autopistas francesas hasta que se llevó a cabo una privatización de las mismas”.

Esta modalidad de APP usualmente se aplica a proyectos menos especializados o individualizados y que implican plazos mucho más extensos de los que se plantean bajo la forma contractual.

La identificación de las APP institucionales, según la Cartilla de Buenas Prácticas de la Alcaldía de Bogotá (2012, p.22), puede hacerse porque canalizan recursos privados a través de una persona jurídica diferente a los socios público-privados, mediante la creación de un vehículo de propósito especial, que puede comprender: a.) la constitución de un vehículo de propósito especial integrado por promotores privados que ejecutan y explotan el proyecto por un periodo determinado y finalmente devuelven la infraestructura al Estado mediante la celebración de contratos B.O.T. (building operate transfer); b.) la constitución de un vehículo de propósito especial conformada por promotores públicos y privados y c.) la constitución de un vehículo de propósito especial con capital totalmente público.

Sin embargo, autores como Rebollo (2009, p. 41) en una posición minoritaria, afirman que las APP institucionales se pueden identificar según sean de propiedad o control público, donde habitualmente están asociadas a fórmulas de gestión directa de obras o servicios, esencialmente de dos tipos: sociedades o entidades 100% públicas o sociedades de economía mixta. Dentro de este tipo de APP la forma más común es la creación de una sociedad de economía mixta, la razón de su naturaleza mixta no es la mera presencia en el capital de un inversor público, sino el control de la sociedad por el socio público (la Administración).

Cómo surgen las iniciativas en las Asociaciones Público-Privadas

La generación de una iniciativa puede provenir del sector público cuando es ideada y gestionada por el Estado al identificar una necesidad o carencia que debe satisfacerse para la comunidad. Son generadas por la Administración bajo particulares criterios y estudios previos que permiten establecer la prevalencia o grado de necesidad, el tipo de proyecto, los beneficiarios y ventajas de desarrollarlo.

También pueden provenir de la iniciativa privada cuando surgen de la evaluación especializada y técnica de agentes privados, quienes detectan una determinada necesidad y evalúan su desarrollo bajo la estructuración y lineamientos propios de una empresa, es decir con el fin de generar ganancias y rentabilidad, siempre atendiendo al carácter público de cualquier proyecto que asuma el Estado y lo proponen a éste para su gestión.

Las Asociaciones Público Privadas tienen diferentes mecanismos de funcionamiento que varía según la tipología de la que se trate, ya sean estas de tipo contractual e institucional, de iniciativa pública o privada, sin embargo, hay que acotar que las particularidades de cada caso son dadas por el respectivo marco jurídico, de esa forma cada país ajusta el funcionamiento de las APP a su institucionalidad y desarrollo legal.

Las APP de iniciativa pública.

Como se mencionaba en líneas anteriores, la idea de un proyecto puede partir de una propuesta pública generada por el Estado frente a una determinada necesidad previamente identificada, según la Guía de Asociaciones Público Privadas (2014) del Departamento Nacional de Planeación colombiano, en el caso de la iniciativa pública la responsabilidad de la entidad contratante será definir claramente cuáles son sus objetivos y metas, las necesidades de la población y la estrategia para satisfacerlas, de esa forma debe valorar correctamente el interés de la comunidad en el proyecto y los beneficios económicos, ambientales y sociales que éste les genera, así como todo lo que se debe adelantar para cualquier proyecto de inversión a emprender (presupuesto, plazo, recursos, etc).

Muchas entidades públicas para generar los proyectos de inversión, usan el denominado “Método de las cinco evaluaciones”, una metodología usada en la contratación pública que permite responder en todo momento a las preguntas básicas del desarrollo de un proyecto, a medida que se aumenta en la profundidad de la evaluación con criterios previamente establecidos, permite mejorar la solidez y conducencia de las respuestas para obtener un resultado que permita definir aspectos necesarios a tener en cuenta por la Administración.

La Guía de Asociaciones Público Privadas del Departamento de Planeación Nacional de Colombia (2014) establece los criterios y preguntas a responder, y sobre las cuales se basa el método de las cinco evaluaciones para el caso de las APP, estas son a grandes rasgos las siguientes:

- Justificación Estratégica - ¿El proyecto es necesario desde un punto de vista social y se alinea a las políticas públicas y prioridades del Gobierno?
- Justificación Económica - ¿El proyecto representa la mejor opción de proyecto y mejor ruta de contratación para el Estado?

- Justificación Financiera - ¿El proyecto es viable financieramente?, ¿Cuáles son los recursos que se requieren?
- Justificación Comercial - ¿El proyecto es bancable comercialmente?, en otras palabras, ¿el proyecto es suficientemente atractivo para atraer capital privado para su financiamiento?
- Justificación Gerencial - ¿El proyecto es realizable con los recursos humanos y presupuestales con los que cuenta la autoridad contratante y en los tiempos acordados?

En esa evaluación preliminar que hace el Estado para generar un proyecto de inversión, se ven claramente los criterios costo- beneficio y maximización de eficiencia planteados por el Análisis Económico del Derecho al evaluar el impacto que una institución o fenómeno jurídico producirá en la comunidad en la que se pretende aplicar.

Una vez que la entidad contratante ha definido los criterios que deben ser satisfechos por el proyecto, inicia la etapa siguiente con la generación de un sistema de precalificación de los contratistas, para determinar los perfiles que pueden llegar a ser idóneos para cumplir con los estándares ya determinados.

Los interesados son quienes se encargarán de presentar estudios previos de factibilidad que abarquen aspectos técnicos, financieros, de costos, ambientales, jurídicos, y demás requeridos para corroborar que la propuesta es la más adecuada.

Luego se iniciará un proceso público de selección basado en los principios que orientan la gestión pública: transparencia, equilibrio económico, economía, responsabilidad, selección objetiva, que permitirán desembocar en un contrato el cual será el vehículo de desarrollo del proyecto.

Las APP de iniciativa privada.

La iniciativa de un actor privado que considera que puede ofrecer el desarrollo de un proyecto viable, conducente y necesario para beneficiar a la comunidad frente a una necesidad que no ha sido puesta de manifiesto por la Administración deriva en una APP de iniciativa privada.

Por sus características requieren un proceso diferente para su análisis de elegibilidad, revisión y contratación, a pesar de compartir algunas similitudes con el proceso de estructuración de la APP de iniciativa pública en las etapas de estructuración, diseño, construcción, operación y mantenimiento

Una de las recomendaciones en el caso de esta APP, es que las entidades públicas deben ser cuidadosas para mantener en todo momento los principios de transparencia y respetar la libre competencia.

Algunos marcos jurídicos incentivan a los agentes privados para que presenten una iniciativa privada con bonificaciones adicionales o el derecho a mejorar su oferta en los procesos de contratación, aun así siempre se debe garantizar que el contratista seleccionado sea finalmente quien ofrece las mejores condiciones de calidad y costos. Es por esto que la publicidad del proceso y la transparencia en los esquemas de contratación son prioritarias.

La principal diferencia en las etapas de una APP de iniciativa privada radica en que las tareas de elegibilidad y estructuración del proyecto se dividen entre el proponente y la entidad pública.

En otras palabras, el Estado participa como un evaluador de la calidad de los documentos que el originador privado realiza, por lo cual debe tener unos principios claros bajo los cuales emitir su concepto

Citando a la Guía de Asociaciones Público Privadas (2014), todos los costos implícitos en el desarrollo de la iniciativa tanto en etapa de prefactibilidad, como de factibilidad serán sufragados exclusivamente por el originador de la propuesta. Adicionalmente, si la propuesta es rechazada por la entidad pública en cualquier etapa, ésta no tiene ningún tipo de obligación frente al proponente. Solo si la entidad pública considera voluntariamente que los estudios realizados son de su interés en el marco de sus funciones podrá realizar negociaciones para adquirirlos.

Los tres criterios que generalmente se tienen en cuenta para valorar una propuesta privada son: el interés público, el tipo de estructura de financiación propuesta para el proyecto y el nivel de competencia frente a proyectos ya estructurados o en operación de similares rubros o

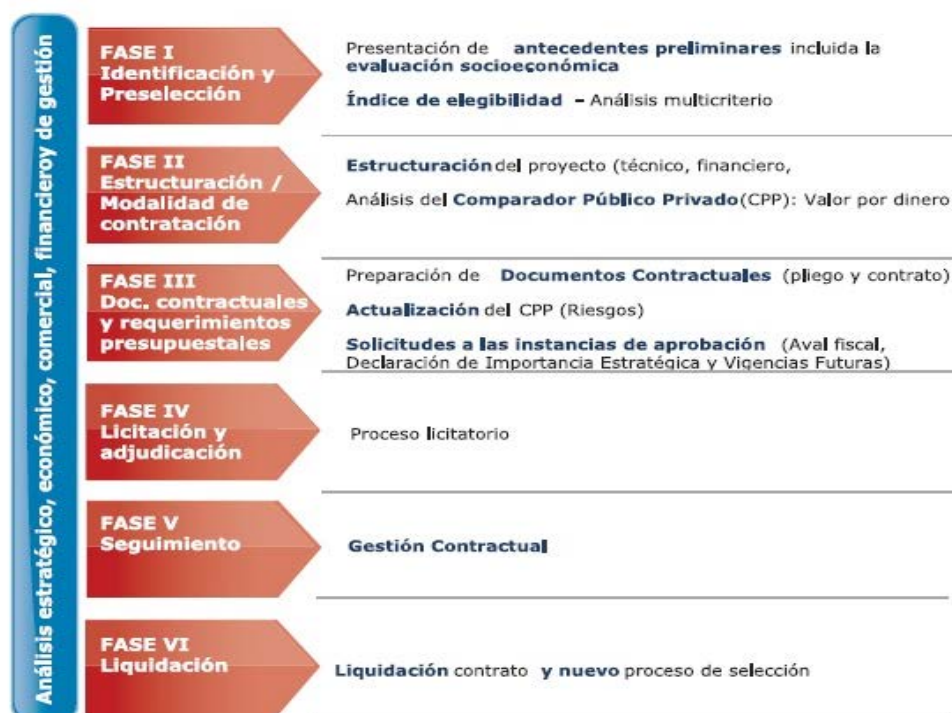
características, además de evaluarse la capacidad jurídica, financiera, y la experiencia del proponente.

Las principales etapas de un proyecto mediante APP

Un proyecto de Asociación Público Privada para el desarrollo de infraestructura implica una serie de etapas para su estructuración, en lo que se ha denominado análisis costo-beneficio integral, estas pueden variar según el marco normativo de cada país, pero en líneas generales se estructuran en cinco etapas principales que incluyen un análisis de los aspectos estratégico, financiero, comercial y de gestión.

El esquema que a continuación se cita de la Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos APP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia (2012) , presenta una delimitación general de cada una de las fases del proyecto según las actividades a desarrollar por cada una de las partes intervinientes, estas se circunscriben a seis fases que inician con la presentación e identificación de la propuesta y que van hasta la liquidación del contrato con sus correspondientes pagos.

Figura 3. Fases de un proyecto APP



Nota: Tomado de la Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos APP (2012)

- La primera fase: es la identificación y preselección del proyecto. En esta etapa se hace el diagnóstico de la situación actual para identificar variables como la población afectada, el tipo de problema existente, las causas, el tipo de servicio público de que se trate y todos los elementos que motiven y justifiquen el desarrollo del proyecto por parte del Estado.

En esta etapa quien tuvo la iniciativa de desarrollar el proyecto debe plantear los objetivos a alcanzarse y una descripción preliminar de lo que se pretende realizar, una identificación de los principales riesgos, una estimación inicial de los costos de inversión, operación y mantenimiento, los ingresos que pretende tener el proyecto, el diseño conceptual de la propuesta, los recursos requeridos y las posibles fuentes; además se debe presentar al equipo humano y profesional encargado de las gestiones del proyecto, los estudios realizados y aquellos que aún faltan para encarar el inicio de las gestiones.

En esta primera fase se hace también la preselección del proyecto usando criterios y análisis predeterminados por el Estado, entre los principales criterios que se tienen en cuenta en todo proyecto APP, se encuentra la generación de valor por dinero, la existencia de competencia y condiciones de mercado adecuadas para que existan precios acordes con los servicios, se evalúan los tipos de estrategias y riesgos que plantea el proyecto, la urgencia, los involucrados o stakeholders⁴⁹, la complejidad y especificidad, por ejemplo el uso de alguna tecnología especial, etc.

- En la segunda fase: una vez cumplidas las condiciones básicas, y ya preseleccionado el proyecto se debe evaluar la estructuración del mismo y la modalidad de contratación que va a usar la entidad pública ejecutora.

Se determina la estructura financiera y las alternativas de financiación, además de las responsabilidades y obligaciones de cada uno de los participantes en la transacción, también se definen los estándares técnicos y de calidad en la construcción, mantenimiento y operación del proyecto orientados a medir resultados finales, y en este punto se deben plantear las

⁴⁹ Los stakeholders son terceros afectados, interesados o que afectan la actividad o el proyecto. Hers (2013) para ampliar este concepto al respecto afirma que “La extensión del área de stakeholders incluida es el punto crucial. Los grupos son más o menos amplios incluyendo a los accionistas (shareholders), empleados, clientes, proveedores, la comunidad local, los competidores, los grupos de interés o en algunos casos los representantes de la sociedad civil, o el medio ambiente y los derechos humanos. En estos dos últimos casos, también debe definirse los interlocutores que representen esa esfera de interés”.

responsabilidades y esquemas de sanción en caso de incumplimientos. Es importante que se detallen las acciones y actividades que va a cumplirse en cada etapa del proyecto.

Cuando ya está completa la estructuración del proyecto con algunos de los elementos antes mencionados, la entidad ejecutora debe definir el marco de contratación a usarse para generar la APP, evaluando conveniencia, eficiencia, y maximización de beneficios, además del marco legal.

Cada país ha planteado diferentes metodologías para elegir un marco contractual idóneo para un determinado proyecto, como es el caso del Test fiscal, el Comparador Público Privado o el análisis del Valor por Dinero, entre otras, estas serán profundizadas en posteriores capítulos.

- La tercera y cuarta etapa: son de tipo contractual y de requerimientos presupuestales, las cuales inician cuando ya ha sido estructurado el proyecto; la entidad ejecutora procede a realizar el pliego de condiciones y a preparar el modelo del contrato.

Una vez adjudicado y cumplidos todos los requerimientos para la firma del contrato se inicia la ejecución de acuerdo a la estructuración previamente realizada, con el cumplimiento de las actividades y plazos determinados para cada una de las partes.

- La quinta etapa: implica el seguimiento al contrato, su monitoreo, regulación e interventoría frente a los estándares de servicio establecidos, además de la evaluación de contingencias que impliquen necesariamente alguna modificación en el contrato. Esta etapa concluye cuando se ha finalizado el objeto contractual y se ha liquidado debidamente la relación bilateral.

Establecer que la APP es la mejor forma de provisión

La necesidad de obtener un resultado ponderable para determinar la eficiencia, ha llevado a que en diferentes países latinoamericanos se hayan adoptado y desarrollado métodos objetivos para seleccionar la mejor alternativa, tal es el caso de países de la región como Colombia, Perú, Mexico y Uruguay.

Como lo manifiesta el Departamento de Planeación de Colombia en sus manuales de APP (2012): “En el desarrollo de infraestructura productiva y social, los gobiernos nacionales y territoriales se enfrentan en una primera instancia de evaluación de los proyectos a una pregunta fundamental: ¿Cuál es el mejor mecanismo para diseñar, financiar, construir, operar y mantener dicha infraestructura?.

La respuesta a dicha pregunta le permite a un gobierno elegir cuál modalidad usar, dado que en un caso particular puede resultar más ventajosa una opción por sobre la otra, todo dependerá de las particularidades del proyecto a desarrollar.

En general, la implementación de una APP es el resultado de una medición objetiva realizada por el Estado y que se denomina el Comparador Público Privado (CPP), el cual utiliza como un indicador, la generación del denominado Valor Por Dinero (VpD); cada país se ha encargado de ajustar esta metodología de medición de acuerdo a sus condiciones particulares.

El Comparador Público Privado.

El Comparador Público Privado en adelante –CPP- es una metodología que ayuda en la toma de decisiones al Estado, en el momento de desarrollar un proyecto de infraestructura o de cualquier otro tipo que requiere un gasto de recursos públicos.

Es usado como un método para realizar comparaciones objetivas, cualitativas y cuantitativas de la modalidad de ejecución de un proyecto de inversión, con el CPP se determina si es conveniente hacerlo mediante APP, o mediante otra modalidad, analizando los costos y beneficios, es un medidor de la eficiencia.

Dentro del Análisis Económico del Derecho, el Comparador Público Privado es un ejemplo perfecto de la aplicación del método y análisis propio de la Economía al servicio de una figura jurídica, en este caso las APP.

Como lo expresa Instituto Peruano de Economía (2013, p.13) : “El CPP propuesto para el Perú es un método cuantitativo que consiste en realizar una comparación entre los costos a

valor presente ajustado por riesgo de ejecutar una inversión mediante la PPT (Contrato de obra tradicional) y los costos que resultarían de ejecutarla a través de una APP”

El Comparador Público Privado usa como un indicador de medición de la eficiencia al denominado Valor por Dinero, cuando éste existe en la evaluación del proyecto, sin lugar a dudas es mejor realizarlo mediante APP.

El Departamento de Planeación de Colombia, mediante Resolución 3656 de 2012, lo establece en los siguientes términos: “El desarrollo de proyectos bajo este instrumento de vinculación de capital privado requiere de una evaluación objetiva por parte de las entidades públicas contratantes, que permita determinar si el mecanismo de APP es la modalidad óptima para la ejecución de los proyectos, en vez del esquema de ejecución de una obra pública tradicional, en la que el Estado, representado por una entidad ejecutora, invierte, opera y realiza el mantenimiento del proyecto.

La metodología utilizada para este análisis es ofrecida por el comparador público-privado, al contrastar cuantitativamente la modalidad de ejecución de un proyecto público con la modalidad APP, para decidir si la participación del sector privado en asociación con el sector público puede aportar más valor en el desarrollo del proyecto.

Esto implica comparar los costos netos ajustados por riesgo en el caso de una modalidad de contratación de obra pública eficiente, con los costos netos asociados a la participación de un contratista privado en la construcción, financiamiento y gestión de la infraestructura y los servicios públicos relacionados.

La metodología del comparador público-privado entrega como resultado en su análisis, si existe generación de valor por dinero al utilizar el mecanismo de APP como la modalidad de ejecución del proyecto. (Alcaldía de Bogotá, 2015).

El Ministerio de Hacienda de Colombia (2014) por su parte ha manifestado que “Los ejecutores de proyectos para la provisión de infraestructura o de servicios públicos se preguntan cuándo es conveniente ejecutar un proyecto bajo la modalidad de Asociación Público-Privada y cuándo ejecutarlo bajo un esquema de proyecto público, en el que el Estado, representado por una Entidad Ejecutora, invierte, opera y realiza el mantenimiento del proyecto. La respuesta a este cuestionamiento la ofrece el Comparador Público-Privado

(CPP), cuyo objetivo es comparar cuantitativamente la modalidad de ejecución de un proyecto público con la modalidad APP ex-ante al llamado a licitación y recepción de ofertas, para decidir si la participación del sector privado en asociación con el sector público, puede aportar más valor a la prestación del servicio público que la inversión pública. Esto implica comparar los costos netos ajustados por riesgo en el caso de obra pública, con los costos netos ajustados por riesgo relativos a la participación de un contratista privado en la construcción, financiamiento y gestión de la infraestructura y los servicios públicos relacionados de un proyecto determinado. El Comparador Público-Privado es una ayuda metodológica al proceso de toma de decisiones de la inversión pública, que entrega un resultado objetivo, a través de un procedimiento claro, que evita la discrecionalidad de las decisiones y apunta a que las reglas sean aplicadas por igual y de manera transparente para todos los proyectos”.

Valor por Dinero.

Es el resultado numérico del Comparador Público Privado, es un indicador en la toma de decisiones que realiza el sector público, pues determina la generación de valor en la realización de un proyecto, éste se traduce en los beneficios de usar una forma de contratación para el Estado en cuanto a minimización de costos y riesgos.

Con el valor por dinero se determina si es mejor contratar con una APP o utilizar otra forma de provisión como un contrato de obra pública, se puede decir que mediante el VpD se mide la eficiencia de las APP.

El valor por dinero ha sido utilizado en gran medida con la introducción de las Asociaciones Público Privadas y aunque presenta serias desventajas cuando no se miden los riesgos del proyecto, lleva a un resultado confiable, pues se basa en una análisis costo-beneficio desde la óptica del Estado y en cuanto a los resultados sociales que se obtienen en relación con la disminución de plazos, calidad de las obras y ahorro de recursos. Lo que se trata es de evaluar los riesgos que son transferibles al sector privado en el caso de una APP.

Como lo expresa Risso (2012): “El VpD es una herramienta ampliamente aplicada para cuantificar la conveniencia o no de un proyecto PPP versus la obra pública tradicional. De

hecho, existen muchos manuales gubernamentales en diferentes partes del mundo considerando esta metodología.”

El Ministerio de Economía y Finanzas de Uruguay lo define en la Guía Metodológica del Comparador Público-Privado para esquemas de Participación Público-Privada en Uruguay (2012) así: “el Valor por Dinero (VpD) es un término usado para describir un compromiso explícito que asegure el mejor resultado posible en términos de precio y calidad que puede ser obtenido de entre dos o más alternativas de solución para un problema que implique el uso de recursos públicos. La materialización del término anterior para la presente metodología consiste en definir una medida numérica que cuantifica la ganancia, para el sector público, de realizar un proyecto de infraestructura y servicios a través de un esquema de Participación Público-Privada. El VpD se define como la diferencia entre el valor presente del costo total neto de un Proyecto Público de Referencia (PPR) ajustado por riesgo y por ingresos de terceras fuentes y el costo total del proyecto PPP. El costo total del proyecto PPP viene determinado por el valor presente del flujo de pagos que recibe el Contratista de parte de la Administración Pública, los costos de administración del contrato PPP, el costo de los riesgos retenidos del proyecto y la ganancia en competitividad”.

De acuerdo al Instituto Peruano de Economía (2012) “...es quizás el más utilizado para decidir entre una provisión pública o una APP. El método permite analizar la conveniencia acerca de la forma de ejecutar un proyecto, ya sea por un mecanismo de contratación pública tradicional o a través de una modalidad APP.”

El Departamento de Planeación de Colombia (2010) lo define así “El Valor por Dinero (VPD) es la combinación óptima entre los costos asumidos por el sector público para desarrollar un proyecto de infraestructura, y su aporte para cubrir satisfactoriamente las necesidades de los usuarios. En general, se genera VPD cuando los beneficios derivados de una infraestructura superan los costos en los que se incurrió para desarrollarla y en los costos en los que se incurrirá para operarla y mantenerla. Aunque el VPD puede ser visto como una medida de retorno para el sector público, no es un indicador tradicional financiero de rentabilidad dado que no solo involucra el comportamiento de los flujos de caja de un proyecto sino que también incorpora dentro de sus principales determinantes la distribución de riesgos entre el estado y el inversionista privado, la proporción de aportes públicos y la capacidad de autogeneración de fondos por parte de la infraestructura.”

En definitiva, podemos decir que el Valor por dinero mide de forma directa el costo por la provisión del servicio, pero sin dejar de lado elementos fundamentales como la calidad, uso de recursos, tiempo, riesgos, ingresos y conveniencia; para evaluar si todos esos factores en conjunto, generan valor, y por lo tanto es un indicador fehaciente de la eficiencia de una APP sobre un contrato de obra pública tradicional. A continuación se van a individualizar los componentes que debe tener en cuenta toda entidad pública para generar valor por dinero y eficiencia con una APP.

Componentes del Valor por Dinero.

Con el fin de hacer una óptima evaluación sobre la generación de valor por dinero en un determinado proyecto, el cual es el objetivo mismo de la provisión del servicio público, se deben tener en cuenta los componentes que crean el valor por dinero para hacer una valoración objetiva sobre la eficiencia de usar APP.

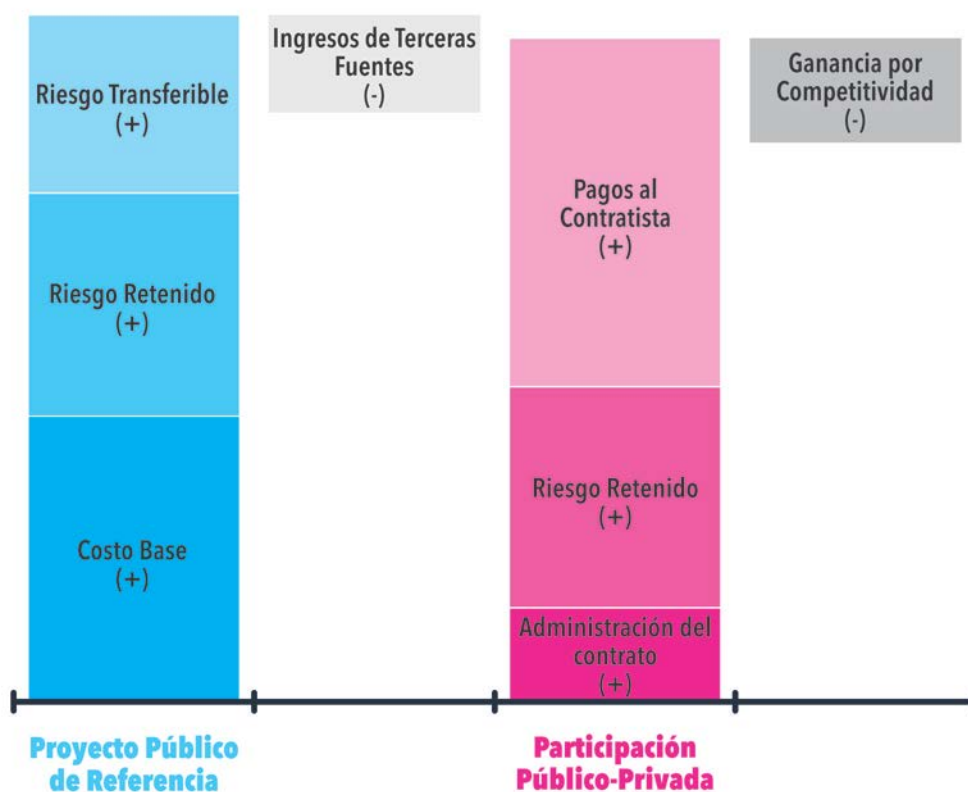
Estos componentes del VpD son en grandes rasgos: el costo total del proyecto de infraestructura a realizar, el valor de los riesgos (retenido y transferible), los ingresos que se tienen previstos de diferentes fuentes, los costos de administración y contractuales, los pagos a hacerse durante el proyecto y la ganancia por el mismo.

En los diferentes estudios realizados a las metodologías de selección APP en diferentes países de la región y del mundo, se ha llegado a determinar que uno de los componentes más importantes, sino el más importante, es la debida identificación, asignación y evaluación de los riesgos, así como la determinación de aquellos que son susceptibles de transferencia para los agentes privados, pues un indebido análisis de los mismos puede generar una pérdida de eficiencia y de valor por dinero.

Cuando al medir los componentes existe un Valor por Dinero positivo, esto indica que el costo del proyecto es mayor para la entidad al asumirla de forma individual mediante un contrato de obra pública tradicional, que haciéndolo en conjunto con el sector privado de forma asociativa mediante APP; caso contrario si el VpD es negativo indicará que es mayor el costo de hacerlo con APP y se preferirá la provisión pública de la infraestructura mediante el contrato tradicional.

Citando la Guía Metodológica del Comparador Público Privado para esquemas de Participación Público Privada en Uruguay (2012): “Si el costo total neto del proyecto público de referencia es mayor al costo total neto del proyecto APP, entonces la modalidad de ejecución de menor costo para el desarrollo del proyecto es mediante la provisión del servicio a través de un esquema APP. En este caso, el proyecto genera VpD para el sector público, por lo tanto se crea valor al delegar el desarrollo del proyecto a un Contratista privado. En la situación de un VpD negativo, el costo de provisión privada será mayor, y en este caso, es posible asumir que no se genera valor al entregar el proyecto a un Contratista de largo plazo, razón por la cual la modalidad de ejecución más conveniente será la provisión del servicio mediante un proyecto público.”

Figura 4. Componentes del valor por dinero

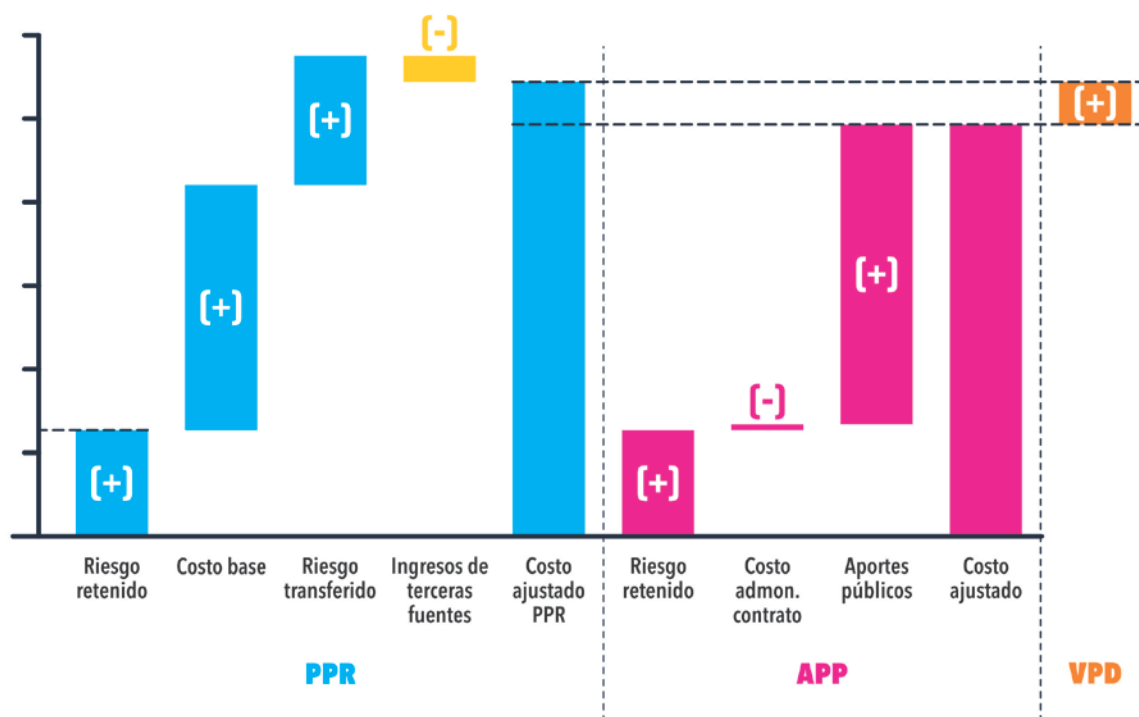


Nota: Tomado de Guía Metodológica del Comparador Público Privado para esquemas de Participación Público Privada en Uruguay (2012).

La asignación de riesgos es uno de los componentes de mayor importancia, pues el riesgo como un hecho incierto puede llegar a afectar por diferentes razones la viabilidad de un proyecto de infraestructura, lo principal es identificarlos para determinar cuál es la parte que se encuentra en mejores condiciones para asumirlos.

Como lo indica la Guía de APP del Departamento de planeación de Colombia (2010): “En efecto, la asociación entre el sector público y privado en el campo de la infraestructura y servicios resulta beneficiosa siempre y cuando se contextualice en una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de modo que cada una asuma los riesgos que le son más fáciles de gestionar y por lo tanto mitigar. Todos los riesgos de un proyecto de Asociación Público Privada deben ser distribuidos y asumidos entre la entidad pública y el inversionista de acuerdo con la capacidad e idoneidad que cada uno tenga para gestionarlos y mitigarlos.”

Figura 5. Comparador Público Privado



Nota: Las siglas corresponden, *PPR (Proyecto Público de Referencia), **APP(Asociación Público Privada), *** VPD (Valor por Dinero). Tomado de la Guía de APP del Departamento de planeación de Colombia (2010)

En la figura se muestra que hay un componente de riesgo que es retenido por el Estado, y que corresponde a los riesgos que este agente puede manejar en mejores condiciones que cualquier otro, como pueden ser los riesgos políticos, prediales y expropiatorios, entre otros. En el caso del Proyecto Público de Referencia –PRR- (desarrollo público) se determina el nivel de egresos fiscales asociados al proyecto asumiendo un nivel razonable de eficiencia (costo base).

Adicionalmente, hay un componente de riesgo que puede potencialmente ser transferible al sector privado, pero que bajo la modalidad de proyecto público es siempre retenido por el Estado. Finalmente, a los costos anteriores, se le debe restar el ingreso por terceras fuentes.

Si el costo total ajustado por riesgo del PPR es mayor al costo total ajustado por riesgo del proyecto APP, entonces la modalidad de ejecución más eficiente y efectiva para el desarrollo del proyecto es mediante la provisión del servicio a través de un esquema APP. En este caso, el proyecto genera Valor por Dinero para el sector público, por lo tanto se crea valor al delegar el desarrollo del proyecto a un inversionista privado.

En la situación de un VPD negativo, el costo de provisión privada será mayor, y en este caso se destruye valor al entregar el proyecto a un contratista de largo plazo; razón por la cual la modalidad de ejecución más conveniente será la provisión del servicio mediante un proyecto público, es decir un contrato de obra.

Una indebida identificación, apropiación y transferencia de riesgos puede llevar al fracaso de la APP, Cunha y Berg (2011) examinan como los riesgos se reflejan en los contratos regulatorios de infraestructura y concluyen que el riesgo es un tema clave en los contratos con el sector privado: una apropiada asignación de riesgos es una condición necesaria para el éxito de los contratos.” (Risso; 2012)

Los riesgos deben ser identificados por medio de una matriz de riesgos en cada una de las etapas del proyecto; principalmente se deben distinguir cuales son los riesgos retenidos y los transferidos. Los primeros son los que quedan en cabeza del Estado, por ejemplo la estabilidad jurídica y política, títulos prediales, permisos y licencias, etc. Los segundos son aquellos asumidos por el agente privado durante todo el contrato, por ejemplo riesgo de operaciones, riesgo de liquidez, riesgo cambiario.

Cada proyecto a desarrollarse es particular y puede presentar riesgos diferentes, por lo cual el tipo de riesgo dependerá de la ponderación que se haga previamente entre las partes. El riesgo debe ser asumido por la parte que se encuentre en mejores condiciones y capacidad para mitigarlo y gestionarlo.

De acuerdo con la metodología del Comparador Público Privado, se ha establecido que cuanto más riesgo es transferido, más costoso será el proyecto para el Estado, pero los beneficios por ejemplo en calidad, mantenimiento, tiempos y otros factores pueden llevar a que en la evaluación cualitativa se privilegie las APP. Sin embargo, la liquidez y bancabilidad del proyecto son elementos a considerarse en el análisis que se haga, pues si se trata de un proyecto de grandes riesgos para el particular, esto va a dificultar el financiamiento del mismo en condiciones normales de mercado.

Los casos de APP

La Unión Europea reúne la mayor experiencia internacional en APP, donde en los últimos 15 años se han firmado más de mil contratos de este tipo que representan una inversión cercana a los 200 mil millones de euros en sectores como educación, salud, defensa, justicia y transporte a través de las diferentes modalidades⁵⁰.

Actualmente, el modelo más avanzado es el que se ha desarrollado en el Reino Unido, denominado Private Finance Initiative (PFI), que representa cerca del 58% del total de la inversión materializada en este tipo de contratos.

En Norteamérica, Oceanía, Canadá y Australia han marcos de regulación e instituciones para promover las APP. En Asia, Corea tiene el liderazgo con más de 450 contratos desarrollados a través de estos esquemas.

En América Latina, los últimos años han sido de gran avance para la mayoría de países, los cuales han encontrado apoyo y promoción en entidades como el BID para su inclusión y fortalecimiento, siendo indispensables para el crecimiento de la región, la modernización de

⁵⁰ Estas estimaciones han sido proyectadas por el Banco Mundial. Se pueden consultar en <https://openknowledge.worldbank.org/search-filter?field=region>

activos e infraestructura y la competitividad y prosperidad económica de la comunidad, Chile, Brasil y Uruguay son casos destacados en esta materia.

Algunas cifras de las experiencias APP

Algunos de los organismos multilaterales a nivel mundial como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo - BID-, se han dado a la tarea de medir y cuantificar los aspectos relacionados con la puesta en marcha y ejecución de las Asociaciones Público Privadas en los diferentes países, haciendo rankings que evalúan la capacidad existente y las cuestiones que deben mejorarse.

El BID promueve las bondades y beneficios para los estados al trabajar con modelos APP, para lo cual ha desarrollado textos y herramientas de gran utilidad, además apoya estudios e investigaciones en temas particulares, como infraestructura, servicios públicos, tecnologías, entre otros.

Precisamente el BID a través del Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) junto con The Economist Intelligence Unit (EIU), ha creado una herramienta interactiva que mide la capacidad de 19 países de América Latina y el Caribe para movilizar inversión privada en infraestructura a través de Asociaciones Público-Privadas (APP), emitiendo un informe en el que da a conocer los resultados, hace un diagnóstico y genera recomendaciones a cada uno de los países.

Dicha herramienta se conoce como “Índice del Infrascopio”⁵¹, que comprende 19 indicadores de naturaleza tanto cualitativa como cuantitativa, entre los principales destacamos aspectos tales como:

- El marco legal y regulatorio: consistencia y calidad de las regulaciones de APP, equidad y apertura de las licitaciones, cambios en los contratos, mecanismos de resolución de disputas, entre otros aspectos.

⁵¹ Esta herramienta está disponible en la página web de FOMIN:

<http://www.fomin.org/es-es/PORTADAOld2015/Conocimiento/DatosdeDesarrollo/Infrascopio.aspx>

- El marco institucional: calidad del diseño institucional, contrato de APP, riesgo de retrasos y de expropiación.

- Madurez operacional: Capacidad pública para planear y supervisar las APP, métodos y criterios para la adjudicación de los proyectos, experiencia en concesiones de transporte, agua y electricidad, calidad de las concesiones de transporte y agua, etc.

- El clima de inversiones: distorsión política, entorno de negocios, voluntad política.

- Las facilidades financieras: riesgo en los pagos gubernamentales, mercados de capital: financiación privada de infraestructura, deuda comerciable, apoyo gubernamental y asequibilidad para usuarios de bajos ingresos

El último informe emitido por el BID de su índice infrascopio, fue dado a conocer en marzo de 2015 y corresponde a la evaluación efectuada para Latinoamérica y el Caribe del período correspondiente al 2014.

El ranking, principal aporte del diagnóstico, demostró que los primeros lugares en fortalecimiento y buen entorno para las Asociaciones Público Privadas corresponden a las economías que más han reportado crecimiento como Chile, Perú y Colombia, con lo cual se puede concluir que las alianzas con inversores privados han permitido desarrollar infraestructura, tales como puertos, carreteras, comunicaciones que ayudan a hacerlos más competitivos.

Por el contrario, casos como el de Venezuela que ocupa el último lugar en el ranking, permiten analizar que la falta de inversión en infraestructura sumada a la no disposición del gobierno para abrirse a la inversión privada y generar entornos favorables para desarrollar alianzas APP, contribuyen como una de las causas de la falta de competitividad y debilidad de la economía de dicho país, por supuesto, sin atender a otras cuestiones que no nos corresponde analizar.

La tendencia, al menos en los países latinoamericanos, es al aumento de la inversión privada para el desarrollo de proyectos públicos y el fortalecimiento del entorno para las APP, con lo cual el esfuerzo de las administraciones se orienta a generar un ambiente normativo y económico sostenible para hacer más atractiva la participación de los agentes privados.

En materia de infraestructura con fines de desarrollo económico, es decir la construcción de puertos, carreteras, autopistas, entre otros, se requiere al menos a nivel de Latinoamérica aumentar la inversión, pues las exigencias del comercio mundial y la globalización obligan a los países a no quedarse rezagados en esa materia, solo una fuerte estructura de transporte y telecomunicaciones permitirá que el comercio, las exportaciones y la competitividad de los países se vea aumentada, por lo cual las APP parecen ser un modelo adecuado para estos mejorar esos puntos y que merece ser tenido en cuenta por los gobiernos.

La posibilidad de asignar riesgos a quien mejor pueda soportarlos, la flexibilidad financiera para el Estado, la opción de generar contratos a largo plazo que incluyan la operación y mantenimiento, hacen que las APP puedan tener a futuro cada vez más auge dentro de la operatoria del Estado.

Capítulo 4. El contrato de obra pública

Con el fin de efectuar una comparación entre las Asociaciones Público Privadas y el Contrato de Obra pública, en adelante -COP-, corresponde en este apartado efectuar el desarrollo teórico de este último, por lo cual vamos a presentar las generalidades de este contrato, los tipos de actividades que se pueden desarrollar bajo esta modalidad, como funciona y algunas experiencias de proyectos desarrollados con esta metodología; esto nos permitirá tener un punto de comparación y entender las particularidades de esta forma de prestación de los bienes y servicios públicos.

El contrato de obra pública es la forma más tradicional por medio de la cual el Estado, gestiona los proyectos necesarios para el cumplimiento de los fines de servicio público que le encomienda la sociedad. El Derecho Administrativo se ha encargado de desarrollarlo y asignarle valor como el medio de contratación público más habitual.

A partir de su uso extendido, se ha gestado una teoría integral sobre el contrato administrativo, su naturaleza y tipologías, tema que no va a ser abordado en detalle en esta tesis, pero que deja entrever a la contratación como una de las potestades más importantes del Estado, como dice Cassagne (2010, p. 1): “Las causas de la trascendencia que ha cobrado la categoría jurídica del contrato administrativo son conocidas y van desde el crecimiento de las necesidades colectivas y la aparición de nuevas tecnologías, hasta la idea de la colaboración de los sujetos privados con la Administración Pública, quienes asumen cargas y obligaciones que no encajan en el molde del derecho privado...(sic)”

Si bien el modelo APP se toma con carácter general, se vale de diferentes formas de contratación administrativa para la ejecución de sus fines, entre las más comunes la concesión o los contratos BOT (Build-operate-transfer), y DBFO (Design, Build, Operate, Transfer) que definimos en el anterior capítulo; sin embargo, las Asociaciones Público Privadas han sido definidas como herramientas totalmente disímiles al contrato de obra pública, éste último ha sido entendido y tratado como una especie particular y diferente con elementos propios, individualizadores y de distinta naturaleza.

Generalidades del contrato de obra pública

El contrato de obra pública se puede definir, como un contrato administrativo creador de obligaciones jurídicas entre una entidad pública y un particular para la construcción, reparación, conservación y modificación de bienes que tengan naturaleza inmueble.

La doctrina del Derecho de la Contratación Pública ha aportado numerosos conceptos en torno al contrato de obra pública, Serra Rojas (1999, p. 661), menciona que el contrato de obra pública: "Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración Pública a cambio de un precio"

La Contraloría General de la República de Chile lo define como: "Acto mediante el cual un Servicio de la Administración encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinen los antecedentes de la adjudicación"⁵²

En general, el contrato de obra pública se relaciona directamente con bienes de naturaleza inmueble; al respecto, la doctrina del Derecho Administrativo ha considerado para efectos de este tipo de contrato como inmueble a las carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, entre otras infraestructuras de desarrollo productivo o económico de un país.

También dentro del contrato de obra pública se contempla la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas o similares.

Como lo afirma Gordillo (1964, p. 46) "En un primer sentido la frase "obra pública" designa a un cierto tipo de muebles o inmuebles estatales afectados a fines de utilidad general: son "obras públicas", en este sentido, los puentes, caminos, edificios públicos, etc. En un segundo sentido la frase se identifica por extensión con el concepto de "contrato de obra

⁵² Para ampliar el tema la información se encuentra disponible en:
http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Actualidad/Actividades/Capacitaciones/13012012/Contrato_de_obra_publica.pdf

pública”, y designa por ello a los contratos realizados por la administración con particulares para que éstos construyan, por ejemplo, tales puentes, caminos o edificios.”

Así mismo para englobar el accionar del Estado por medio de la contratación de obras públicas, Pino (2005, p. 412) dice: “...el Estado encarga la construcción a una empresa y paga el costo de la obra con sus recursos generales, provenientes de impuestos o del crédito público. Este pago se realiza a medida que se va construyendo la misma obra, lo que significa que el contratista no financia al Estado más que cada etapa (generalmente mensual) de la misma. De esta manera, al cumplirse cada período se certifican los acopios de materiales realizados y la parte de obra construida, y el monto resultante es pagado por el Estado con una deducción que actúa como garantía de la buena construcción y se libera, por ende, a la recepción de la misma.

Por tanto, en el contrato de obra pública tenemos que el Estado encarga a un privado el desarrollo de un proyecto, generalmente de infraestructura y paga por él, bajo una relación de subordinación y dependencia financiera y organizativa.

Siguiendo a Dutto y Bernal (2012). “Este tipo de transacción constituye la forma básica y habitual en que el Estado ejecuta obras de infraestructura. En el tradicional contrato de obra pública que será objeto de estudio en este apartado, el Estado encarga la construcción a una empresa y paga el costo de la obra con sus recursos generales, provenientes de impuestos o del crédito público. Este pago se realiza a medida que se va construyendo la misma obra, lo que significa que el contratista no financia al Estado más que cada etapa (generalmente mensual) de la misma. De esta manera, al cumplirse cada período se certifican los acopios de materiales realizados y la parte de obra construida, y el monto resultante es pagado por el Estado con una deducción que actúa como garantía de la buena construcción y se libera, por ende, a la recepción de la misma.”

El negocio jurídico contractual se lleva a cabo mediante la libre concurrencia de voluntades de la Administración Pública y de su contratado, cada una orientada por sus propios fines: la primera se guía por el beneficio general y el interés público, mismo que anima el propósito intrínseco de tal obra de satisfacer una necesidad pública; en tanto la voluntad del contratista o empresario está motivada por su interés privado de obtener un lucro; Lo que explica que en la confrontación de tales intereses habrá de prevalecer el interés público de la Administración Pública contratante (Cruz y Reséndiz, 2012)

La relación principal-agente ha sido tratada en detalle por el análisis económico del Derecho, y plantea determinados problemas como el riesgo moral, la selección adversa, las asimetrías informativas, los problemas de incentivos, costes de monitoreo, entre otros, que la ciencia jurídica ha tratado de resolver a través de los mismos contratos y el planteamiento de los incentivos adecuados para que el agente actúe de forma eficiente y acorde con la función que le encarga el principal.

Las relaciones que encara el Estado con particulares bajo modalidades de contratación, como el de obra pública, no están exentas de las complicaciones que pueden resultar de la relación principal-agente.

Entre los problemas más estudiados de esa relación principal-agente encontramos el riesgo moral, que puede afectar de forma significativa los contratos de obra pública, este ocurre cuando el principal no puede monitorear perfectamente la conducta del agente, por lo que éste último tiende a esforzarse menos de lo que el principal consideraría eficiente.

Como dicen Arevalo y Ojeda (2004, p.4) “El problema del riesgo moral surge del conflicto de intereses entre principal y agente: para el principal, el pago es un costo, para el agente un ingreso. De forma análoga, al principal le interesa que el agente haga un gran esfuerzo mientras que a éste le interesa minimizar su esfuerzo.”

Dicho lo anterior, el contrato de obra pública es una relación entre el Estado y un particular que se reduce a la realización de una tarea a cambio de un pago; puede estar acompañada de serias dificultades como el riesgo moral; la solución siempre está en los incentivos que se le presenten al agente para que en un carácter colaborativo pueda estar alineado con lo deseado por el principal y así lograrse la eficiencia y maximización de utilidades para la comunidad y el erario público.

En esa medida, no es descabellado ver en las Asociaciones Público Privadas un modelo que puede llegar a encarar los problemas de agencia que puedan presentarse, como el caso del riesgo moral, pues en ese sentido la posibilidad del privado para trabajar en alianza y colaboración con el Estado, bajo un modelo en el que se comparten riesgos y ventajas, puede ser la respuesta para los problemas que en muchos países tienen las relaciones contractuales públicas en torno a la corrupción, sobrecostos, mala calidad en la terminación de las obras, etc, que conllevan una pérdida de eficiencia.

Tipos de contratos de obra pública

El contrato de obra pública tiene una tipología que ha sido desarrollada por el Derecho Administrativo y que corresponden a la forma de remuneración pactada en el mismo contrato, por lo general esta clasificación ha sido adoptada por la mayoría de legislaciones latinoamericanas, solo con algunas pequeñas variaciones.

A suma alzada o precio alzado.

Este tipo de contrato de obra pública establece que la oferta que hace el contratista o que fija el Estado es a un precio fijo, por lo que las cantidades de obras se entienden inamovibles.

El contratista recibe una suma fija como remuneración y es el único responsable del cumplimiento del objeto, la vinculación de personal, la elaboración de subcontratos o la obtención de materiales.

En esta modalidad de contrato se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurre el contratista para la ejecución de la obra y la Entidad Estatal no debe reconocer mayores cantidades de obra u obras adicionales necesarias no previstas que se encuentren dentro del objeto.⁵³

En este caso, el contrato de obra pública estipula que el importe de la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista será por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido.

Contrato a Serie de Precios Unitarios.

En este tipo de contrato las partes establecen el costo por unidad de cada uno de los conceptos que integran la obra a ejecutar o ítems de obra. Una vez definido ese valor unitario,

⁵³ Explicado en detalle por Colombia Compra Eficiente, es la dependencia del Estado encargada de hacer públicos los procesos contractuales del Gobierno. Para consultas se encuentra disponible en: http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia_para_los_procesos_de_contratacion_de_obra_publica.pdf

las partes establecen la estimación inicial de la obra, pero el valor real es el que corresponde a la multiplicación de las cantidades de obra ejecutadas efectivamente por el precio de cada unidad de obra.

Es decir, la remuneración se hace por serie de precios unitarios fijos aplicados a avances parciales de las obras establecidas, y cuyo valor total corresponde a la suma de los productos de los referidos precios. Los precios unitarios se entienden inamovibles y los pagos se ajustarán a las obras efectivamente realizadas o por unidad de concepto de trabajo terminado.

Contrato llave en mano.

Esta modalidad de contrato de obra pública es integral, pues el contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra, incluso en etapas previas, lo cual incluye los diseños, estudios de factibilidad, construcción, contratación del personal, instalaciones y suministros, de esa forma el compromiso final a cargo del contratista es la obra terminada y en funcionamiento.

El precio es global y corresponde a un valor previamente establecido que opera como remuneración por todas las gestiones que adelanta el contratista.

Contrato de Administración delegada.

La entidad estatal se encarga de delegar la ejecución de la obra en el contratista en calidad de director técnico, quien la ejecuta por cuenta y riesgo de la misma entidad estatal, en esa medida se pacta que el contratista reciba como remuneración una suma en calidad de honorarios por su gestión. Los honorarios del contratista pueden pactarse en forma de porcentaje sobre el valor de la obra o como precio fijo.

En esta modalidad interviene la figura del administrador delegado, quien se encarga de ejecutar la obra y responder por su buen resultado, pero es en definitiva solamente la entidad estatal quien asume los riesgos derivados del contrato y la financiación de la obra (Colombia Compra Eficiente, 2016).

Contrato por reembolso de gastos.

Este tipo de contrato de obra pública es el menos común y casi nunca utilizado: en la ejecución el contratista asume los gastos que trae aparejado el contrato y por su parte, la entidad estatal en forma periódica reembolsa dichos gastos al contratista, quien a su vez recibe como remuneración una suma correspondiente a los honorarios que se pactan por su gestión.

¿Cómo funciona el contrato de obra pública?

El contrato de obra pública se estructura desde el inicio por la entidad estatal afectada al desarrollo de la obra; en ese sentido y como primera medida, el Estado debe entre otras cosas, identificar la necesidad y evaluar los aspectos sociales y comunitarios para generar el proyecto; de esa forma puede concluir sobre la pertinencia de la correspondiente obra y proceder a hacer las apropiaciones presupuestales adecuadas, por ejemplo en el caso colombiano, se exige incluirla en el Plan Anual de Adquisiciones, aunque en la práctica esto varía según el procedimiento que determina cada país en su Derecho Administrativo Contractual.

Etapa inicial.

Al inicio de un proyecto que requiere desarrollo por medio de un contrato de obra, se deben elaborar los denominados estudios técnicos, estos son los análisis necesarios para establecer la viabilidad del proyecto, generalmente se evalúan a través de estudios de ingeniería, aspectos presupuestales, impacto social, económico y ambiental, además sirven para identificar los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para la ejecución del proyecto y proyectar la gestión predial (Colombia Compra Eficiente, 2016).

La entidad estatal solo debe iniciar el proceso de contratación de obra pública cuando los estudios técnicos permiten concluir que la obra es viable. La viabilidad es un criterio que ayuda a la búsqueda de maximización de beneficios sociales y económicos para el Estado y la comunidad.

Generalmente cuando se habla de obras públicas de infraestructura de transporte, el proceso de contratación puede iniciar antes, cuando se contrata la elaboración de estudios y diseños previos para evaluar pertinencia de generar un proceso de contratación.

Al hablar de estudios técnicos, podemos precisar que estos involucran los siguientes análisis: descripción general del proyecto, población beneficiada, estudios geológicos y geotécnicos, estudios hidrológicos, estudio de la situación actual y proyección de uso futuro de la obra para la previsión del mantenimiento, análisis ambiental, identificación de factores sociales, ambientales, prediales o ecológicos que afectan la normal ejecución del proyecto y propuesta de mitigación, costo estimado y plan de manejo económico y financiero, teniendo en consideración el origen de los recursos.

En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no puede ser objeto de evaluación, sino que siempre se debe tener en consideración la evaluación de los criterios de precio, idoneidad y calidad de la obra para dar vía libre al proceso de contratación.

Como a diferencia de las Asociaciones Público Privadas, en la mayoría de los casos el contrato de obra pública no implica la asunción de riesgos compartidos, ni siquiera para la parte que está más preparada para asumirlos, es indispensable que en una etapa previa la entidad pública realice el análisis de riesgo para entender su impacto en la ejecución y verificar la forma de mitigarlo por su propia cuenta.

Una vez se da vía libre al proceso contractual, la entidad debe elaborar los pliegos de condiciones, los cuales van a tener los términos de referencia del proceso licitatorio; la forma general de asignar un contrato de obra pública es por medio de la apertura a licitación, y excepcionalmente se pueden usar bajos ciertas circunstancias, procesos abreviados o de contratación directa, por ejemplo si hay una urgencia manifiesta debidamente justificada.

En este punto es importante mencionar, que la apertura y propuesta de generación de un proyecto de obra, es únicamente responsabilidad del Estado por medio de la entidad contratante y es esta quien convocará a los posibles oferentes, a diferencia de las APP en la que se le da posibilidad al privado de presentar una propuesta con unos estudios y análisis de prefactibilidad al Estado sin una convocatoria previa.

El pliego de condiciones según el Manual de Compras Eficientes del Gobierno Colombiano (2014, p. 5) es definido como: “El conjunto de normas que rigen el proceso de selección y el futuro Contrato, en los que se señalan las condiciones objetivas, plazos y procedimientos dentro de los cuales los Proponentes deben formular su Oferta para participar en el Proceso de Contratación del contratista y tener la posibilidad de obtener la calidad de adjudicatario del Proceso de Contratación”.

Todo el proceso licitatorio está orientado por un marco jurídico y regulatorio muy riguroso que se encuentra estipulado en las normas administrativas, pues al tratarse de gestiones con dinero y proyectos públicos se tienen determinados los pasos y criterios a seguirse tanto en la formulación del pliego, la apertura a licitación, la adjudicación del contrato y hasta su ejecución final.

Tal es el caso de la ley 13064 de Argentina en su artículo 4 que estipula: Antes de sacar una obra pública a remate o de contratar directamente su realización, se requerirá la aprobación del proyecto y presupuesto respectivo, por los organismos legalmente autorizados, que deberá ser acompañando del pliego de condiciones de la ejecución, así como de las bases del llamado a licitación a que deban ajustarse los proponentes y el adjudicatario, y del proyecto de contrato en caso de contratación directa. La responsabilidad del proyecto y de los estudios que le han servido de base, caen sobre el organismo que los realizó

Por su parte, por ejemplo en el caso colombiano, la ley 80 de 1993 establece que en los pliegos de condiciones y en los términos de referencia se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

Allí también se definirá con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, el plazo para la liquidación del contrato teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

Por tal motivo, el pliego de condiciones junto con la elaboración de la minuta que dará vida a la futura relación entre el sector público y el privado son la piedra angular del contrato de obra pública, pues es allí donde se plasmarán los criterios y límites para que el agente privado realice su gestión, la cual no irá más allá de lo pedido. Los reales incentivos para el contratista dependerán en gran medida del precio del contrato de obra, el cual será factor determinante en la relación contractual. Podemos afirmar que los incentivos que tiene cada una de las modalidades de contratación, ya sea por medio de COP o APP, son totalmente diferentes.

La licitación pública.

La licitación pública se define como un procedimiento administrativo por la cual el Estado en ejercicio de la función administrativa, hace pública su voluntad de contratar invitando a participar a los interesados que cumplan con los requerimientos preestablecidos en el pliego de condiciones, para que formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más idónea y conveniente.

Tenemos que aclarar que la licitación pública es el medio de selección para los contratos de obra pública, sin embargo, con matices más especiales, este esquema cobija también el desarrollo de los proyectos bajo la modalidad APP.

De acuerdo a Correa (2002, p. 19) “La licitación es un procedimiento formal y competitivo de adquisiciones, mediante el cual se solicitan, reciben y evalúan ofertas para la adquisición de bienes, obras o servicios y se adjudica el contrato correspondiente al licitador que ofrezca la propuesta más ventajosa.”

Los principales objetivos de encarar un proceso licitatorio son la transparencia en todas las actuaciones y la posibilidad de generar un escenario de competencia que permita al Estado obtener una ventaja razonable al elegir la mejor y más idónea propuesta para el desarrollo de la obra pública que necesite.

La publicidad entonces es uno de los elementos más importantes del proceso de licitación, pues la competencia entre los oferentes es necesaria para que puedan existir condiciones de elección de la mejor propuesta.

A continuación transcribimos un esquema que Correa (2002, p.17) plantea para definir los objetivos de las licitaciones públicas:

Figura 6. Objetivos de las licitaciones públicas

Competencia	La competencia se favorece cuando no se restringe la participación en las licitaciones
Igualdad en el tratamiento de los licitantes	Todos los licitantes deben ser tratados con reglas comunes que se aplican de forma pareja.
Transparencia en la adjudicación	No existen dudas respecto de cómo se adjudica y en base a que criterios, al ser un proceso transparente y comprensible.
Responsabilidad administrativa	La administración es responsable de todo el proceso de licitación y adjudicación.
Debido proceso	Se cumplen todas las formalidades procedimentales.
Publicidad	La licitación es publicitada tanto para conocimiento de los eventuales participantes como para el público en general.
Obtención del mejor precio para el Estado	Se adjudica a aquel que establezca mejores condiciones económicas para el Estado.

Como lo indica Gordillo (2009, p. 491) “Así como la publicidad en la licitación pública es la aplicación particularizada de un principio general del sistema constitucional, también la concurrencia es la aplicación al caso del principio general del procedimiento administrativo conocido como principio de contradicción: La existencia de interesados y contrainterésados. Los pliegos, la doctrina y la práctica licitatoria en nuestro país y en el mundo privilegian hoy como principio fundamental de la licitación, el de la concurrencia o competencia entre los oferentes. Lo que se postula concretamente es la participación de la mayor cantidad posible de oferentes. Se ha dicho en tal sentido que “interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias.” Ello, a fin de que la autoridad cuente con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su comportamiento”

Las etapas por las que pasa el proceso licitatorio son:

- Publicación del pliego de condiciones: mencionado en la parte inicial del proceso, incluye la minuta del contrato y todos los estudios previos que la entidad contratante considere

necesarios para ofrecer unas reglas más claras para los interesados; como ya lo referimos la publicidad es uno de los elementos más importantes de la licitación pública.

Generalmente se hace una publicación en un medio idóneo y previamente establecido en los procedimientos administrativos, la mayoría de países entre estos, Argentina y Colombia tienen portales públicos destinados a los procesos de contratación del Estado. La publicidad del proceso hace que se fijen varios avisos y se le dé la posibilidad durante toda esta etapa a los interesados para formular preguntas y solicitar aclaraciones sobre el pliego de condiciones, la minuta del contrato y los estudios previos.

- Resolución de apertura: Una vez vencidos los plazos que exige el principio de publicidad del proceso, el cual generalmente abarca los 10 días, se publica la resolución mediante la cual la entidad contratante da apertura al proceso de contratación, se incluye el cronograma a tener en cuenta y se realizan las aclaraciones pertinentes según lo requieran los interesados.

- Audiencia aclaratoria: Generalmente se estipula una primera audiencia con los interesados en presentar propuestas, para aclarar los puntos que aún presenten dificultad o dudas, en esta también a solicitud de los interesados se puede llegar a hacer la asignación y distribución de riesgos del proceso, para que queden claros los posibles riesgos que conlleva el contrato para ambas partes.

- Entrega de propuestas: Según las fechas y plazos fijados en el cronograma los interesados hacen entrega de sus propuestas, aclarando que el pliego de condiciones que abre el proceso licitatorio es definitivo y de obligatorio cumplimiento y para introducir cualquier modificación la entidad contratante debe realizar una adenda debidamente motivada. Por lo cual, las condiciones fijadas son las que evaluará la entidad, así como el cronograma que es vinculante para las partes, vencida la fecha y hora fijadas se cierra el proceso de recepción de las propuestas.

- Evaluación de las propuestas: se verifican los requisitos habilitantes para los interesados, y se le asigna un puntaje a cada uno de los elementos de la propuesta según lo estipule el pliego de condiciones; la entidad contratante debe efectuar un informe de evaluación de las propuestas y el respectivo puntaje, este informe se pone a disposición de los interesados para que presenten las observaciones y se pronuncien sobre el mismo, con un plazo que generalmente abarca los 5 días hábiles.

- Audiencia de evaluación: vencido el plazo, la entidad contratante de acuerdo al cronograma realiza una audiencia en donde se van a realizar las aclaraciones y observaciones del informe evaluatorio, sin que esto implique oportunidad para mejorar o modificar la oferta.

- Acto administrativo de adjudicación: Una vez finalizada la audiencia de evaluación, la entidad ya está en condiciones de emitir el acto administrativo que adjudica el contrato a aquel interesado que luego de la evaluación ofrece la mejor propuesta para la entidad. Si la adjudicación se declara desierta por falta de proponentes habilitados se surte el proceso nuevamente según lo estipule el pliego de condiciones y el respectivo cronograma.

- Desarrollo del contrato hasta su terminación: En esta etapa se hace efectivo el objeto del contrato que debe ceñirse estrictamente a lo estipulado en el proceso licitatorio, pliegos de condiciones y estudios previos, so pena de sanciones como la caducidad para el contratista que implica la prohibición absoluta para volver a contratar el estado y el cumplimiento de las cláusulas indemnizatorias y penales estipuladas en el contrato y en la misma ley de contratación.

Este es el esquema general de contratación de obra, sin embargo y por excepción existen procesos especiales como el abreviado y la contratación directa, los cuales proceden taxativamente y solo en las circunstancias determinadas previamente por la ley administrativa de cada país.

Experiencias en contratos de obra pública para obras de infraestructura: Nuestra opinión

En general, la gran mayoría de países de Latinoamérica tiene una vasta experiencia en la contratación de obras públicas de infraestructura, pues se trata del mecanismo estándar para concretar este tipo de proyectos. Incluso, han desarrollado un marco jurídico y regulatorio sólido y maduro para atender todas las cuestiones derivadas del proceso licitatorio de un contrato de obra, con la creación de sistemas de participación para los ciudadanos y veedores.

Tal es el caso de Colombia que cuenta con manuales para que las entidades contratantes de forma estandarizada realicen cada una de las etapas del contrato de obra, desde la identificación de la necesidad de inversión pasando por los criterios de selección, la licitación

y la formalización del contrato, este es el caso de Colombia Compra Eficiente, creada por Decreto, que está relacionada con diferentes organismos públicos como es el caso del Sistema de Contratación Pública, bancos de oferentes nacionales e internacionales e incluso organismos de vigilancia pública.

Pero la gran pregunta que ha rondado este trabajo, precisamente tiene que ver con esa experiencia y madurez en lo relativo a los contratos de obra, pues a pesar de que los países cuentan con una amplia trayectoria, aún no se ha encontrado su óptimo funcionamiento; como ya lo mencionamos, el retraso de varios países de Latinoamérica en infraestructura es un acumulado de varios años en los que se contrató principalmente bajo esta modalidad.

Pero entonces, ¿cuál puede ser la causa?, ¿Por qué los gobiernos se han volcado a priorizar sistemas colaborativos sobre el tradicional contrato de obra?, ¿Por qué aún existen grandes retrasos, sobrecostos y corrupción en los contratos tradicionales?, ¿Por qué el contrato de obra no ofrece los incentivos en muchos casos en cuanto a calidad, tiempo y costos?, en nuestra opinión, a la mayoría de los contratos de obra suscritos por los Estados les faltan elementos que permitan comprometer al contratista privado para ofrecer un servicio de calidad, en el que la eficiencia y maximización sean un propósito común y en la que se busque una situación de ganancia para ambas partes.

Sin embargo, alrededor de la contratación de obras públicas por licitación como modalidad estándar y más usada, podemos adelantarnos a mencionar la presencia de algunos problemas, como es el caso de la corrupción, que impide el ahorro de costos en los proyectos y que saca del erario público incontables recursos que pasan a manos privadas, los incumplimientos contractuales, la necesidad para el Estado de contar con los recursos disponibles previamente para realizar el pago del contrato, los retrasos y sobrecostos, el tiempo tan corto de los contratos que no motiva a los agentes privados, entre otras cuestiones.

Según Transparencia Internacional para América Latina y el Caribe (TI LAC) las formas más preocupantes y costosas de corrupción pueden ocurrir después de que se otorgó el contrato, es decir durante la fase de instrumentación⁵⁴, de ahí que el problema no se encuentre precisamente en los procesos licitatorios, los cuales también cobijarían a las APP, sino en los incentivos posteriores a la adjudicación; en el caso del contrato de obra estos son muy

⁵⁴ Para ampliar el tema se puede consultar en la página web http://archive.transparency.org/regional_pages/americas/publicaciones/sourcebook_esp

diferentes a los que plantean las Asociaciones Público Privadas; en el COP como una relación de agencia y en las APP como una relación asociativa y colaborativa.

También, los plazos por lo general juegan un papel primordial, pues sin son operaciones de largo plazo conllevan unos estándares e incentivos diferentes para las partes, los contratos de obra por lo general difieren de las APP en los tiempos que se manejan en los proyectos, pues en los primeros son relaciones más cortas.

Como lo indica el Banco Interamericano de Desarrollo en su documento “Asociaciones Público-Privadas: implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe” (2015, p. 9) otros tipos de contratos “..No crean los mismos incentivos de desempeño a largo plazo que las APP”; sin duda es mejor generar una relación a largo plazo que indefectiblemente redunde en compromisos de diferente naturaleza para las partes.

En el caso del contrato de obra, el Estado le asigna un anticipo de inicio del orden del 20% al contratista y a medida que va avanzando en la realización del proyecto le reembolsa lo ejecutado, pero como lo analiza el sitio informativo Infobae (2013) en su artículo “El kilómetro de carretera en América Latina cuesta 7 veces más que en Europa”, éste modelo tiene varias falencias. “Por un lado, si, como muchas veces ocurre, se alargan los tiempos de construcción, se elevan los costos y es el Estado el que debe hacerse cargo. Además, como el contratista empieza a recibir dinero incluso antes de empezar a construir y luego sigue recibiendo sin tener que presentar demasiadas pruebas de lo realizado, no tiene ningún incentivo para hacer una obra de calidad y en los tiempos previstos”.

La situación descrita es la regla general en la práctica y tiene muchas opciones de revertirse con el cambio a un modelo asociativo en el que se comparten riesgos y compromisos, por ejemplo, si se le da la operatoria y mantenimiento posterior al constructor como lo plantean algunas modalidades APP como una forma de pago o remuneración por la construcción de la infraestructura, se logrará una total transformación de los incentivos, habrá más eficiencia, menores costos y plazos, ya no existirían motivaciones para retrasar la entrega, bajar la calidad o los estándares y por supuesto se elimina de tajo la corrupción.

Según Transparency Internacional (2000), el valor por dinero es una solución a la tesis rectora, de que la corrupción incrementa los precios mientras que reduce la calidad y el desempeño.

Transparency Internacional afirma al respecto que “Por tanto, al evaluar una transacción pública sobre la base de "valor por dinero", si existen distorsiones marcadas esto puede ser debido a la corrupción o a una absoluta ineficiencia. En cualquier caso, se requiere de una acción firme para fortalecer a los sistemas y evitar la repetición. Las distorsiones "marcadas" pueden ser detectadas con prontitud, particularmente dada la disponibilidad de organismos alrededor del mundo que pueden proveer información sobre precios existentes de bienes y servicios de manera rápida y no cara”(p. 468).

En este punto es importante recordar que el valor por dinero es una de las principales características de las APP, y que en muchas legislaciones no se ha incorporado a los procesos de selección en contratos de obra pública.

Según lo que afirman Dutto y Beltran (2012) “Un *cost-plus contract* (contrato de costes y costas) implica que los excesos de costos en que incurre la empresa son pagados por el gobierno. En ausencia de observabilidad no genera incentivos al contratista para aportar esfuerzo, constituyéndose en consecuencia el riesgo moral en un problema serio. Además, cuando la información sobre costos está asimétricamente distribuida, genera a la empresa el incentivo para subestimar los costos a los fines de adjudicarse el contrato. Por otro lado, un *fixed-price contract* (contrato de precio fijo) implica que la empresa afronta todo el riesgo en cuanto a los costos y el gobierno simplemente paga una suma fija por los servicios prestados. Con empresas neutrales al riesgo este sería un contrato óptimo desde el punto de vista de la provisión de incentivos para el esfuerzo”.

Un panorama de la región.

Como lo venimos mencionando, la corrupción es una de las grandes desventajas del sistema de contratación tradicional de obras públicas, según el informe del año 2014 realizado por Transparency Internacional⁵⁵ que mide la corrupción en sector público en el mundo mediante el otorgamiento de un puntaje que va del 100 como indicador de un país muy transparente a 0 que indica uno muy corrupto y la elaboración de un listado con el puesto que ocupa cada país, donde el No. 1 es el país menos corrupto y el 174 el más corrupto del

⁵⁵ Para consultas de este informe se encuentra habilitada la página web:
<http://www.transparency.org/cpi2014/results>

mundo; Latinoamérica es una de las regiones más aquejadas por este flagelo con una media de 50 puntos.

De la región, solamente Chile y Uruguay pueden ser mencionados como países que se destacan en la medición, pero aun así ocupando un tímido lugar 21 de entre los 174 países incluidos en el ranking mundial con 73 puntos frente a 92 que obtuvo Dinamarca en el puesto No. 1.

Por su parte Colombia ocupó el puesto 94 con 37 puntos y Argentina el puesto 107 con 34 puntos respectivamente, y en el último puesto de Latinoamérica se encuentra Venezuela en el puesto 161 con 19 puntos, uno de los países más corruptos del mundo.

Al respecto es necesario resaltar que Chile y Uruguay han tomado medidas novedosas para enfrentar la imperiosa necesidad de inversión en obras de infraestructura, principalmente carreteras y vías; por lo cual son abanderados en la implementación de sistemas de Asociaciones Público Privadas.

Esta cuestión puede brindarnos una pista sobre el mejoramiento en la transparencia cuando el sector privado y el público hacen una verdadera sociedad, con riesgos y compromisos compartidos y no sólo un contrato que plantea una relación de mandato, como es el caso del contrato de obra, que permite que la cadena de corrupción actúe como es habitual.

De otro lado, podemos observar que la situación en general de Latinoamérica no es buena y no ha tenido una tendencia a mejorar, sino a mantenerse; el sector público es corrupto, situación que genera desmedros patrimoniales para los Estados, falta de inversión y recursos en obras e infraestructura, pobreza y subdesarrollo para las comunidades.

De acuerdo a la comparación de los puntajes obtenidos en las mediciones de los años 2012 y 2013, los puntajes otorgados a la presencia de corrupción en el sector público continúan iguales año a año o desmejoran en algunos casos.

De ahí la importancia de buscar alternativas que permitan maximizar los beneficios del Estado y de la comunidad en forma positiva, la inversión en obras e infraestructura es una necesidad imperiosa, pero al ver problemáticas tan difíciles de erradicar como la corrupción, se pueden ver en modalidades como las APP una solución, sólo si son desarrolladas de manera cuidadosa, transparente y bajo un marco jurídico y normativo fortalecido.

En muchos casos el sistema de contratación habitual está corroído por la corrupción y es habitual que se presenten sobrecostos, incumplimiento de plazos, asignaciones a contratistas no idóneos, sin garantías y demás cuestiones que están presentes en la contratación tradicional.

A continuación transcribimos el ranking 2014 de Transparency Internacional, en donde se reflejan los puntajes para Latinoamérica desde los años 2012 y el lugar que ocupan dentro de los 174 países que fueron medidos.

Figura 7. Ranking de Transparency Internacional 2014 para Latinoamérica sobre corrupción

Americas				
RANK	COUNTRY	2014 SCORE	2013 SCORE	2012 SCORE
21	Uruguay	73	73	72
24	Bahamas	71	71	71
21	Chile	73	71	72
29	Saint Vincent and the Grenadines	67	62	62
31	Puerto Rico	63	62	63
39	Dominica	58	58	58
47	Costa Rica	54	53	54
63	Cuba	46	46	48
69	Brazil	43	42	43
80	El Salvador	39	38	38
85	Jamaica	38	38	38
85	Peru	38	38	38
85	Trinidad and Tobago	38	38	39
94	Colombia	37	36	36

Americas

RANK	COUNTRY	2014 SCORE	2013 SCORE	2012 SCORE
85	Peru	38	38	38
85	Trinidad and Tobago	38	38	39
94	Colombia	37	36	36
94	Panama	37	35	38
100	Suriname	36	36	37
103	Bolivia	35	34	34
103	Mexico	35	34	34
107	Argentina	34	34	35
110	Ecuador	33	35	32
115	Dominican Republic	32	29	32
115	Guatemala	32	29	33
124	Guyana	30	27	28
126	Honduras	29	26	28
133	Nicaragua	28	28	29
150	Paraguay	24	24	25
161	Haiti	19	19	19
161	Venezuela	19	20	19

Nota: Tomado de [http la página web de Transparency International](http://www.transparency.org/cpi2014/results).

www.transparency.org/cpi2014/results

Como corolario, la contratación de obras de infraestructura con fines de desarrollo económico como las carreteras, vías y autopistas son una necesidad de Estado, cuando se requiere de una fuerte inversión, la mejor alternativa es la ayuda del sector privado, pero con los tradicionales contratos de obra pública hay falencias importantes que han hecho que el desarrollo de proyectos sea lento, caro y dispendioso para el Estado.

Las alternativas recomendadas por organismos internacionales, como el BID, el Banco Mundial, FOMIN, entre otros, y que se han implementado con éxito en muchos países que hoy han mejorado incluso su percepción de corrupción, como Chile y Uruguay, van orientadas al cambio de incentivos y a la alineación de objetivos entre el sector público y privado.

Capítulo 5. El contrato de Asociación Público Privada Vs el Contrato de Obra Pública

Ya presentados los principales aspectos conceptuales y metodológicos de la Asociación Público Privada y del Contrato de Obra Pública, corresponde en este capítulo analizar el contrato mediante el cual ambas modalidades nacen a la vida jurídica.

Se hará una breve caracterización del Análisis Económico de los Contratos, para posteriormente identificar los efectos económicos que el AED ha planteado como herramientas de análisis, para lo cual vamos a revisar los costos de transacción (ex ante y ex post), las relaciones de agencia y lo relativo al cumplimiento e interpretación del contrato.

Se concluirá con un parangón entre las APP y el COP, dados los elementos trabajados en los anteriores capítulos y el resultado de la evaluación objetiva que se haga del contrato mismo en este apartado, con el fin de verificar el desempeño de las APP frente al Contrato de Obra Pública en los fines estatales, y contestar a la pregunta de investigación: ¿Las Asociaciones Público Privadas generan mejores incentivos para la construcción de un proyecto de infraestructura con respecto a un Contrato de Obra Pública, en cuanto a la maximización del bienestar y la búsqueda de eficiencia para el Estado?

Los mecanismos de funcionamiento de cada figura son diferentes, lo cual dificulta generar una comparación objetiva entre ambas, de ahí que sea especialmente importante dar una mirada al contrato⁵⁶, como fuente generadora de obligaciones para las partes y creador de incentivos.

⁵⁶ Citando a Serrano Moya (2014): “Dos preguntas busca responder la teoría económica de los contratos. La primera se relaciona con las promesas escritas a las que el derecho obliga y, la segunda a las sanciones generadas en el incumplimiento de promesas; ambas se conectan con el hecho de que el contrato implica un

acuerdo mutuo entre agentes, que debe cumplirse a satisfacción de las partes o de lo contrario implica la sanción para quien incumple. Un contrato es una estructura de equilibrio parcial en el contexto del análisis económico y una restricción institucional desde los costos de transacción y el Análisis Económico del Derecho (AED); los contratos en este contexto pueden evitar o generar pleitos, limitar o incentivar el accionar oportunista de los individuos. Los contratos se deben diseñar con mecanismos que permitan disminuir entre otros factores la incertidumbre y el riesgo de los agentes que interactúan en los diversos contextos económicos y extraeconómicos de la cotidianidad. En referencia al diseño del contrato se buscan de manera ideal las mejores condiciones para quienes lo establecen; sin embargo, ello está lejos de que estas circunstancias lo sean; en el diario vivir el contrato se desarrolla dentro de un marco regulatorio, con cláusulas preventivas y controles para evitar su incumplimiento, el cual evidencia en su contenido los deseos de beneficio individual de los proponentes, pero también un beneficio para las partes que involucra; incorpora además una serie de aspectos clave en la

Un contrato de largo plazo, como el caso de la construcción de un proyecto de infraestructura, puede ser excesivamente costoso, tanto en la celebración como en la ejecución; la teoría de los contratos incompletos⁵⁷, la cual se encarga de diseñar el contrato cuando es imposible controlar todas las eventualidades que las partes deben enfrentar, puesto que hacerlo demandaría un excesivo y costoso esfuerzo, ofrece soluciones concordantes con la racionalidad económica y la autonomía de la voluntad.

Como lo mencionamos, generalmente las Asociaciones Público Privadas toman vida jurídica a través de un contrato, el cual se convierte en un instrumento necesario para generar incentivos a la vinculación de capital privado, siendo la retención y transferencia de riesgos, uno de los elementos que caracterizan este tipo de alianzas. De la misma forma, como su nombre lo indica el Contrato de Obra Pública es una construcción meramente bilateral y de voluntad, plasmada en un contrato.

El sector privado no es neutral al riesgo, por el contrario, se puede decir que son adversos a éste, razón por la cual el compromiso en desarrollar servicios o infraestructura de largo plazo requiere de incentivos que permitan evitar costos ex ante y ex post en la contratación, así como problemas de asimetrías informativas o de agencia, que pueden hacer que sea mejor no

interacción de las personas como la credibilidad y la confianza. Los elementos que garantizan la eficiencia y eficacia del contrato se relacionan con su diseño como se había señalado, así como la calidad de las instituciones que fomentan la realización de los mismos y los menores costos generados de su aplicación y vigilancia. En este contexto, la estructura de la organización económica debe ser consistente con los arreglos contractuales a los que llegan los agentes y por ello institucionalmente considerar los posibles trastornos desde los factores exógenos, ya que su modificación afectaría la estructura de equilibrios entre las partes. Los elementos temporales son factores desestabilizadores en el diseño de los contratos; por lo general los contratos más simples se desarrollan en el corto plazo, aunque esto no implica que contengan elementos complejos en su diseño. Los contratos de largo plazo son generalmente complejos e incompletos, generan incertidumbre por la discontinuidad temporal que les es inherente e introducen problemas de selección adversa y/o riesgo moral. En contratos de larga duración, las partes se atan mutuamente por largos periodos de tiempo, realizando inversiones importantes en lo económico que hacen que sus activos sean 'específicos', o en lo social, generando nuevos compromisos; estos elementos reducen su efectividad frente a los obligaciones iniciales y su flexibilidad. La institucionalidad en este contexto debe garantizar su cumplimiento, evitando la discrecionalidad y su ruptura."

Disponible en:<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summauris/article/view/1222/1114>

⁵⁷ Son especialmente importantes las contribuciones de Williamson sobre el análisis económico de los contratos incompletos, las cuales han servido de base a diferentes teorías, entre estas, las de Hart y Holstrom, ganadores del premio Nobel de Economía en el año 2016 por esta temática.

contratar con el Estado bajo una estructura de riesgos compartidos, o incluso que privilegien el no cumplimiento del contrato en caso de que sea celebrado⁵⁸.

Citando a Serrano (2014): “Como los contratos no son completos (no lo cubren todo) dadas las situaciones de asimetría de información entre individuos, se producen asignaciones no deseables frente a los resultados esperados en los contratos. Allí deben generarse procesos que restablezcan los resultados esperados inicialmente a través de situaciones que implican cambios en los contratos”.

Con respecto a las APP, se trata de hacer contratos atractivos para generar esa vinculación de capital privado en los fines estatales, sin caer en la complejidad de un contrato completo, haciendo más ventajosa esta opción por sobre la posibilidad de rentabilidad que puede generar el empresario privado poniendo los recursos en otras áreas, así logrando también que no se generen conflictos de intereses sino que ambas partes cooperen en beneficio mutuo.

El contrato es el facilitador de la relación Estado-particular, atendiendo a que ese acercamiento a lo público por parte de un privado conlleva costos que hacen difícil el inicio de la relación, el proceso de contratación asegura que se reduzcan al mínimo esos costos para los interesados y que en última instancia ambas partes ganen.

El Análisis Económico del Derecho Contractual

Para analizar el contrato debemos entender que el Derecho Contractual enmarca las relaciones entre partes que buscan un intercambio de bienes y servicios, y existe para forzar al cumplimiento a través de incentivos que eviten que haya una ventaja estratégica para el que cumple en segundo lugar.

En un mundo ideal en el que las partes siempre van a cumplir el objeto contractual, no habría necesidad de intervención por parte del Derecho, tal vez el simple compromiso de la

⁵⁸ Como lo expresa Hers (2011) : “En la estimación del precio, el contratante considera el beneficio esperado, los costos de transacción y los costos directos, que deben superar los costos de oportunidad de otro negocio postergado si existe tal alternativa (lucro cesante)”.

Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/liliana-isabel-hers-revision-contractual-una-busqueda-ex-post-equilibrio-dacf110013-2011-01/123456789-0abc-defg3100-11fcanirtcod>

palabra bastaría, pero como en el mundo real las personas generalmente buscan asumir posiciones estratégicas para obtener ventajas, se hace necesario que el Derecho intervenga a través de los contratos y su obligatoriedad normativa. Como lo dice Posner (2011), el contrato debe ser un instrumento de coordinación eficiente que debe utilizarse por las partes de manera no oportunista a fin de evitar costosas medidas de autoprotección.

De otro lado, el Derecho contractual ayuda a reducir los costos de transacción, los cuales fueron descritos ampliamente por Coase, como los costos en que se incurre para realizar un intercambio económico, en este caso serían todos los costos asociados a contratar para cada una de las partes.

El contrato como fuente de obligaciones patrimoniales, permite a las dos partes ganar, esto es así porque al buscar un intercambio se entiende que una parte valora más el objeto que la otra parte, por tanto los contratos traen consigo bienestar, es decir que los involucrados siempre estén un poco mejor, así se convierten en un instrumento para maximizar la eficiencia y buscar la correcta asignación de los recursos existentes.

Como lo expresa Garrido (2008, p.31): “El derecho contractual solo y exclusivamente puede derivarse y explicarse desde la racionalidad económica en el sentido que para la teoría del bienestar tiene la eficiencia cuando un determinado acuerdo cumple la función económica de utilidad a ambas partes a no ser que estemos frente al supuesto de que una de ellas renuncie conscientemente a sus preferencias”

El Análisis Económico del Derecho ha permitido comprender que la contratación facilita los intercambios, mitiga los riesgos y permite una adecuada asignación de recursos en aras del bienestar y por tanto de la eficiencia.

Como lo señala Coloma (2012): “Posner (1998) señala que los dos papeles principales que cumple el derecho contractual desde el punto de vista económico son resolver los problemas de oportunismo y de contingencias imprevistas. El oportunismo es un fenómeno que implica la posibilidad de que alguna de las partes incumpla su promesa o se aproveche de su situación para adoptar una acción que vulnera el espíritu de lo pactado contractualmente. Las contingencias imprevistas son situaciones en las cuales se produce un fenómeno exógeno que altera el contexto en el cual se pactaron las obligaciones contractuales, y que hace que algo que resultaba beneficioso para alguna de las partes (o para ambas) pase a ser inconveniente.

Ambos conceptos tienen puntos de contacto entre sí (la aparición de contingencias imprevistas, por ejemplo, puede incentivar que una de las partes adopte un comportamiento oportunista) y son parte integrante de la idea de costos de transacción. En efecto, como para resolver los problemas de oportunismo y las contingencias imprevistas puede ser necesario que las partes tengan que negociar previamente un número mayor de cláusulas contractuales y tengan que recurrir posteriormente a procedimientos destinados a remediar los efectos de dichos problemas, todo esto implica un dispendio de recursos que no beneficia a ninguno de los contratantes.” (p. 40)

Citando a Farina (2015): “El contrato completo debe prever todas las eventualidades provenientes de la naturaleza que puedan intervenir durante el periodo de eficacia del contrato, pero la naturaleza reserva siempre sorpresas imposibles de anticipar. Además, aun el mejor consultor en materia contractual posee una racionalidad limitada para determinar todos los casos que definen, con absoluta certeza, la completitud de un contrato. Entonces el contrato completo podría ser, bien técnicamente imposible, porque no todo puede ser previsto, bien técnicamente posible pero no conveniente desde el punto de vista económico, ya que resulta demasiado costoso, incluso en términos de tiempo, prever y resolver cada eventualidad futura. Por tanto la hipótesis de falta de completitud, por lo menos con relación a los contratos complejos y destinados a diferir sus efectos en el tiempo, parece una premisa puramente teórica por cuanto, en la realidad, todos los contratos de este tipo que se celebren padecen unos vacíos de carácter genético.

A menudo la celebración de un contrato incompleto constituye una elección negocial consciente dirigida a convenir una estabilidad del contrato en el tiempo que de otro modo no podría tener.

Como ya se dijo, la ausencia de completitud puede configurarse como característica esencial en aquellos contratos "que atañen a procesos económicos en los cuales es difícil la identificación objetiva de las prestaciones contractuales al momento de la celebración del acuerdo, también por la presencia de una pluralidad de relaciones contractuales, relacionadas entre sí, que comportan deberes de colaboración y de cooperación sobre la base de operaciones económicas funcionales.”

Los contratos son imperfectos y ambiguos de forma consciente porque hacer un contrato que se ocupe de establecer los imprevistos y riesgos trae consigo un gran esfuerzo para los

involucrados, hacerlo desincentivaría la contratación, pues las personas preferirían no asumir esos costos y por ende no contratar o incumplirlo posteriormente. El Análisis económico del derecho es el intento de reconstruir el contrato perfecto y de imputar los riesgos sobre lo que las partes no se han puesto de acuerdo expresa o tácitamente de tal forma que se maximicen las ventajas del contrato en la situación ex ante a su conclusión (Garrido, 2008).

Por su parte, dentro de los costos ex post, los jueces y árbitros, son quienes por medio de la interpretación, cuando se presenta alguna controversia en la ejecución del acuerdo, se convierten en un instrumento de eficiencia económica al dar alcance a la voluntad de las partes en aquellos detalles que enmarcan el contrato y cuya estipulación los haría excesivamente costoso y difícil para los intervinientes, de esa forma la interpretación contractual es un elemento para hacer la contratación más eficiente.

Como lo expresa Garrido (2008, p.48): “La reconstrucción del contrato perfecto se realiza mediante la interpretación judicial supliendo la voluntad hipotética de las partes teniendo en cuenta lo que ellas habrían acordado si hubieran contratado con un comportamiento honrado, con un examen calculado de sus intereses según la buena fe, se trata según lo reseñado por Schafer y Ott (1991) de un criterio objetivo que refiere a la conducta de partes honradas, en colaboración leal, que hubiesen acordado observando los parámetros de buena fe y la costumbre del lugar de forma razonable y equitativa para obtener una compensación justa de intereses. Indefectiblemente la reconstrucción del contrato perfecto nos llevará a la base del negocio jurídico y a los institutos correctores que cada derecho recepte, en el caso argentino tenemos al abuso del derecho, la lesión subjetiva objetiva y a la imprevisión, pero sobre todo también a la celebración, interpretación y ejecución de los contratos conforme a la buena fe.”

Igualmente, la instancia judicial influye en que los costos ex post de resolver las controversias sean altos o bajos, pues un acceso adecuado a la justicia, con tiempos razonables y bajo un marco normativo eficiente reduce significativamente esos costes de transacción; caso contrario, si no hay una adecuada intervención judicial y hay un marco normativo débil en torno a la posibilidad de acudir a una resolución de controversias, las partes asumirán altos costos ex ante para detallar cada uno de los puntos que se van a plasmar en el contrato para evitar así llegar a una instancia de conflicto postcontractual, con lo cual la interpretación de los contratos en sede judicial apela a la racionalidad económica del Derecho.

Indefectiblemente un contrato de Asociación Público Privada o de Obra Pública será un contrato imperfecto e incompleto, pues su carácter hace que sea una tarea altamente costosa detallar los riesgos e imprevistos que pueden acaecer durante la ejecución de las prestaciones y por tal motivo, tanto el Estado como el operador privado deben evaluar la forma mediante la cual el texto del contrato mitigue y reduzca los altos costos de transacción que pueden surgir ex ante y ex post⁵⁹, así como los incentivos al óptimo cumplimiento del contrato.

Una mirada al Contrato de Asociación Público Privada

Los componentes que caracterizan a la APP son el largo plazo, la transferencia de riesgos, y una relación horizontal entre las partes, enmarcada por la cooperación mediante objetivos comunes, por tal motivo el marco contractual debe apuntar a cubrir esas particularidades.

Tradicionalmente, uno de los elementos centrales del esquema de prestación de servicios subrogados, consiste en que la contratación de servicios proporcionados por el sector privado se lleva a cabo siempre y cuando se demuestre que genera beneficios netos iguales o mayores a los que se obtendrían en caso de que los servicios fueran proporcionados mediante la realización de un proyecto de inversión tradicional.

Otra característica del esquema consiste en promover una distribución adecuada de los riesgos asociados con el proyecto específico que se pretenda desarrollar; los que habitualmente son distribuidos de manera eficiente entre el inversionista proveedor y el sector público, con base en la capacidad y disposición que tenga cada uno para controlar y reducir dichos riesgos, aprovechando las sinergias entre ambos sectores. De manera general, este esquema propone que el inversionista privado asuma por sí o asociado los riesgos de diseño, financiamiento, construcción, equipamiento y mantenimiento de los activos con los que se presta el servicio al Estado, y que este se ocupe, en tanto de la provisión de los servicios asistenciales.

⁵⁹ Para Williamson (1985) los individuos son limitadamente racionales y oportunistas. La racionalidad limitada es importante porque, en primer lugar, significa que a los individuos les resultará costoso tomar en consideración y contratar para cada posible contingencia que pueda producirse a lo largo del período en el que se realiza la transacción, y ello aumenta los costos ex ante de preparación del contrato. Además, habrá contingencias que los individuos no podrán predecir. Las contingencias no previstas ex ante podrán aumentar los costos ex post, dado que las partes de la transacción podrán requerir una nueva negociación cuando estas cláusulas aparezcan, lo que implica aumentos de costos de administración y legales. (Hinojosa, 2010)

Costos de transacción.

Partimos de la hipótesis de que la necesidad y conveniencia del proyecto fue identificada, determinada, ya se efectuó la verificación del comparador público privado y se superaron las etapas de prefactibilidad, con lo cual nos referiremos al análisis de los costos en la etapa de negociación del contrato y su ejecución.

Citando a Hers (2011) “Los costos de transacción se refieren al conjunto de costos que insume una transacción. Localizar al cocontratante, negociar un acuerdo satisfactorio, darle forma en la redacción de un convenio y finalmente apreciar los costos involucrados en la ejecución del mismo que incluyen costos de monitoreo y eventualmente la sanción al incumplimiento.

Los costos relativos a la exploración del mercado y realización del negocio son ex ante y los costos de aplicación del negocio son ex post.

Considerar si los costos de transacción son bajos o elevados es una tarea circunstanciada pero existen ciertas pautas de posible generalización. Los costos de la búsqueda del socio contractual tienden a ser elevados en el caso de los bienes o servicios específicos; y bajos, en el caso de los bienes estandarizados u homogéneos.

En cuanto a los costos de transacción ex ante relacionados con el “armado” del negocio, están muy condicionados al ambiente institucional del que provengan las partes. Los contratos internacionales son un buen ejemplo de las necesidades de ingeniería jurídica que insume dar forma a un negocio donde las clasificaciones jurídicas, las jurisdicciones con vocación aplicable y los usos de la práctica contractual son diversos. La accesibilidad de la información sobre las instituciones recíprocas, y la existencia de mecanismos de armonización abaratan sustancialmente estos costos. En el ámbito local, por otro lado, el mecanismo de los contratos predispuestos permite en determinados rubros, facilitar la actuación cooperativa simplificando las negociaciones.

Las correlativas limitaciones de estas prácticas contractuales se resuelven con requisitos en materia de información, intervención normativa en la fijación de responsabilidades

profesionales y eventualmente la incorporación de doctrinas tutelares que revisaremos más adelante.”⁶⁰

De acuerdo con lo anterior, los costos ex ante que surgen para las APP son principalmente asumidos por el sector privado, con los cual el Estado minimiza la inversión de recursos previo al contrato.

Como lo manifiesta el Departamento Nacional de Planeación de Colombia (2014): “Dada una evaluación de riesgos de un proyecto, se debe observar que una gran parte de los mismos o los que mayor impacto generen sean susceptibles de ser gestionados de manera más eficiente por el sector privado. Esto significará mayores economías para el sector público al transferir responsabilidades al sector privado porque este último puede administrar mejor y a menores costos esas responsabilidades y riesgos. Sin embargo, las APPs no crearán valor si el sector privado es obligado a tomar riesgos para los cuales no está preparado. Por ejemplo, solicitar al privado asumir todos los riesgos en un proyecto de transporte público cuando el privado no tiene ningún tipo de control sobre las condiciones del proyecto como rutas, tarifas, subsidios, entre otras variables”.

En esa medida, se pueden reconocer como principales costos ex ante, la identificación de riesgos, la determinación de la rentabilidad, el plazo, el capital necesario para cumplir con todo el proyecto, la financiación y la consecución de las garantías, costos de información y de elaboración del contrato. Estas cuestiones se convierten entonces en los incentivos que envolverán la relación Estado-Privado con el objetivo de hacerla más eficiente.

En las APP la identificación de riesgos la hace generalmente el contratista, quien tiene el mayor incentivo para evitarlos y mitigarlos, el Estado por el contrario es neutral, con lo cual este esfuerzo se convierte en un costo ex ante que de no ser debidamente tratado puede influir negativamente en el cumplimiento del contrato, generar mayores costos ex post, como en el caso de que se requiera una renegociación.

⁶⁰ Para ampliar el tema ver: Hers (2011) .Revisión contractual. Una búsqueda Ex post, del equilibrio.

Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/liliana-isabel-hers-revision-contractual-una-busqueda-ex-post-equilibrio-dacf110013-2011-01/123456789-0abc-defg3100-11fcanirtcod>

Si bien, la característica de los riesgos es precisamente la incertidumbre, la tarea será predecirlos, evaluarlos y asignarlos según quien esté mejor preparado para mitigarlos, para dicho cometido se requiere un equipo especializado por parte del sector privado que evalúe las variables ya sea que se trate de un riesgo específico o uno de mercado, lo que implica tiempo, recursos y esfuerzo para el contratista, convirtiéndose en un alto costo ex ante para el sector privado.

Citando al Banco Mundial: “no hay riesgo ilimitado (there is no unlimited risk bearing)- las empresas privadas (y sus prestamistas) serán cautelosos al aceptar riesgos que escapen a su control, tales como los riesgos de tipo de cambio o riesgo de los activos existentes. Si asumen estos riesgos, entonces esto será reflejado en el precio del servicio. Las empresas privadas también querrán saber que las reglas del juego han de ser respetadas por el gobierno, como por ejemplo los aumentos en las tarifas, una regulación justa, etc. Si el sector privado acepta un mayor riesgo, se espera que también deseen un mayor nivel de control sobre las operaciones.”⁶¹”

Igualmente, corresponderá al privado determinar la rentabilidad de su participación en el proyecto, que junto con los riesgos, son incentivos determinantes para su asociación con el Estado. La rentabilidad implica analizar los diseños del proyecto, las estimaciones de tiempo y recursos para determinar el margen de ganancia, lo que también se traduce en un alto costo para el privado, implica hacer estimaciones a futuro que deben llevar a la obtención de beneficios más allá de la inversión calculada y su relación directa con los riesgos que debe asumir.

Por su parte, la financiación es una parte importante de las APP, pues en la mayoría de los casos será asumida cien por ciento por el socio privado que llega a asumir desde el diseño, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura requerida, lo cual libera al Estado de ese tipo de compromisos.

Sin embargo, la consecución de financiación implica altos costos para el sector privado, pues cumplir con los requisitos de garantías frente a una banco o institución financiera conlleva la preparación de los estudios y antecedentes del proyecto, y el cumplimiento de múltiples requisitos que no son de fácil acceso, y que se constituyen en limitaciones.

⁶¹ Disponible en: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/beneficios-riesgos>

Los recursos que se necesiten durante toda la ejecución deben asegurar los fondos a largo plazo, con lo cual se adicionan los costos de la financiación y de la consecución de las garantías para respaldar la deuda. Adicionalmente, es un elemento decisivo, el carácter nuevo de las APP, lo cual puede hacer que las entidades financieras aún no tengan estandarizados los instrumentos de crédito requeridos para el largo plazo que requiere esta modalidad e impongan condiciones más rigurosas para el acceso a la financiación.

Citando la columna de opinión de Díaz Urrea (2014): “Ahora el reto es la canalización de recursos financieros hacia los concesionarios para que puedan financiar la construcción, ya que el nuevo esquema de contratación (APP) eliminó los anticipos, mitigando el riesgo de crédito que asumía el Estado cuando entregaba anticipos a los contratistas para que ejecutaran la construcción, en contraste, en el nuevo esquema de concesión son los contratistas quienes apalancan con sus recursos la construcción de las obras y solo reciben pagos en la medida en que las obras estén disponibles y entreguen avances.

La envergadura de las obras y sus costos hacen necesario que los concesionarios dispongan de recursos financieros diferentes a su patrimonio para poder financiar las inversiones que tendrán que llevar a cabo en la etapa de construcción, esos recursos deben venir principalmente del mercado financiero colombiano, ya sea a través de la emisión de bonos por parte de los concesionarios, o inclusive la emisión de acciones, con la emisión de bonos aunque las empresas acumulan deuda son los inversionistas quienes asumen el riesgo de crédito, mientras que con la emisión de acciones las empresas fortalecen sus patrimonios pero los inversionistas supeditan sus ganancias a los resultados corporativos de las firmas y a la valorización de las acciones en el mercado bursátil.

Para que los concesionarios puedan obtener recursos de deuda o capital en el mercado financiero los riesgos asociados a los bonos o acciones que emitan deben poder ser adecuadamente cuantificados por los inversionistas, en especial los riesgos de crédito y liquidez de los bonos debe estar debidamente cubierto, incluyendo garantías de pago... (sic)”⁶²
(Subrayado nuestro)

⁶² Coordinador Unidad de Análisis del Mercado Financiero UAMF. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <http://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/financiacion-obras-colombia/201492>

Adicionalmente, son igualmente costos ex ante, todos aquellos que el Estado y el privado deben asumir para la redacción, la negociación y la salvaguarda del contrato, que implica además del análisis de temas técnicos, financieros y de riesgos, todos los relacionados con la naturaleza jurídica del contrato y la definición de solución de controversias y renegociaciones⁶³ posteriores, todos estos englobados en los costos de información que deben asumir las partes para el correcto desarrollo del contrato.

Por su parte, los costos ex post del contrato de APP, pueden llegar a ser muy altos dado que se trata de una relación contractual secuenciada, que al ser de naturaleza incompleta por su largo plazo, puede llevar a una gran cantidad de situaciones inciertas capaces de condicionar el cumplimiento del objeto contractual, tales como cuestiones de tipo cambiario, permisos y licencias de operación que son a cargo del Estado, cambios en el marco institucional y normativo, entre otras, con lo cual las renegociaciones que haya lugar a efectuarse deberán ser consideradas como costos de la contratación.

Estas situaciones imponen un alto costo de negociación previo, por lo tanto la solución eficiente será apelar al papel del juez o el árbitro, que de acuerdo a la fortaleza del sistema judicial impondrá al concesionario y/o la Administración unos mayores costos ex post para llegar a un acuerdo resolutorio, ya sea por el surgimiento de controversias, así como por el incumplimiento de cualquier de las obligaciones que se impongan en el contrato, lo cual revisaremos en detalle bajo otro apartado.

También el contrato de APP enfrenta altos costos ex post por su plazo, en tanto, la inversión, operación y mantenimiento de la infraestructura, puede llevar a desequilibrios de la ecuación económica contractual, con lo cual las partes incurrirán en esfuerzos para componerlo, así como para renegociar el contrato y cubrir dichas fallas.

Los gastos administrativos y de operación que asume el sector privado durante toda la vigencia del contrato, son altos, pues los cubre en su totalidad, lo cual implica que se incurra en pagos por asistencia especializada, implementación de últimas tecnologías y modelos de

⁶³ Citando a Hers (2011), los costos de renegociaciones contractuales son producto del desequilibrio de un mal cálculo de los costos. “Para que el negocio sea satisfactorio los costos deben restarse del excedente de la contratación para calcular el beneficio neto del intercambio. Si los costos de transacción superan el excedente, el beneficio neto es negativo y por lo menos una de las partes carece de incentivo para contratar. Cuando el desequilibrio se produce por una insuficiente evaluación de los costos ex post, nos encontraremos probablemente frente a un caso de revisión contractual.”

desarrollo tanto gerenciales como operativos para llevar a cabo el objeto contractual, siendo a cargo del socio privado solventarlos hasta la finalización de las obligaciones, con lo cual se imponen altas cargas financieras y de empresa.

Igualmente, serán costos ex post todos aquellos que surjan de la relación colaborativa del Estado-particular, en cuanto a organización y estructuración del trabajo, información, monitoreo y control de las obligaciones contractuales, así como de las necesidades que se presenten en las relaciones principal -agente, las cuales en menor medida que en el contrato de obra, estarán presentes dado el tipo de relación y la calidad de las partes, aunque con un carácter de horizontalidad.

Relaciones de agencia.

La teoría de la agencia plantea que en las interacciones económicas, las partes asumen dos tipos de papeles, el de principal y el de agente; éste último actúa como una especie de mandatario a quien el principal delega determinadas actividades.

El problema de agencia se presenta porque cada una de las partes tiene diferentes incentivos, los cuales no están completamente alineados y en razón a su racionalidad económica buscarán maximizarlos, teniendo a su vez el principal, la imposibilidad de controlar la forma en la que actúa el agente y conocer sus comportamientos, con lo cual el agente estaría predispuesto a incurrir en acciones oportunistas en detrimento del principal, el cual no realizará la totalidad de sus objetivos con ocasión de las acciones del agente, esta es la denominada pérdida de agencia⁶⁴.

La solución al problema de agencia, no es otra cosa que mejorar los incentivos del agente a través del mismo contrato, y asumir costos de monitoreo y control de su actividad, lo que llevará a reducir considerablemente los comportamientos oportunistas.

Citando a Coloma (2009) sobre las relaciones de agencia acotamos: “Dicho problema se da cuando, en una relación contractual, ocurre que: a) ciertos actos de una de las partes no

⁶⁴ Entendida como la merma que el agente causa al principal al actuar en una forma en la que no lo haría el principal si estuviera en su lugar.

pueden ser observados por la otra parte; b) dichos actos no pueden ser inferidos directamente de la observación de otras variables; c) los actos en cuestión impactan sobre la probabilidad de ocurrencia de ciertos sucesos que tienen efectos sobre los beneficios o las utilidades esperadas de las partes. La asociación de este problema económico con el concepto de agencia parte de la idea de que este tipo de situaciones es semejante a la de un mandante o principal que le encarga cierta actividad a un mandatario o agente pero no le especifica (ni puede controlar con exactitud) las acciones que este agente debe llevar a cabo para realizar la actividad en cuestión. Lo que sí puede observar con posterioridad es el resultado de las acciones (por ejemplo, un cierto nivel de beneficios), pero dicho resultado no depende sólo de lo que el agente haya hecho sino también de ciertos factores exógenos sujetos a incertidumbre.”

La relación de agencia se materializa en el contrato, en el caso de las APP el principal es el Estado, quien delega en el socio privado como agente las tareas para llevar a término el proyecto de infraestructura.

Se podría dar un potencial problema de agencia, con la correspondiente pérdida para el principal, lo que afectaría sustancialmente la eficiencia del modelo APP, sin embargo el problema se atenúa considerablemente por la naturaleza misma de la relación, esto es, que se trata de una relación colaborativa y horizontal, en la que en cierta medida los intereses de las partes están alineados, lo que hace que se presenten en una mínima medida comportamientos oportunistas.

El hecho de que el privado asuma la construcción, operación y mantenimiento del proyecto con sus propios recursos, hace que sus actuaciones se orienten a entregar al Estado una obra con los mayores estándares de calidad, dentro de los plazos y condiciones pactados, mitigando riesgos y minimizando costos, lo que hace eficiente a la figura de las APP.

Si bien, dentro de la Asociación Público Privada existirán asimetrías informativas que traigan como consecuencia que no se puedan controlar todos los comportamientos del agente, esa alineación de incentivos las reducirán considerablemente, evitando incurrir en altos costos de monitoreo, con lo cual incluso el mismo agente será veedor de sus actuaciones en aras de generar beneficios propios.

Incumplimiento contractual.

El contrato es la expresión de los intereses de las partes, que tienen un sentido económico y de racionalidad, en esa medida las partes se obligan de manera proporcional a los beneficios que recibirán con la relación contractual.

El Análisis Económico del Derecho ha evaluado el incumplimiento contractual en relación con el interés que tiene cada una de los sujetos, de esa forma si una de las partes tiene bajos incentivos en el objeto contractual, en determinadas condiciones verá más eficiente incumplir con el contrato antes que proceder a su cumplimiento.

Como lo manifiesta Monteiro (2013, p.12) “En términos de incumplimiento contractual, el AED también posibilita medir la eficiencia de asignación de recursos. Cuando existe el interés económico (que como dicho antes está presente en todas las relaciones obligatorias, sea como el interés principal o secundario de las partes) el incumplidor solo actuará de manera negligente, cuando el costo del incumplimiento sea bajo. Si el victimario verifica que el incumplimiento le sale más barato en –materia de resarcimiento– que la prestación pactada, habrá incentivos para que actúe negligentemente. De lo contrario, cuando el costo del incumplimiento, con la respectiva asignación de riesgos, sea más cara al incumplidor que la prestación propiamente dicha, el incentivo se direcciona al cumplimiento en especie”

Con respecto a las APP, podemos interpretar el incumplimiento contractual en la misma línea de la teoría de la agencia, es decir, que gracias a esa relación horizontal y de asociación entre el público y el privado los intereses de las partes están orientados al cumplimiento óptimo de las prestaciones, es decir que la situación pareto eficiente para cada una de las partes será el cumplimiento en concordancia con el equilibrio económico del contrato, lo que representa una ventaja para las APP, pues gracias a ese carácter de sociedad, tanto el privado como el Estado buscarán la satisfacción plena de los intereses comunes que tienen.

Sin embargo, precisamente por el largo plazo de este tipo de relación y las prestaciones secuenciales que implica, puede ocurrir en la modalidad APP lo que se denomina la teoría del Incumplimiento Eficiente⁶⁵, la cual indica que en determinadas ocasiones el cumplimiento imperativo del contrato puede llevar a ineficiencias.

⁶⁵ COOTER y ULEN señalan, «el rompimiento del contrato es más eficiente que el cumplimiento del mismo cuando el costo de su cumplimiento excede los beneficios para todas las partes involucradas». Caracterizando la

Citando a Bullard (1992): “ el incumplimiento eficiente se presenta cuando entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución se han presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento se torne menos eficiente. En otras palabras, el cambio de circunstancias puede llevarnos a que incumplir pueda ser más eficiente que el cumplir.”

Este tipo de incumplimiento más allá del interés de incumplir el contrato por tener incentivos mejores, tiene relación con los riesgos y la incertidumbre del largo plazo y su posibilidad de ocurrencia⁶⁶, por ejemplo con respecto a modificaciones cambiarias, cambios normativos e institucionales de la Administración, entre otros, con lo cual al romperse el equilibrio económico del contrato APP y seguirse el mismo al pie de letra pueden presentarse ineficiencias que afecten no sólo al privado sino a la búsqueda de la maximización del bienestar social. Allí el incumplimiento puede presentarse, pero dando paso a renegociaciones contractuales posteriores que compongan ese equilibrio roto.

Como lo expresa Barcia (1998): “La situación óptima es aquella en que las partes regulan los efectos del contrato. El contrato no podrá prever todos los riesgos de incumplimiento. No sólo porque ello es imposible, sino también porque ello es muy costoso. Pero, si una de las partes incumple el contrato, las posibilidades de llegar a un acuerdo eficiente, serán inversamente proporcionales a los costes de transacción que envuelva dicho proceso.”

Dicho de otro modo, en los casos de incertidumbre frente a la ocurrencia de riesgos ex ante es muy costoso preverlos, con lo cual es válido el incumplimiento contractual, el cual debe verificar los costos de transacción de solucionar dicha situación, lo que permitirá evaluar cuando es eficiente resolverlo o renegociarlo.

definición teórica, se puede decir que el costo del cumplimiento del contrato excede sus beneficios cuando aparece una contingencia que hace que los recursos necesarios para ejecutar el contrato son más valiosos en otro uso alternativo. Estas contingencias pueden ser de dos tipos. Primero, que ocurra un golpe inesperado de suerte que haga que el incumplimiento genere más beneficios que el cumplimiento. Segundo, que se dé un desafortunado accidente, que imponga un mayor costo al cumplimiento que al incumplimiento.

Ver en: BULLARD GONZALEZ, Alfredo. ¿Cuándo es bueno incumplir un Contrato? La Teoría del Incumplimiento eficiente: Ejecución forzada vs. Pago de Daños. Ratio Iuris. N°1. Lima. 1992.

⁶⁶ Al respecto Scott y Leslie (1988) manifiestan con respecto a las opciones del incumplimiento eficiente por la materialización de los riesgos lo siguiente: “Una vez que la inesperada contingencia se materializa, el deudor enfrenta una desagradable pérdida atribuible al cumplimiento de su obligación, que ahora cuesta más de lo que vale, o puede romper el contrato y aceptar el costo de cualquier sanción que corresponda. En resumen, la opción es, o ‘cumplir y perder’ o ‘incumplir y pagar’. Podemos presumir que el deudor elegirá la opción que le resulte más barata”

En esa medida, el AED ha planteado que en los casos de incumplimiento contractual se hace necesario realizar una evaluación costo-beneficio de la ejecución forzada, pues en definitiva esta solución no representa en algunos casos el resultado más eficiente, por el contrario previa esa evaluación, la resolución del contrato puede ofrecer mejores resultados en torno a la eficiencia.

Citando nuevamente a Bullard (1992) “la resolución de la obligación conjuntamente con el pago de daños sí nos llevará a situaciones en las que, sin perjudicar al acreedor se puede llegar a una situación más eficiente. La conclusión es que para que el simple pago de los daños ocasionados por el incumplimiento desarrolle su función de crear incentivos para que los contratos se cumplan cuando son eficientes y se rompan cuando no lo son, el monto de la indemnización debe poner al acreedor en la misma situación en la que estaría si el contrato se hubiese, efectivamente, cumplido. Es decir que, tanto la sobrecompensación como la compensación son económicamente indeseables”

La naturaleza de las APP como una sociedad entre las partes, puede permitir que en el contrato se dé una mejor solución a las situaciones relacionadas con el incumplimiento contractual, siempre en aras de continuar con la ejecución del contrato hasta la terminación total de la obra de infraestructura, su operación y mantenimiento. Precisamente los altos costos que implican ex ante para el agente privado desarrollar todo el objeto contractual son mayores que lo que le representa dejar de incumplir el contrato.

En esa medida, es al Estado a quien se le deben suministrar los adecuados incentivos para evitar la falta de acción con relación al contrato, y más aún en presencia de las facultades exorbitantes con las que cuenta, que ponen en un lugar subordinado al privado; así la solución será una adecuada valoración de los daños y la corresponsabilidad de las Cortes en contar con los adecuados mecanismos para evaluarlos, reduciendo al mínimo las posibilidades de error en torno a la compensación, atendiendo a que las APP se tienen altos costos de transacción ex ante.

¿Y qué ocurre con el Contrato de Obra Pública?

Por su parte, el Contrato de obra pública ofrece una evaluación diferente de los elementos ya tratados, esto es costos de transacción, externalidades, relaciones de agencia e incumplimiento contractual, partimos al igual que en el caso de las APP, de la hipótesis de que ya fue efectuado el proceso licitatorio y se adjudicó el contrato mediante el correspondiente acto administrativo, así tomaremos la etapa de negociación y formalización del contrato para efectuar el análisis que nos ocupa.

Es preciso recordar, que los elementos diferenciadores del COP son los propios del contrato administrativo, pero específicamente para bienes inmuebles. En este caso el Estado contrata con un tercero la construcción de la obra bajo su mando y titularidad a cambio de una contraprestación, teniendo un carácter meramente contractual.

En relación con los costos de transacción, podemos encontrar que ex ante serán asumidos en su gran mayoría por el Estado, pues es a quien interesará lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal (Colombia Compra Eficiente, 2016)

Igualmente ex ante se consideran en esta modalidad de contratación, los costos en que incurre el Estado, organizativa e institucionalmente para efectuar las apropiaciones de los recursos presupuestales con el fin de hacer los pagos al contratista en cada etapa de construcción del proyecto.

De otro lado, y atendiendo a que generalmente para el desarrollo, construcción, operación y mantenimiento de un proyecto de infraestructura se utilizan varios contratistas de obra, los cuales se encargan por separado de cada labor, son excesivamente altos los costos para el Estado en información y negociación de cada una de estas tareas, que dada la naturaleza pública de los recursos implican un gran esfuerzo de asignación y adjudicación para la Administración, las cuales por las disposiciones legales no se pueden sintetizar en la cabeza de un solo contratista.

Serán igualmente costos ex ante los correspondientes a la valoración e identificación de los riesgos que pueden surgir, entre los cuales están las desviaciones de recursos que puedan

exceder la oferta presentada al Estado por parte del contratista, retrasos en el proceso de contratación ya habiéndose adjudicado el contrato, constitución de garantías, entre otros.

Citando a al Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente (2016), podemos incluir como riesgos ex ante los siguientes: “(i) Riesgo de que no se firme el contrato. (ii) Riesgo de que no se presenten las garantías requeridas en los Documentos del Proceso de Contratación o que su presentación sea tardía. (iii) Riesgos asociados al incumplimiento de la publicación o el registro presupuestal del contrato. (iv) Riesgos asociados a los reclamos de terceros sobre la selección del oferente que retrasen el perfeccionamiento del contrato.”

Los anteriores escenarios también pueden estar presentes en las APP, pero entendiendo a que en el caso del contrato de obra pública antes de la adjudicación el Estado asume altos costos para asignarlo al mejor contratista, y en caso de que se presenten implican una gran pérdida de eficiencia.

Igualmente, son costos ex ante los que conlleva la organización administrativa del contratista, el cual requiere ciertos criterios especializados para el desarrollo contractual, que permita cumplir los diseños y especificaciones dadas por el Estado dentro de los costos asignados para la finalización de la obra.

Como costos ex post podemos citar, los relativas a los pagos y cobros entre las partes por cada etapa de obra entregada, los que conlleva para la Administración las entrega tardías y en condiciones inadecuadas, los aplazamientos en los plazos y las adiciones presupuestales durante la ejecución de la obra, pues cualquier adición de tiempo y recursos afecta en mayor medida al mandante, es decir al Estado.

Igualmente son costos ex post los de monitoreo y control del contratista, el cual debe ser más intensivo aún que en el caso de las APP, pues como ya lo manifestamos los incentivos a obtener ventajas son mayores.

En cuanto a la relación de agencia, en el caso de la obra pública, los incentivos y el tipo de relación contractual aumentarán en mayor medida las posibilidades de comportamientos oportunistas, que traídos en la práctica han dejado como experiencia altos índices de corrupción, sobrecostos, entregas de mala calidad, con materiales de menor calidad, e incluso

con plazos excesivamente más largos que los planteados al inicio. Esto es así porque el interés del contratista es maximizar sus ganancias y dada la imposibilidad del Estado de monitorear esas obras, se crea el entorno ideal para el oportunismo.

En el caso del contrato de obra pública, el contratista no tiene los intereses comunes al Estado, sino que sus actividades podrán estar orientadas a generar el mayor número de situaciones ventajosas.

En cuanto al incumplimiento contractual, el caso del contrato de obra pública en torno al planteamiento del incumplimiento eficiente, ocurre la misma situación que en las APP, si los costos de ejecutarlos son mayores para las partes por el acaecimiento de situaciones de incertidumbre, entonces, se preferirá su resolución por sobre su ejecución forzada, esto por la simple razón de que los costos y la toda la financiación de la obra corre por cuenta del Estado, con lo cual haciendo la ponderación costo-beneficio, en la mayoría de casos insistir en una relación contractual que ya adolece de vicios en su objeto es ineficiente para el Estado por los altos costos que puede llevar implícito recomponer la ecuación contractual, en ese evento es mejor accionar las garantías, decretar caducidades e incluso continuar con otro prestador.

Comparación entre las dos modalidades de contratación (APP Y COP)

Una vez analizadas las dos figuras, tanto es sus aspectos teóricos principales, como en su metodología y contrato, vamos a efectuar un cuadro comparativo que permita evaluar sus principales ítems, con lo cual se tendrá una ponderación sobre las ventajas o desventajas de cada modalidad para el desarrollo de proyectos de infraestructura.

ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS	CONTRATO DE OBRA PÚBLICA
Implican contratos o creación de personas jurídicas de largo plazo, en las que el Estado se asocia al privado, bajo un	Son contratos bajo la forma del mandato, en los que el Estado contrata a un tercero para realizar una obra, bajo sus

<p>esquema de objetivos y riesgos comunes.</p>	<p>condiciones, diseños y especificaciones. No hay objetivos, ni riesgos comunes, salvo el de cumplir con el objeto contractual.</p>
<p>Permite que en una sola relación jurídica se incluyan los diseños, la construcción, la operación y el mantenimiento posterior de un proyecto, incluso por el término de 20 años o más. Se celebra un único contrato que incluye cada actividad, lo cual disminuye los costos ex ante y ex post de contratarlas por separado.</p>	<p>Plantean un solo objeto contractual, ya sea la construcción de una obra, su modificación o conservación. No permite integrar otras tareas en el mismo contrato, por ejemplo, en el caso del mantenimiento o de la operación de la obra, lo cual implica asumir costos ex ante y ex post por cada proceso de contratación,</p>
<p>La financiación la asume en su totalidad el sector privado, o en algunos casos junto al Estado, pero este último asume una mínima proporción del proyecto; las ganancias las recibirá el contratista al finalizar el objeto contractual e incluso en algunos eventos se permitirá que recupere su inversión con la operación misma del proyecto.</p>	<p>La financiación la asume en su totalidad el Estado, quien debe destinar previamente los recursos y apropiarlos del presupuesto público, para pagar por cada cantidad de obra entregada.</p>
<p>Fue concebido para desarrollar, construir, mantener y operar todo tipo de infraestructura (ya sea mueble como equipos militares o tecnológicos, inmuebles como puertos, hospitales, etc) e incluso la prestación de servicios públicos.</p>	<p>Fue concebido para la construcción, reparación, conservación o modificación de bienes muebles e inmuebles, pero no conlleva la operación de los mismos, ni la prestación de servicios públicos.</p>
<p>Plantea un reparto equitativo de riesgos, para que los asuma la parte que está en</p>	<p>No hay un reparto equitativo de riesgos, en la mayoría de casos los asume el Estado.</p>

mejores condiciones de sortearlos.	
Implican una relación continua y horizontal entre el sector público y privado	Implican una relación temporal y vertical entre el sector público y privado
En cuanto a los incentivos, en beneficio del Estado, se orientan a que el agente privado cumpla el objeto contractual con estándares de calidad y de acuerdo con lo presupuestado en términos de recursos y tiempo, buscando maximizar beneficios y minimizar costos más allá de lo fijado por las partes.	En cuanto a los incentivos, en beneficio del Estado, se orientan a que el contratista cumpla con los estándares especificados por la entidad contratante y en los plazos fijados, usando los recursos que la Administración ha fijado, sin ir más allá de lo que se establece en los términos de referencia.
Se pueden hacer proyectos aún si el Estado no tiene los recursos disponibles en caja.	Se pueden hacer proyectos únicamente si el Estado tiene los recursos disponibles en caja.
Se le da posibilidad al sector privado de presentar una propuesta al Estado sin una convocatoria previa.	La propuesta es únicamente responsabilidad del Estado por medio de la entidad contratante y es esta quien convocará a los posibles oferentes.
Se puede desarrollar un proyecto por iniciativa de los particulares, quien bajo su cuenta y recursos pueden analizar las necesidades, realizar estudios de prefactibilidad, y presentar ideas al Estado.	La idea de un proyecto está limitada a las necesidades que el Estado identifica, éste es quien realiza los estudios de prefactibilidad y genera los proyectos que necesite posteriormente contratar.

<p>Genera incentivos para la introducción de nuevas tecnologías en la ejecución y operación de proyectos, contribuyendo con el desarrollo de cada país, y siendo aportes del sector privado para mejorar sus desempeño y retorno.</p>	<p>No hay suficientes incentivos para la introducción de nuevas tecnologías para la ejecución y operación de proyectos si estos significan mayores costos iniciales a cargo del Estado.</p>
<p>Por el largo plazo de los contratos, es más probable que improbable que las partes deban renegociar el contrato para dar cabida a las contingencias, lo que puede presentar altos costos ex post.</p>	<p>Por el plazo de los contratos, es poco probable que las partes deban renegociar el contrato para dar cabida a las contingencias, lo que puede presentar disminución de costos ex post.</p>
<p>Hay altos riesgos de monopolio en el desarrollo de proyectos públicos, como el caso Odebrecht, en el que el privado con altos recursos de financiación y liquidez obtiene todos los contratos.</p>	<p>Hay riesgos de monopolio, pero se reducen dado que el Estado controla los recursos.</p>
<p>Permite hacer un cambio en el manejo y asignación de los proyectos, lo cual permite ir saneando el sistema de contratación habitual, el cual está corroído por la corrupción, sobre costos, incumplimiento de plazos, y asignaciones a contratistas no idóneos.</p>	<p>Al ser el sistema de contratación habitual, ya están internalizadas las prácticas oportunistas, la corrupción, los sobre costos, incumplimiento de plazos, asignaciones a contratistas no idóneos, entre otros.</p>
<p>Puede darse que aún no se tengan estandarizados los accesos a financiación y garantías, esto debido al largo plazo de los contratos.</p>	<p>Dado que es la figura de contratación tradicional, están estandarizadas las líneas de financiación y de garantías que debe asumir el contratista.</p>

<p>Al ser una figura reciente a través de contratos de muy largo plazo, aún no se sabe su desempeño en el tiempo y sus resultados finales.</p>	<p>Ya están asumidos y conocidos los resultados contractuales, dado que se ha usado por mucho tiempo por el Estado, se conoce su desempeño en el tiempo.</p>
<p>Gracias a la horizontalidad y su carácter asociativo, se pueden ver menores costos de monitoreo y agencia.</p>	<p>En razón a la verticalidad y su carácter de mandato, se pueden ver mayores costos de monitoreo y agencia.</p>
<p>Están menos o casi nada afectados por situaciones como el riesgo moral, pues si el principal no puede monitorear perfectamente la conducta del agente, éste tiene los mismos objetivos, por lo que tiende a esforzarse en igual o mayor medida que el principal.</p>	<p>Están afectados en gran medida por situaciones como el riesgo moral, cuando el principal no puede monitorear perfectamente la conducta del agente, por lo que éste último tiende a esforzarse menos de lo que el principal consideraría eficiente.</p>
<p>Plantean como metodología de evaluación el Valor por dinero.</p>	<p>No cuentan con una metodología de evaluación estandarizada.</p>
<p>En cuanto a la financiación, los créditos son más altos, porque existe riesgo de impagos. Conceder préstamos a empresas privadas es más arriesgado, por lo que el tipo de interés es más alto.</p>	<p>Los gobiernos casi siempre pueden pedir préstamos más baratos que las empresas privadas o los particulares. Esto es porque existe muy poco riesgo de impagos, con intereses de financiación más baratos.</p>
<p>Como los incentivos del Estado y del agente privado se corresponden, por un lado para cumplir con los fines estatales y por el otro para recibir el retorno de la inversión, se reducen los problemas de</p>	<p>Los incentivos del Estado y del contratista no se corresponden en proporcional medida, hay más altas posibilidades de que se presenten problemas de agencia y por ende,</p>

<p>agencia y los comportamientos oportunistas.</p>	<p>comportamientos oportunistas.</p>
<p>Con relación a la incertidumbre y los riesgos, por tratarse de un contrato de largo plazo, son mayores e implican más altos costos ex post en caso de ocurrencia.</p>	<p>Con relación a la incertidumbre y los riesgos, por tratarse de un contrato de plazo más corto, son menores e implican bajos costos ex post en caso de ocurrencia.</p>

A grandes rasgos, podemos encontrar grandes ventajas de las APP, en torno a los incentivos para producir obras con menores recursos y costos pero con la mejor calidad, introducir nuevas tecnologías y ahorrar en procesos adicionales de contratación, gracias a que bajo un mismo proceso se puede realizar desde el diseño hasta la operación de un proyecto.

Sin embargo, aún se presentan debilidades en determinados aspectos, tales como la financiación, que aún no se encuentra estandarizada y puede recibirse asumiendo altas tasas de interés, posibles comportamientos monopolísticos, y necesidad de renegociaciones contractuales.

Bajo nuestro análisis, las ventajas superan a las desventajas, siendo estas últimas posibles de solucionar con un marco normativo e institucional adecuado. Las APP son una figura muy prometedora, flexible y de altos incentivos para el sector privado, quien se involucra de una forma más genuina en su colaboración con el Estado, creando oportunidades de desarrollo que de otra forma no pueden concebirse, y que fomentan un bienestar social más eficiente, en torno al aprovechamiento adecuado de los recursos con los que cuenta un Estado.

En la contratación tradicional, encontramos un panorama muy limitado, en cuanto a las posibilidades de ejecución bajo esta modalidad, así como frente a los incentivos para ofrecer un resultado de calidad y con eficiencia en los recursos.

Si bien, se pueden ver algunas ventajas en el contrato de obra, como es el caso de la reducción de comportamientos monopolísticos, mejor acceso a financiación y garantías, en la

práctica de la contratación estatal se ha visto que la corrupción, y los comportamientos oportunistas ya están internalizados, con lo cual, se hace muy difícil cambiar esa idea, salvo que haya un radical cambio normativo e institucional.

Hay mucho por mejorar, y un Estado puede efectuar las dos formas de contratación, pero sin lugar a dudas, las APP auguran un mejor desempeño y una inclusión positiva del sector privado, que tanta falta ha hecho para mejorar las condiciones de desarrollo de América Latina.

Conclusiones

- El Análisis Económico del Derecho brinda herramientas de la metodología económica para analizar todo tipo de cuestiones jurídicas a la luz de una nueva perspectiva.

Como lo reseñamos en la introducción a la teoría del AED, el estudio de conceptos como externalidades, eficiencia, costos de transacción, análisis de los contratos, relaciones de agencia, entre otros, permiten enmarcar la evaluación integral de una institución jurídica y determinar la efectividad o ineficacia de la misma dentro del mundo del Derecho, bajo postulados diferentes a los que usa normalmente el abogado en su racionalidad profesional.

Con dichas herramientas se puede entender el papel del Estado en el bienestar social, al igual que su tarea de maximizar los beneficios y lograr la eficiencia en el desarrollo de sus ciudadanos a través de la óptima prestación de los bienes y servicios públicos; ya no sólo atendiendo a cuestiones constitucionales, legales o administrativas, sino apelando a la racionalidad económica que prima en cualquier relación de mercado, ya sea entre particulares, o entre estos y el Estado como un sujeto de derechos y obligaciones.

- El AED plantea al derecho como un sistema de reglas e instituciones que tiene como objetivo maximizar la riqueza social y la disposición eficiente de los recursos escasos, los cuales deben quedar en manos de quienes son más eficientes o de quienes más lo valoran.

En este punto el Estado es el encargado de realizar todas las tareas tendientes a maximizar el bienestar social con los menores costos. El desarrollo de proyectos de infraestructura se constituye en un elemento indispensable para el crecimiento económico y la competitividad que proporcionalmente con las inversiones que se hagan conllevará a mejores condiciones y mayor bienestar para una sociedad.

La contratación estatal para generar infraestructura debe estar orientada a lograr la eficiencia, esto es, la mayor provisión con los menores recursos pero bajo estándares de la

mejor calidad, y por tanto, una de las cuestiones que debe primar para la Administración es el logro del financiamiento adecuado y la participación del sector privado, que solucionen y presenten alternativas viables dadas las restricciones, principalmente presupuestarias, que tienen los países de la región.

- En la búsqueda de nuevas alternativas en la provisión de bienes y servicios públicos surge el Estado Asociativo, el cual representa un cambio en la concepción estatal, incorporándose esquemas colaborativos de inversión, contratación y gestión, que involucran en mayor medida al sector privado, para usar en favor del bienestar social la especialización, experiencia y recursos de los particulares bajo un modelo de objetivos comunes y riesgos compartidos.

Se plantea de esa forma una nueva Gobernanza, entendida esta como la relación del Estado con los particulares, y el mercado; la cual tiende cada vez más, a usar relaciones horizontales y en red. Hay una “relativización” de los límites entre lo público y lo privado creándose lo que se denomina una red de actores (públicos, privados, ciudadanos) que mediante relaciones de cooperación determinan la acción pública. Podemos afirmar entonces, que las Asociaciones Público Privadas son esa expresión de la Nueva Gobernanza.

- Las Asociaciones Público Privadas son un acuerdo entre el sector público y el sector privado por medio de un modelo de cooperación, en el que actividades que son responsabilidad del Estado, pasan a la órbita de la gestión e inversión privada, bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio o de la infraestructura pública.

Las APP se convierten en un medio para que el sector privado incorpore experiencia, conocimientos, equipos y tecnología, en tareas propias del Estado, en las que se distribuyen riesgos y recursos, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.

Este modelo de contratación estatal se fundamenta en las fallas de mercado, la idea de que los privados pueden contribuir enormemente a una mayor calidad y eficiencia en la asignación de recursos públicos, una adecuada distribución de riesgos y una integración de la gestión.

- El contrato de obra pública es un contrato administrativo creador de obligaciones jurídicas entre una entidad pública y un particular para la construcción, reparación, conservación y modificación de bienes de naturaleza inmueble. Este tipo de transacción constituye la forma básica y habitual en que el Estado ejecuta obras de infraestructura, pero presenta en la práctica manifiestas debilidades para cumplir con los propósitos de eficiencia en la gestión del Estado.

En general, la gran mayoría de países de Latinoamérica tiene una vasta experiencia en la contratación de obras públicas de infraestructura, sin embargo, la experiencia ha demostrado que en los contratos de obra pública faltan incentivos que permitan comprometer al contratista a ofrecer un servicio de calidad, en el que la eficiencia y maximización sean un propósito común con el Estado; consecuencia de esto, se presentan reiterados incumplimientos, sobrecostos, corrupción en los procesos de adjudicación y desarrollo de los contratos, retrasos en los plazos, entre otras cuestiones que son de ocurrencia diaria en los países de nuestra región y que desembocan en una pérdida de recursos en detrimento de los ciudadanos.

Los contratos de obra pública recargan en el Estado todo lo relativo a los costos del proyecto, lo que implica que los excesos de costos en que incurre la empresa son pagados por el gobierno. En ausencia de observabilidad no genera incentivos al contratista para aportar esfuerzo, constituyéndose en consecuencia el riesgo moral en un problema serio. Además, cuando la información sobre costos está asimétricamente distribuida, genera a la empresa el incentivo para subestimar los costos a los fines de adjudicarse el contrato.

Las alternativas recomendadas por organismos internacionales, como el BID, el Banco Mundial, FOMIN, entre otros, y que se han implementado con éxito en muchos países que hoy han mejorado incluso su percepción de corrupción, como Chile y Uruguay, van

orientadas al cambio de incentivos y a la alineación de objetivos entre el sector público y privado.

- Las Asociaciones Público Privadas son una mejor alternativa para desarrollar obras de infraestructura que el contrato de obra pública, porque ofrecen mayores ventajas en la ejecución, financiamiento y operación, lo que se traduce en beneficios para la sociedad.

Las APP también ayudan a introducir nuevas tecnologías y ahorrar en procesos adicionales de contratación, gracias a que bajo un mismo proceso se puede realizar desde el diseño hasta la operación de un proyecto. El Estado no necesita disponer de apropiaciones presupuestales para generar infraestructura, lo cual es un gran aliciente para seguir avanzando en el mejoramiento de las condiciones de un país.

Igualmente, permiten que el sector privado se involucre de una forma más genuina en su colaboración con el Estado.

Si bien, es una figura de muy reciente aparición y aún en desarrollo en diferentes países, debe tenerse en cuenta como una alternativa seria de contratación estatal, que ha demostrado en la práctica ser un motor de cambio en la concepción del Estado y la provisión de bienes y servicios públicos.

- Como corolario de todo el panorama descrito en las páginas anteriores, se arriba a la conclusión planteada como tesis de este trabajo, esto es, que las Asociaciones Público Privadas son la forma más eficiente de contratación para el Estado porque éstas se traducen en óptimos incentivos, maximización de recursos y mejores resultados, en la provisión de infraestructura de desarrollo, con el objetivo de cumplir con el bienestar social y la adecuada prestación de bienes y servicios públicos.

Bibliografía

- Acciarri, Hugo (2009). Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños. Berkeley, USA
Disponibile en: http://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/31/
Consultado: 27/08/2016.
- Acciarri, Hugo y Romero, Melisa (2007). La Fórmula De Hand y el Cheapest Cost Avoider en el Derecho de Daños Argentino. *La Ley Buenos Aires* Vol. 2007 Iss. 5
Disponibile en: http://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/29/
Consultado: 29/09/2016
- Aguilar Villanueva, Luis F. (2015). Gobernanza y gestión pública. Fondo de Cultura Económica, México.
- Albi, Emilio, y Onrubia, Jorge (2015). Economía de la Gestión Pública: Cuestiones fundamentales. Editorial Universitaria Ramón Areces,
- Alcaldía de Bogotá (2012). Metodología para la correcta Estructuración de asociaciones público-privadas.
Disponibile en:
http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/adminverblobawa?tabla=T_NORMA_ARCHIVO&p_
Consultado:15/05/2015
- Altman, Daniel (2006). Managing Globalization. En: Q & Answers con Joseph E. Stiglitz, Columbia University y The International Herald Tribune.
- Araya Orellana, Juan Pablo (2012). Alianzas público-privadas y participación: un análisis desde la teoría. XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 nov. 2012.
Disponibile en:

<http://201.200.251.131/dgsc/documentos/cladxvii/arayajua.pdf>

Consultado: 28/11/2015

- Arevalo, Julián y Ojeda, Jair (2004). Riesgo moral y contratos: cierta evidencia experimental. *Revista de Economía Institucional*, vol. 6, núm. 10, primer semestre, 2004, pp. 47-69 Universidad Externado de Colombia Bogotá, Colombia.

Disponible en:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41901003>

Consultado: 15/03/2017

- Ariño Ortiz, Gaspar (1995). De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas. *Revista de Administración Pública*. Núm. 138. Septiembre-diciembre

Disponible en : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17282>

Consultado: 20/03/2017

- Ariño Ortiz, Gaspar (1993). *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Edit Marcial Pons.

- Arjona, Ana Maria y Rubio, Mauricio (2002). *El análisis económico del derecho*, Editorial ICESI. Bogotá.

- Akitoby, Bernardin, Hemming, Richard y Schawrtz, Gerd (2007). *Inversión pública y asociaciones público-privadas*. Temas de Economía núm. 40. Fondo Monetario Internacional.

- Barcia Lehmann, Rodrigo (1998). *Los contratos desde laperspectiva del Análisis Económico del Derecho. Ius et Praxis*.

Disponible en:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740209>

Consultado: 20/04/2017

- Bejarano, Jesús Antonio (1999). El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional*, vol. 1, núm. 1, noviembre, 1999, pp. 155-167. Universidad Externado de Colombia, Colombia.

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41900110>

Consultado:20/09/2016.

- Besley, Timothy (2002). *Welfare Economics and Public Choice*. London School of Economics and Political Science. London.

- Banco Interamericano de Desarrollo –BID- (2000). “Un nuevo impulso para la integración de la infraestructura regional en América del Sur”.

Disponible en: www.iadb.org/intal/publicaciones/infraestructura_bid.pdf

- Banco Interamericano de Desarrollo –BID- Y EIU (Economist Intelligence Unit). (2014). *Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean: The 2014 Infrascope*. EIU, New York, NY.

Disponible en:

<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getDocument.aspx?DOCNUM=39560904>

Consultado:27/05/2015

- Bullard Gonzalez, Alfredo (2003). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Edit. Palestra. Lima.

- Bullard Gonzalez, Alfredo (1992). *¿Cuándo es bueno incumplir un Contrato? La Teoría del Incumplimiento eficiente: Ejecución forzada vs. Pago de Daños*. Ratio Iuris. N°1. Lima. 1992.

- Corporación Andina de Fomento (2004); “Rieles Con Futuro”. Edit. Corporación Andina de Fomento; Caracas, Venezuela.

- Canavese, Alfredo (2007). *Temas en el Análisis Económico de los Derechos de Propiedad*. Revista de Economía Política de Buenos Aires, col. 1, marzo 2007, pp. 31-36. Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Disponible en:

http://www.econ.uba.ar/www/departamentos/economia/nuevo/publicaciones/files_p

ublicaciones/canavese.pdf

Consultado: 20/07/2015

- Casado Cañeque, Fernando (2007). Alianzas Público-privadas para el Desarrollo, Fundación Carolina.

- Cassagne, Juan Carlos (2012). Sobre los contratos de Asociación Pública Privada (PPP) en Argentina. En Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica.

Disponible en:

<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=62169&print=2>

Consultado:31/05/2015

- Cassagne, Juan Carlos (2002). El contrato Administrativo, Tomo II, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- Colombia Compra Eficiente (2014). Guía para los Procesos de Contratación de obra pública.

Disponible en:

http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia_para_los_procesos_de_contratacion_de_obra_publica.pdf

- Coloma, Germán (2009). Apuntes para el análisis económico del Derecho privado argentino. Forthcoming.

Disponible en: http://works.bepress.com/german_coloma/25

Consultado:02/06/2015

- Comadira, Julio R.(2005). El Derecho Administrativo como régimen exorbitante en el servicio público, en AA.VV., Servicio Público, Policía y Fomento, ed. RAP, Buenos Aires, págs. 17 a 47.

- Consejo Nacional de Política Económica y Social, República de Colombia y Departamento Nacional de Planeación (2009). CONPES 3615: Iniciativa para la

modernización y gestión de activos fijos públicos. Bogotá,

Disponible en:

<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37744274>

Consultado: 02/06/2015

- Contraloría General de la República de Chile (2012). Del contrato de obra pública. Disponible en:
http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Actualidad/Actividades/Capacitaciones/13012012/Contrato_de_obra_publica.pdf
- Cooter, Robert Y Ulen, Thomas (1997). Law and Economics, 2da edición. Reading, Addison-Wesley (Hay versión en castellano: Derecho y economía; México, Fondo de Cultura Económica).
- Cooter, Robert Y Ulen, Thomas (1998). Derecho y Economía. México: Fondo de Cultura Económica.
- Correa, Isabel (2002). Manual de licitaciones públicas. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social- ILPES. Santiago.
- Cossio, José Ramón (2002). Derecho y análisis económico. (2ª. Reimpresión). México: Fondo de Cultura Económica.
- Islas Cruz, Adriana y Reséndiz Sarabia, Fernando (2012). Análisis y estudio Técnico - Jurídico de la controversia en la extinción del contrato de obra pública. UNAM.

Disponible en

<http://www.ptolomeo.unam.mx:8080/xmlui/handle/132.248.52.100/468>

- Departamento Nacional de Planeación de Colombia (2010). Manual de Procesos y Procedimientos para la ejecución de Asociaciones Público – Privadas. Disponible en:
<http://www.irc.gov.co/irc/en/investmentbanking/manualappfinal.pdf>

Consultado:24/05/2015

- Departamento Nacional de Planeación de Colombia (2014). Guía de Asociaciones Público Privadas. Etapa de elegibilidad de un proyecto de APP.

Disponible en:

<http://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%202.pdf>

- Domenech Pascual, Gabriel (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho. Revista de Administración Pública, núm 195, p. 99-133. Universidad de Valencia, España.

Disponible en: <http://www.uv.es/gadopas/>

Consultado: 16/05/2015

- Dutto, Martín y Beltrán, Carlos (2012). Contratación de obra versus concesión de obra pública. Un análisis de los esquemas de incentivos. Saberes, Revista de Ciencias Económicas y Estadísticas, Num. 4,

Disponible en:

<http://www.saberes.fcecon.unr.edu.ar/index.php/revista/article/view/76/155>

Consultado:15/01/2017

- Farina, Marco (2015). Integración del contrato "incompleto" en el ordenamiento italiano. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 29, julio-diciembre de 2015, pp. 113-139.

- Espelt, Ramón (2015). Lecciones aprendidas y mejores prácticas en proyectos de Asociación Público-Privada. FOMIN-BID

Disponible en:

http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/FOMIN_Lecciones_aprendidas-PPP-2015.pdf

Consultado: 20/05/2015

- Farquharson, Eder., Torres de Mästle, Carlos, Yescombe, Enrique y Encinas, Juan, (2011). How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets. World Bank
- Gerchunoff, Pablo; Greco Esteban y Bondorievsky Diego (2003). Comienzos diversos, distintas trayectorias y final abierto: más de una década de privatizaciones en Argentina, 1990-2002. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES, Chile.
- González, Juan D, Rojas, Miguel D, Arboleda, Carlos A, y Botero, Sergio (2014). Project Finance y Asociaciones Público-Privada para la provisión de servicios de infraestructura en Colombia. Obras y proyectos.
Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-28132014000200005&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-28132014000200005
Consultado: 02/06/2015
- Gorbaneff, Yuri (2003). Teoría del Agente-Principal y el mercadeo. REVISTA Universidad EAFIT No. 129, enero de 2003.
Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/revista-universidad-eafit/article/viewFile/925/830>
Consultado: 12/03/2017
- Gordillo, Agustín (1982) . Contratos administrativos. Regímenes de pago y actualización, Buenos Aires, Astrea
- Gordillo, Agustín (2009). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Edit Fundación del Derecho Administrativo. Buenos Aires.
- Guarnido, Almudena, Garcia, Manuel y Amate, Ignacio (2007). La desregularización y privatización de empresas públicas. Universidad de Almería.

- Hers, Liliana Isabel (2013). Responsabilidad social empresarial, legitimidad y derecho de la competencia. VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires.
Disponible en:
<https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1176/CDS12030595.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
Consultado: 15/01/2017
- Hers, Liliana Isabel (2011). Revisión contractual. Una búsqueda Ex post, del equilibrio. Sistema Argentino de Información Jurídica.
Disponible en:
<http://www.saij.gob.ar/liliana-isabel-hers-revision-contractual-una-busqueda-ex-post-equilibrio-dacf110013-2011-01/123456789-0abc-defg3100-11fcanirtcod>
Consultado: 20/04/2017
-
- Hinojosa, Sergio Alejandro (2010). Un indicador de elegibilidad para seleccionar proyectos de asociaciones público privadas en infraestructura y servicios. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Instituto Peruano de Economía (2013). Obra pública tradicional o asociación público privada? viabilidad del comparador público privado en el Perú. Lima, edit. IPE
Disponible en:
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A171B0CDE925DA0305257C3D0058CABC/\\$FILE/184450615-OBRA-PUBLICA-TRADICIONAL-O-ASOCIACION-PUBLICO-PRIVADA-VIABILIDAD-DEL-COMPARADOR-PUBLICO-PRIVADO-pdf.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A171B0CDE925DA0305257C3D0058CABC/$FILE/184450615-OBRA-PUBLICA-TRADICIONAL-O-ASOCIACION-PUBLICO-PRIVADA-VIABILIDAD-DEL-COMPARADOR-PUBLICO-PRIVADO-pdf.pdf)
[Consultado:17/01/2017](#)
- Jiménez, W.; Roncancio P. y Ramírez C. (2007). Gobernabilidad y Gobernanza en la Transformación de la Acción Pública: Propuesta Teórica y estudio de Caso. Escuela Superior de Administración Pública, Colombia.
- Johnsen, Bruce D (1986). Wealth is Value. The Journal of Legal Studies 15(2):263 .

June 1986. Traducido por el Profesor Enrique Bour.

Disponible en:

https://www.researchgate.net/publication/270784541_Wealth_Is_Value

http://ebour.com.ar/ensayos_meyde2/I-17-Johnsen%20%20La%20Riqueza%20como%20Valor.pdf

- Klener, Claudio (s.f.). El Estado en tres momentos. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Vol 77.

Disponible en:

www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/download/30922/32649+%&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co

Consultado: 18/04/2017

-

- Krugman, Paul, Olney, Martha y Wells, Robin (2008). Fundamentos de economía. Editorial Reverte.

- Mairal, Héctor A (1993). La ideología del servicio público. Edit Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- Mairal, Héctor A (2012). Conferencia “El Derecho Administrativo y la decadencia argentina” Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en sesión pública del 22 de agosto de 2012.

Disponible en: <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/15Mairal12.pdf>

Consultado: 22/03/2017

- Mercuro, Nicholas y Medema, Steven G (1999). Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism. Princenton, 1999. p. 3.

- Millán, Germán (2009). Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos. Experiencia del Reino Unido. Banco Interamericano de Desarrollo.

- Ministerio de Economía y Finanzas (2015). Asociaciones Público Privadas. México.
Disponible en:
http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=336&Itemid=100904
Consultado: 25/05/2015

- Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2012). Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de Asociación Público Privada.
Disponible en:
<http://www.minhacienda.gov.co/portal/pls/portal/docs/1/27858604.PDF>
Consultado:20/05/2015

- Monteiro Pessoa, Rodrigo (2013). El interés económico de las partes y el incumplimiento contractual. Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña del Mar, N° 10, pp. 85-105.
Disponible en:
<http://www.derechosfundamentales.cl/revista/10.85-105.Monteiro.pdf>
Consultado: 15/04/2017

- Muñoz Gomá, Oscar (1996). Después de las privatizaciones: Hacia el Estado Regulador. CIEPLAN. Corporación de Investigaciones Económicas para Latinoamérica, Chile.

- Pino, Jorge (2005). Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Editorial. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
Disponible en:
<http://www.saberes.fcecon.unr.edu.ar/index.php/revista/article/view/76/155>
Consultado: 17/11/2016

- Posner, Richard (1998). El análisis económico del derecho. Mexico: Fondo de Cultura Económica.

- Proinversion Perú (2014). Valor por dinero y riesgos en APP.

Disponible en:

<http://www.proinversion.gob.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?ARE=0&PFL=1&JER=7944>

Cosultado: 24/01/2017

- Rebollo, Andrés (2009). La experiencia española en APPs: Marco General. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Romero Perez, Jorge (2002) . Derecho Administrativo Especial. Editorial Universidad EUNED.
- Rozas, Patricio y Sanchez, Ricardo (2004). Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual. Serie Recursos Naturales e Infraestructura No. 75. División de Recursos Naturales e Infraestructura de CEPAL.
- Risso, Winston Adrián (s.f). Asignación de riesgos y valor por dinero en proyectos de participación público-privada. Banco Central de Uruguay.

Disponible en:

<http://www.bcu.gub.uy/Comunicaciones/Jornadas%20de%20Economia/Risso.pdf>

Consultado: 21/01/2017

- Samuelson, Paul. A. (1954). The Pure Theory of Public Expenditure, Review of Economics and Statistics, vol. XXXVI, pp. 387-388. (Traducción en castellano en Hacienda Pública Española, núm. 5.
- Santofimio, Jaime (2004). Tratado de Derecho Administrativo: Contratación Indebida. Tomo IV, 1ra Edición, Editorial Cordillera, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Scott, Robert E.; Leslie, Douglas L (1988). Contract law and theory. Edit. Michie.
- Serra Rojas, Andrés (1999). Derecho Administrativo, segundo curso. Editorial Porrúa-

Universidad Nacional Autónoma de México.

Disponible en:

<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summauris/article/view/1222/1114>

Consultado: 03/03/2016

- Serrano Moya, Edgar David (2014). Contratos incompletos. Revista Summa Iuris. Vol. 2, No. 1, pp. 155-170, enero-junio, 2014
- Shavell, Steven (2016). Fundamentos del análisis económico del Derecho. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces SA.
- Sola, Juan Vicente (2013). Tratado de derecho y economía. Herramientas de economía para el análisis jurídico - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley.
- Sola, Juan Vicente (2013). Tratado de derecho y economía. Análisis económico del derecho público y de los tributos - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley.
- Sola, Juan Vicente (s.f.). El análisis económico del derecho o como tomarse las consecuencias seriamente.
Disponible en:
http://www.estudiosola.com/PDF/VER/El_analisis_economico_del_derecho_o_como_tomarse_las_consecuencias_seriamente.pdf.
Consultado:26/05/2015
- Stiglitz, Joseph E (2003). La economía del sector público. Editorial Antoni Bosch. Barcelona
- Stoffaes, Chrstian (1995). “Services Publics: Question d’avenir”, La Documentation Française. París. Traducido por la UNAM.
- Stordeur, Eduardo (2004). Derechos iniciales de propiedad y el criterio de Kaldor-Hicks: Algunos problemas fundamentales. Trabajo presentado como ponencia en el Ier. Congreso Argentino Chileno de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación

Argentina de Filosofía del Derecho. Universidad de Buenos Aires.

Disponible en: http://www.eseade.edu.ar/files/pdf/stordeur_propiedad.pdf

Consultado:26/05/2015

- Tanzi, Vito (2000). El papel del Estado y la calidad del sector público. Revista de la CEPAL, núm 71, ONU, agosto.

- Torre, J. y Gerchunoff, P (1988). El Papel del Estado, en Revista Idea, mayo, Buenos Aires.

- Transparency International (2000). Libro de Consulta La hora de la Transparencia en América Latina.
Disponible en:
http://archive.transparency.org/regional_pages/americas/publicaciones/sourcebook_es
p
Consultado: 27/05/2015

- Vassallo Magro, José Manuel e Izquierdo de Bartolomé, Rafael (2010). Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Corporación Andina de Fomento.

- Ysa, Tamyko (2009). La gestión de partenariados público-privados: tipologías y retos de futura. p.p. 23-38 en la colaboración público privada y la creación de valor público. Diputación Barcelona.

Cibergrafía consultada:

- <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

- <http://dae.unizar.es/docencia/ebienestar/index.html>

- <http://www.econlink.com.ar/criterios-de-eficiencia>
- <http://www.infraestructurapublica.cl/sitio/wp-content/uploads/Bases-para-una-propuesta-FINAL.pdf>

Artículo periodístico:

- <http://www.infobae.com/2013/09/29/1512287-el-kilometro-carretera-america-latina-cuesta-7-veces-mas-que-europa>