

LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS RELACIONADOS EN EL URUGUAY PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LA LEY N° 18.7861

PABLO SCHIAVI ^{2(**)}

I. INTRODUCCIÓN.

1.- El modelo de participación público-privada.

En las últimas décadas, las Participaciones Público-Privadas (PPP) han ido adquiriendo gran relevancia en el mundo desarrollado, debido a la creciente necesidad que muchas administraciones públicas tienen de incorporar los recursos y la experiencia del sector privado para mejorar la provisión de bienes y servicios públicos³.

La participación público-privada no es una novedad en el derecho comparado ni tampoco en el derecho uruguayo; sí, en todo caso, es una novedad que se utilice la expresión, traducida del inglés y del francés, entre nosotros, PPP, Participación Público Privada, pero, verdaderamente, la colaboración público-privada en nuestro derecho y en el derecho comparado es de larga data⁴.

Participación Público-Privadas (PPP), un “matrimonio” entre la actividad pública y privada se han empleado como un procedimiento para optimizar el uso de fondos públicos y aumentar la calidad de los servicios tradicionalmente prestados por el sector público⁵.

El término *Public-Private Partnership* está de moda, lo que provoca que su uso en seminarios y conferencias se haya incrementado considerablemente en los últimos años. Al igual que pasa con otros términos de moda, es común escuchar hablar de PPP de modo ligero, sin que en realidad se conozca en detalle de qué se está hablando. Es quizá ése el motivo por el que existe una confusión generalizada sobre el significado del término PPP, lo que viene reforzado por el hecho de que pocas personas se han atrevido a dar una definición precisa de dicho término. Esto ha provocado que diferentes personas, instituciones y administraciones entiendan cosas distintas.

A todo ello se une el hecho de que, al ser el término PPP un término acuñado en el Reino Unido, sean los británicos los que han asumido ese término como propio. Esta situación ha llevado a que, desde muchos foros, se considere que las únicas PPP son las que tienen su origen en Reino Unido, como si se tratase de un producto con denominación de origen⁶.

1 ⁽¹⁾ Ponencia presentada en las IV Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano celebradas en el Pazo de Mariñan, La Coruña, Reino de España del 30 de mayo al 3 de junio de 2011.

2 ⁽²⁾ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Aspirante de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Certificado en Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo por el Isede y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro del Grupo de Estudio e Investigación de Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo. Ex- Asesor del Auditor Interno de la Nación, Auditoría Interna de la Nación (A.I.N). Asesor del Contador General de la Nación, Contaduría General de la Nación (C.G.N.) del Ministerio de Economía y Finanzas de la República Oriental del Uruguay. pablo.schiavi@cg.n.gub.uy

3 VASALLO MAGRO, José Manuel; IZQUIERDO de BARTOLOMÉ, Rafael., *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Caf, Corporación Andina de Fomento, 2010, p. 103.

4 Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay; Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 22 de diciembre de 2010, Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

5 ALLARD, Gayle; TRABANT, Amanda, *Public- Private Partnerships in Spain: Lessons and opportunities*, IE Business Working Paper, W.P 10-07, 10-07-2007, p.1.

6 VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 104.

Así, los sistemas tradicionales de construcción y gestión de servicios públicos sanitarios a través de los contratos administrativos típicos (obras, suministros, servicios, consultoría y asistencia), están siendo complementados y, en muchos casos, sustituidos por los modernamente llamados modelos de "Colaboración Pública Privada" (CPP) o "Public Private Partnership" (PPP, según sus siglas en inglés). La colaboración público-privada se erigiría así en "una solución eficaz para garantizar una infraestructura o para ofrecer un servicio público" siendo su principal objetivo "la mejora de la calidad del servicio prestado a los ciudadanos" (Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones)⁷.

El sistema conocido bajo la denominación PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA procura dotar al Estado de un mecanismo eficiente de contratación a través del cual el sector privado aplique sus recursos en el país, en la financiación de obras de infraestructura y servicios conexos.

En Uruguay existen antecedentes acerca de esta modalidad de contratación desde muy larga data. En los comienzos de su vida institucional, buena parte de las obras de infraestructura fueron financiadas bajo esta modalidad (ferrocarriles, agua, gas, teléfonos, tranvías, etc.), bien a través del otorgamiento de concesiones o bien a través de empréstitos⁸.

Al presente, Uruguay cuenta con diversas normas que habilitan al Estado a celebrar este tipo de contratos tales como, la ley de Concesiones de Obras Públicas y el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF).-

No obstante, se ha entendido necesario contar con un marco legal específico que regule los procedimientos de contratación de PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA, recogiendo las soluciones más actualizadas en la materia, aplicadas en aquellos países donde mayor evolución ha tenido este instituto.-

En este sentido, se han considerado, entre otras, las soluciones legislativas adoptadas en países tales como España, Australia, Reino Unido, Canadá, España, Chile, etc⁹.

2.- Principales características de los contratos de participación público-privada.

A modo de primeras apreciaciones respecto del proyecto de ley a estudio, se ha señalado que "tiene una fuerte inspiración en la legislación española, en la Ley N° 30 de 2007, de contratos del sector público. Se trata de una ley con más de trescientos artículos, que incorpora al Derecho español las directivas europeas. Es un verdadero Código en materia de contratación, con varios centenares de disposiciones, y define a estos contratos de colaboración entre el sector público y privado de la siguiente manera: "Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado"

En el Derecho uruguayo los contratos del Estado no tienen una regulación de fondo, como sí ocurre en el Derecho Comparado y particularmente en nuestro entorno geográfico. Tenemos, simplemente, un conjunto de normas que están sistematizadas en el texto conocido como TOCAF, pero que son sobre todo normas de procedimiento para la selección del co-contratista, y alguna norma muy incidental, muy parcial, que se refiere al fondo de la contratación. En general, a falta de una legislación de fondo sobre el tema, la contratación del Estado se regula con los pliegos de condiciones generales y particulares para cada contrato y por principios

⁷ LARIOS RISCO, David; LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente., *Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitaria*, DS, Vol. 15, Núm. 2, Julio - Diciembre 2007, p-290.

⁸ Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo por el cual se establece un marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Pública-Privada con mensaje de 9 de noviembre de 2010.

⁹ Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo por el cual se establece un marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Pública-Privada de fecha 9 de noviembre de 2010.

generales que, en nuestro Derecho, tienen la singularidad de que están reconocidos expresamente como reglas de derecho por la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Obviamente, no son reglas de derecho redactadas y que puedan leerse. Este régimen tiene en sí mismo, por su propia manera de ser, una gran elasticidad que permite y ha permitido creo que así se ha señalado públicamente y, si mal no recuerdo, lo manifiesta el Poder Ejecutivo en su exposición de motivos la realización de contratos de este tipo, sin una legislación. Contratos del tipo previsto en este proyecto de ley se han realizado, y se pueden seguir realizando en nuestro país, sin la necesidad de una legislación como la que se propone¹⁰.

Las PPP se fundamentan en prestar un servicio de calidad a los usuarios al menor costo posible. La participación del sector público es necesaria debido a que, a diferencia de lo que pasa con otros bienes y servicios de la economía, la infraestructura padece importantes fallos de mercado –muchas de ellas son monopolios naturales y producen importantes costos externos, lo que requiere la participación del sector público para garantizar los intereses de los ciudadanos. Además, la provisión de infraestructura es una tarea eminentemente productiva, que el sector privado puede llevar a cabo con mayor eficiencia que el sector público. La introducción del sector privado permite, a su vez, fomentar la competencia, lo que indudablemente incentiva la búsqueda de soluciones innovadoras.

La clave, por tanto, de toda PPP es determinar el reparto de responsabilidades entre el sector público y el sector privado desde una doble perspectiva. Por una parte, desde la perspectiva de la regulación o, en otras palabras, qué aspectos van a ser regulados por el sector público y qué aspectos van a ser decisión del sector privado. Y, por otra parte, desde la perspectiva de la asignación de riesgos entre el sector público y el sector privado.

El concepto de Participación Público-Privada es muy controvertido, ya que distintas administraciones o países tienen interpretaciones diferentes de lo que es una PPP. Lo que sí parece estar admitido de modo general es que las PPP requieren algo más que la simple colaboración entre el sector público y el sector privado para la construcción, el mantenimiento y la explotación de una infraestructura.

El Libro Verde sobre PPP de la Comisión Europea, publicado en 2004, establece de modo acertado una serie de características que debe cumplir todo proyecto PPP:

- La relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración.
- El sector privado debe participar de algún modo en la financiación.
- El sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de la infraestructura.
- La relación debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado¹¹.

De ahí que en forma necesaria la transferencia de riesgos se convierte en un elemento clave en este tipo de contratos. En la contratación tradicional, es habitual ver que el Estado tiende a sobreprotegerse en materia de riesgos, trasladando los mismos al sector privado.

Esto tiene por resultado que, el agente privado, colocado en la situación de enfrentar riesgos que no le son propios o no está en las mejores condiciones de administrar, compensa esta situación trasladando el mayor costo económico que los riesgos generan, al precio del contrato. De este modo, se produce un efecto contrario al originalmente buscado, generándose un encarecimiento innecesario del proyecto.

Por tales razones se busca que cada parte asuma aquellos riesgos que mejor pueda administrar. Así, los riesgos derivados de eventuales cambios legislativos, o autorizaciones públicas son típicos riesgos que pueden ser manejados por el Estado. En cambio, los riesgos que involucra la construcción de una obra, el riesgo de la demanda posterior y el riesgo de disponibilidad (entendido como la posibilidad de utilizar la obra) son típicos riesgos a cargo del contratista privado.- Una adecuada asignación de riesgos tiene por resultado un uso más eficiente de los recursos, con el consiguiente beneficio para el Estado.

Asociado a la adecuada distribución de riesgos, la ley incorpora la necesidad de realizar estudios previos por parte de la Administración a efectos de determinar si la aplicación de esta modalidad de contratación otorga al Estado mayores ventajas económicas frente a la alternativa que sea el Estado, directamente, quien tome a su cargo la ejecución de una obra.- Este estudio tiene por finalidad determinar si el modelo de contratación propuesto es el que permite al Estado obtener el mayor “Valor por Dinero”.

¹⁰ Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay; Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 22 de diciembre de 2010, Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

¹¹ VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 104.

Por otra parte, una adecuada asignación de riesgos habilita al Estado contar con mayor disponibilidad de recursos a efectos de financiar aquellas obras que, por su naturaleza, no se ajustan a este modelo de contratación.- En efecto, mediante los esquemas tradicionales de gestión directa, los pagos que el Estado efectúa al contratista encargado de construir una obra, se realizan con cargo al Presupuesto, afectando así los niveles de endeudamiento.- En cambio, existiendo una adecuada distribución de riesgos, la financiación privada de la obra no se verá reflejada en el Presupuesto como gasto, ni como deuda pública. Ello sin perjuicio de que la operación de todos modos se verá reflejada en el presupuesto (por ejemplo, como gasto corriente cuando existan pagos diferidos)¹².

3.- Participación pública privada contractual e institucional.

Se distingue fundamentalmente la participación público-privada de carácter o naturaleza contractual y la de carácter asociativo. Entre nosotros, la de carácter contractual ha tenido antecedentes interesantes, fundamentalmente, a través de las concesiones, tanto de obras públicas como de servicios públicos. Las asociativas tienen base constitucional desde la reforma de 1934 a través de las denominadas sociedades de economía mixta. La Constitución de 1934 previó las sociedades de economía mixta de derecho público, es decir, la posibilidad de que privados participaran en el capital y administración de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. La reforma constitucional posterior agregó la posibilidad inversa, es decir, que el Estado participe en empresas privadas de carácter industrial, comercial o agropecuario en las condiciones que prevén los incisos tercero y cuarto del artículo 188 de la Constitución. En ese mismo artículo, cuando se aprobó la reforma del agua, se agregó un inciso final que prohíbe las asociaciones público-privadas en relación con los servicios públicos de suministro de agua potable y de saneamiento¹³.

Las PPP se pueden diferenciar, tal y como hace el Libro Verde sobre PPP de la Comisión Europea, en contractuales e institucionales. Las primeras son aquéllas en las que el vínculo entre el sector público y el sector privado se establece esencialmente a través de un contrato. La idea de las PPP contractuales es que la relación entre ambos sectores funciona como una relación entre un agente (contratista), que vela por su propio interés pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad de servicio, y un principal (sector público) que vela por los intereses de los ciudadanos. Dicha relación se encuentra regulada sobre la base de un contrato que se establece al principio y que debe fijar la asignación de responsabilidades para cada sector.

El tipo más común de PPP contractual es la concesión de infraestructura tal y como se entiende en España o América Latina. Dicha concesión es muy similar en su concepto a otro tipo de contratos, que aún no denominándose concesiones, pueden ser considerados en la práctica como tales, como es el caso de los contratos *Design Build Finance Operate* (DBFO) en Reino Unido.

El segundo tipo de PPP se denomina PPP institucionales. En este caso, la relación entre ambos sectores no se basa en una relación contractual entre un agente y un principal, sino en la participación conjunta del sector público y privado en una entidad encargada de la gestión de la infraestructura. 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 mismas¹⁴.

4.- El procedimiento especial de contratación: El diálogo competitivo.

La ley mantiene como principio básico de contratación la aplicación de los procedimientos competitivos. No obstante introduce una nueva modalidad denominada diálogo competitivo.

Esta modalidad, busca dotar a la Administración de mecanismos más flexibles, que resultan de utilidad en contratos especialmente complejos. Existen situaciones en las cuales el Estado identifica una necesidad pública a satisfacer pero no cuenta con los medios para determinar cuáles serían las soluciones a aplicar para ello.

Es allí donde puede resultar de utilidad convocar a quienes cuenten con los mejores medios técnicos y económicos en la materia, de modo de definir, dentro de un ámbito de diálogo con dichos agentes, cuáles serán las soluciones a adoptar. Con ello se procura evitar que el Estado, en forma unilateral, aplique recursos

12 Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo por el cual se establece un marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Público-Privada con mensaje de 9 de noviembre de 2010.

13 Comisión de Hacienda... Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

14 VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 105.

y esfuerzos en el diseño de una solución que luego se verá frustrada al no existir en el sector privado agentes interesados en ejecutar la solución en los términos propuestos.

En el caso de grandes inversiones, puede resultar un mecanismo muy eficiente ya que, manteniendo los principios de transparencia e igualdad entre todos los oferentes, se desarrolla un diálogo entre la Administración y los oferentes que permita definir aspectos técnicos, legales o financieros del contrato que no pueden ser definidos por la Administración en forma unilateral¹⁵.

De esta forma el Proyecto de Ley recoge el procedimiento del “diálogo competitivo” contemplado en la Unión Europea en virtud de la Directiva No. 2004/18 y también consagrado por la ley española No. 30/2007 como mecanismo preceptivo de adjudicación para los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

La aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público responde a la obligatoria incorporación al Derecho español de la Directiva comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuyo plazo de trasposición había transcurrido ampliamente al haber finalizado el 31 de enero de 2006. Esta Directiva, junto a la 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, refundió la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa con anterioridad en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos¹⁶.

Según ha reconocido la Comisión Europea¹⁷, las «antiguas» Directivas europeas de contratos públicos de suministros, obras y servicios (92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE) no ofrecían una flexibilidad suficiente para el caso de determinados proyectos particularmente complejos para los que el recurso a los procedimientos negociados con publicidad estaba limitado a los supuestos tasados o previstos con carácter limitativo en las mismas. Por esta razón la Directiva 2004/18/CE2 («la Directiva» o «la Directiva clásica»), que refunde y deroga estas tres directivas, introduce un nuevo procedimiento de contratación: el diálogo competitivo.

Como señala en su considerando 31, la nueva Directiva se propone el objetivo de proporcionar un procedimiento flexible que, salvaguardando la libre concurrencia entre los operadores económicos o posibles licitadores, pueda a la vez facultar a los poderes adjudicadores para que puedan discutir y negociar con cada candidato todos los aspectos relativos a la mejor forma de conseguir la satisfacción de sus necesidades de interés público. Pero el recurso a este procedimiento es excepcional y solo podrá recurrirse al mismo al afrontar proyectos «particularmente complejos» para los que el procedimiento abierto o restringido no permita la adjudicación de estos contratos.

De esta forma, junto a los procedimientos tradicionales (abierto, restringido, negociado y concurso de proyectos) el artículo 1 de la Directiva, en su apartado 11, c), define el diálogo competitivo como «un procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en el que el poder adjudicador dirige un diálogo con los candidatos admitidos a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta»¹⁸.

La Directiva 2004/18/CE introduce la figura del diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación. En su considerando 30, explica los supuestos para los que este procedimiento está concebido: cuando a los poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos les resulte objetivamente imposible definir los medios para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones financieras y jurídicas que ofrezca el mercado (lo que ejemplifica “en la ejecución de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada”) y siempre “que la utilización de procedimientos abiertos o restringidos no permita la adjudicación de dichos contratos”. Señala también la cautela esencial que deberá observarse, de manera que el recurso a este procedimiento no restrinja o falsee la competencia, “especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas o imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa”¹⁹.

15 Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo por el cual se establece un marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Público-Privada con mensaje de 9 de noviembre de 2010.

16 MORENO MOLINA, José Antonio, *La nueva ley de contratos del sector público: principales novedades y aspectos problemáticos*, <http://www.cositalfe.es/img/eventos/moreno1.pdf>.

17 Nota Explicativa del Diálogo Competitivo. Directiva clásica. CC/2005/04–Revisión 1 de 5 de octubre de 2005.

18 MONTERO VICENTI, Javier, *Ley de Contratos del Sector Público. Adjudicación de los contratos. Procedimiento: El diálogo competitivo*, http://www.cccv.es/PDF/pdf_LCSP/lcsp5.pdf.

19 MORENO MOLINA, *La nueva ley de contratos del sector público...*, ob. cit.

5.- Estructura de la Ley N° 18.786.

El proyecto de ley cuya consideración se elevó al Parlamento, hoy Ley N° 18.786, es un proyecto auto-contenido que no se opone, sino que complementa, los regímenes de contratación vigentes, ajustando los procedimientos y normas al desafío especial que significan los grandes proyectos de infraestructura.

En este sentido, como surge del **capítulo I “Disposiciones Generales”**, este proyecto de ley constituye un régimen opcional para la financiación, diseño, implementación y operación de infraestructuras y prestación de servicios relacionados (artículos 1 y 2), que celebre la Administración Pública.

Con la finalidad de brindar a la Administración Pública las herramientas necesarias para contratar bajo este régimen se prevé en el **capítulo II “Marco Institucional”**, la participación de una Comisión Técnica que actuará como asesora de la Administración Pública (artículo 8). Ello, sin perjuicio, de la eventual participación de la Corporación Nacional para el Desarrollo como estructurador, o en su caso, para la implementación de proyectos (artículos 9 a 11).

En el **capítulo III “Procedimiento de Contratación”** se regula el procedimiento a tramitarse para la celebración de contratos de PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA, destacándose que el mismo puede iniciarse de oficio o por iniciativa privada (artículo 15). Antes de iniciar el procedimiento de contratación, la Administración Pública debe contar con una evaluación previa en virtud de la cual se ponga de manifiesto la viabilidad y conveniencia del proyecto (artículo 16).

Las garantías de mantenimiento de oferta y de cumplimiento de contrato se encuentran específicamente reguladas en el **capítulo IV “Garantías”**, en el que se señalan las exigencias en cuanto a su exigibilidad, formalización, ampliación, afectación, preferencias en al ejecución, devolución y cancelación (artículos 25 a 30).

En el **capítulo V “Medios de Impugnación”**, se regula el régimen de recursos administrativos contra los actos dictados durante el procedimiento de contratación. Se establece el efecto no suspensivo de su interposición contra los actos dictados durante el trámite del procedimiento, a excepción de aquellos que se interpongan contra el acto de adjudicación definitiva (artículo 31).

En el **capítulo VI “Aptitud e Incompatibilidades para contratar”**, se reseñan las aptitudes para contratar con la Administración Pública y los casos en que existen incompatibilidades a tal efecto (artículos 32 y 33).-12

En el **capítulo VII “Iniciativa Privada”** se regula el trámite aplicable en estos casos, siendo el organismo encargado de recepcionar las mismas la CND. Dicho procedimiento, en lo esencial, se tramita conforme lo estipulado en el capítulo III, estableciéndose una regulación especial en lo que refiere a los derechos del proponente y a la confidencialidad que debe observarse respecto de la información presentada por el proponente (artículos 34 a 38).

En el **capítulo VIII “Control del Cumplimiento del Contrato”** se establece una amplia competencia de la Administración Pública para controlar el cumplimiento del contrato, conjuntamente con la obligación de elevar informes semestrales ante la Unidad de, con la finalidad de informar alteraciones sustanciales o incumplimientos contractuales (artículos 39 a 41).

En el **capítulo IV “Régimen Sancionatorio”** se prevé que en los contratos deberá establecerse las sanciones aplicables para los distintos casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, así como sus factores atenuantes o agravantes, siendo facultad de la Administración Pública proceder a la aplicación de sanciones bajo los principios allí indicados (artículos 42 y 43). Asimismo, se regulan los casos en que se resuelva el contrato por incumplimiento del contratista, la solicitud de medidas cautelares, la intervención y el derecho de retención ante el incumplimiento del contratista (artículos 44 a 47)

En el **capítulo X “Modificaciones y Cesión del Contrato”** se regula expresamente el régimen de modificación del contrato, mantenimiento del equilibrio económico del mismo, la posibilidad de su renegociación, así como la posibilidad de cesión y subcontratación (artículos 48 a 51).-

En el **capítulo XI “Extinción del Contrato y Solución de Controversias”** se señalan las causales de extinción de los contratos, los casos de abandono de proyectos por el contratista y de término anticipado del contrato (artículos 52 a 54). En especial, se regula el régimen de arbitraje aplicable a la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución del contrato (artículo 55).-Finalmente, en el **capítulo XII “Disposiciones Varias”**, se regula lo atinente a expropiaciones, régimen presupuestario, exposición contable y la vigencia de la ley.

II. PRINCIPALES LINEAMIENTOS DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA.

1.- Los Contratos de Participación Público-Privada y su ámbito de aplicación.

El objeto de la Ley a estudio consiste en el establecimiento del marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Público-Privada (PPPs)²⁰.

En cuanto al objeto de estos emprendimientos de participación público-privada, podemos constatar en el artículo 1° que esta iniciativa es más restrictiva que sus precedentes, porque refiere a la financiación, diseño, implementación y operación de infraestructuras y prestación de servicios relacionados. Es decir, el objeto está limitado a infraestructuras y prestación de servicios relacionados. Un proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas en su artículo 1° decía: para la aplicación en sectores tales como vivienda, salud, educación, energía, minería, transporte, comunicaciones, turismo y actividades relacionadas. Es decir, que se trataba de un enfoque más descriptivo y, eventualmente, no podía quedar limitado a infraestructura, sino que alcanzaba a otras áreas de actividad. Si bien el concepto de infraestructura no está definido en el proyecto de ley, a todos nos parece claro que, por ejemplo, en el ámbito de la energía, la infraestructura puede referir a tendido de líneas, pero no así a la actividad propiamente energética, aun cuando la ley hable de servicios relacionados. Este concepto de servicios relacionados está tomado de las normas sobre autopistas en Europa, que prevén que el constructor de la autopista puede no solo explotar peajes sino también servicios relacionados, léase comercios, hospedajes, restaurantes, etcétera²¹.

De acuerdo con lo previsto en el Art. 2, son contratos de Participación Público Privada *“aquellos en que una Administración Pública encarga a una persona de derecho privado, por un período determinado, una actuación global e integrada que, además de la financiación, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: diseño, construcción, mantenimiento, operación de infraestructuras”*²².

A los efectos del presente Proyecto, se consideran comprendidas en el término “Administración Pública” los Poderes del Estado, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados, Entes de Enseñanza Pública y Gobiernos Departamentales, sin perjuicio de las atribuciones, facultades, derechos y obligaciones que les asignen la Constitución de la República y normas legales aplicables.

En forma seguida y no menos importantes se dispone a texto expreso que “Sólo podrán celebrarse contratos de Participación Pública Privada cuando previamente se resuelva, en la forma prevista en la presente ley, que otras modalidades alternativas de contratación no permiten la mejor forma de satisfacción de las finalidades pública”.

El ámbito de aplicación de los contratos de Participación Público Privada está delimitado en el Art. 3^o²³: “El presente marco normativo será de aplicación preceptiva para todos los contratos de Participación Pública

20 En cuanto al objeto, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 1° tenía la siguiente redacción:

Artículo 1°.- Objeto. La presente ley establece el marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Público-Privada (PPPs) para la financiación, diseño, implementación y operación de infraestructuras y prestación de servicios relacionados.

Se exceptúan de este régimen de contratación los cometidos esenciales cuya prestación se comete al Estado en forma exclusiva así como la explotación de los monopolios establecidos por ley a favor de éste.

21 Comisión de Hacienda... Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

22 En cuanto a la definición de los contratos, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 2° tenía la siguiente redacción:

Artículo 2°.- Contratos de Participación Público-Privada. Los contratos de Participación Público-Privada son aquellos suscritos, como consecuencia de las aplicaciones de los procedimientos previstos en la presente ley, entre la Administración Pública y un contratista y que constituyen título habilitante para la ejecución de las actividades previstas en el artículo 1°.

23 En cuanto al ámbito de aplicación, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 3° tenía la siguiente redacción:

Artículo 3°.- Ámbito de aplicación. A los efectos de la presente ley, la Administración Pública podrá celebrar todo tipo de acuerdos, contratos y asociaciones con el sector privado cuando ellos sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Privada definidos en la presente ley. Bajo los límites establecidos constitucionalmente, dichos contratos podrán celebrarse para el desarrollo de obras de infraestructura en los siguientes sectores de actividad:

- a) Obras viales, ferroviarias, portuarias y aeroportuarias. Se consideran incluidas dentro de las obras viales las de cominería rural.
- b) Obras de infraestructura energética, sin perjuicio de lo establecido en la Ley Nacional de Electricidad N° 14.694 y Ley de Creación de Ancap N° 8.764.
- c) Obras de disposición y tratamiento de residuos.
- d) Obras de Infraestructura social, incluyendo cárceles, centros de salud, centros de educación, viviendas de interés social, complejos deportivos y obras de mejoramiento, equipamiento y desarrollo urbano”.

Asimismo “podrá celebrarse este tipo de contratos para la colonización de tierras, que por su ubicación, superficie y características agrológicas resulten económicamente apropiadas para la formación de colonias, de acuerdo con lo establecido por la Ley Orgánica N° 11.029 y su modificativa Ley N° 18.187. En particular los contratos podrán incluir los servicios de interés colectivo mencionados en el artículo 48 así como las instalaciones a las que refiere en el artículo 52 de la Ley N° 11.029”.

Hemos reseñado que este tipo de contratos podrá celebrarse para el desarrollo de obras de infraestructura en los sectores de actividad que han sido determinados en forma específica. Ahora haremos referencia a aquellos sectores de actividad que no podrán ser objeto de los mismos.

En ningún caso, los contratos de Participación Pública Privada podrán incluir:

- a) Servicios educativos cuando se trate de centros educativos.
- b) Servicios sanitarios cuando se trate de centros de salud.
- c) Servicios de seguridad, sanitarios y de reeducación de reclusos cuando se trate de cárceles

Se exceptúan de este régimen de contratación los cometidos cuya prestación se comete al Estado en forma exclusiva, así como la explotación de los monopolios establecidos por ley a favor de éste.

2.- Los principios y orientaciones generales en la Participación Público-Privada.

En este tipo de leyes instrumentales, establecer cuáles son los principios que, de alguna manera, van a orientar la solución de los problemas que en la vida práctica se vayan a suscitar es muy importante. Los principios generales de Derecho son reglas de Derecho, en general, no escritas. El hecho de que el legislador explicita su alcance es pedagógicamente muy importante para la aplicación futura. Todos invocamos el principio de igualdad, el principio de transparencia y el principio de publicidad. No hay definiciones de estos principios, cuyo contenido, luego, se aplica a cada caso concreto. El hecho de que el legislador efectivamente señale que todos los actos y contratos celebrados en el marco de la presente ley deberán observar los principios de transparencia, publicidad, protección del interés público, ecuanimidad, temporalidad, responsabilidad fiscal, es verdaderamente útil y positivo desde el punto de vista de la arquitectura de un proyecto de ley de esta naturaleza²⁴.

Las PPP se fundamentan en cuatro principios. 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

La ley podrá autorizar a las Administraciones Públicas a constituir o adquirir sociedades comerciales u otras personas jurídicas de derecho privado o a participar en las mismas a los solos efectos de que éstas actúen como contratantes de proyectos de Participación Público-Privada.

²⁴ Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

servicios públicos. Los principios anteriores se pueden sintetizar en cuatro términos: regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos²⁵.

El Artículo 4º de la presente Ley enuncia los principios y las orientaciones generales en la Participación Público-Privada.

Todos los actos y contratos celebrados en el marco de la presente Ley deberán observar los siguientes principios y orientaciones generales:

- a) **Transparencia y publicidad:** Todas las actuaciones desarrolladas en el marco de proyectos de Participación Público-Privada, con las limitaciones que en cada caso establezca la normativa vigente, serán públicas y estarán sujetas a mecanismos de control.
- b) **Protección del interés público:** Todo proyecto de Participación Público-Privada, deberá procurar el beneficio público, respetando el interés general, y adoptar los mecanismos de participación y control que serán de aplicación durante toda la vigencia del contrato.
- c) **Eficiencia económica:** La celebración de contratos por parte de la Administración Pública, en el marco de proyectos de Participación Público-Privada, deberá basarse en la consecución del mayor Valor por Dinero, incluyendo tanto la reducción de costos como los niveles de riesgo así como plazos de disponibilidad²⁶.
- d) **Adecuada distribución de riesgos:** Los contratos celebrados en el marco de proyectos de Participación Público-Privada deberán contemplar una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de modo tal de minimizar el costo asociado a los mismos.
- e) **Transferencia:** Los contratos deberán establecer las modalidades en que las obras y los bienes e instalaciones necesarias para su explotación puedan ser revertidas o transferidas a la Administración, según corresponda²⁷.
- f) **Ecuanimidad:** La selección de los sujetos contratantes deberá llevarse a cabo observando criterios de transparencia, ecuanimidad y no discriminación, promoviendo la competencia entre los oferentes y procurando alcanzar un adecuado equilibrio entre la necesaria celeridad, reducción de costos de los procedimientos y la selección de la mejor propuesta a los intereses públicos.
- g) **Temporalidad.** Todos los contratos que se celebren deberán establecer un plazo máximo de duración. El plazo máximo de duración del contrato y de sus prórrogas no podrá exceder de 35 años²⁸.
- h) **Responsabilidad fiscal.** Las erogaciones y compromisos financieros que se asuman en el marco de proyectos de Participación Público-Privada deberán ser consistentes con la programación financiera del Estado, en un marco de responsabilidad fiscal y de la debida rendición de cuentas.
- i) **Control.** La Administración Pública contratante deberá establecer en los respectivos contratos mecanismos de control adecuados para la efectiva protección de los derechos de los usuarios y la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios correspondientes.
- j) **Protección del desarrollo sustentable.** Los proyectos ejecutados a través de mecanismos de Participación Público-Privada deberán propender al desarrollo sustentable de la sociedad y de la economía, adoptando medidas de protección al medio ambiente en beneficio de las generaciones actuales y futuras²⁹.

25 VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 107.

26 En cuanto al principio de eficiencia económica, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 4º tenía la siguiente redacción:

- c) Eficiencia económica: La celebración de contratos por parte de la Administración Pública, en el marco de proyectos de Participación Público-Privada, deberá basarse en la consecución del mayor Valor por Dinero, incluyendo tanto la reducción de costos como de los niveles de riesgo.

27 En cuanto al principio de transferencia, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, no estaba incluido en el Art. 4.

28 En cuanto al principio de temporalidad, cabe señalar que en Proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas, el Art. 4º tenía la siguiente redacción:

- f) **Temporalidad.** Todos los contratos que se celebren deberán establecer un plazo máximo de duración. En ningún caso podrán otorgarse a perpetuidad.

29 En cuanto al principio de desarrollo sustentable, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 4º tenía la siguiente redacción:

3.- Las contraprestaciones y las contribuciones públicas para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada.

De acuerdo a lo previsto en el Art. 5°30, en contraprestación por las actividades asumidas, dependiendo del tipo y características de cada proyecto, en lo que refiere a las contraprestaciones por el desarrollo de proyectos, el contratista podrá percibir diferentes modalidades de ingresos, en forma exclusiva o combinada, abonados por los usuarios o la Administración Pública contratante, entre otras.

Dependiendo de las características y estructura de cada proyecto, podrá determinarse en beneficio de la Administración Pública, la percepción de ingresos consistentes en pagos provenientes del contratista, usuarios, u otros que en su caso se estipulen.

Como puede apreciarse se eliminó el párrafo segundo ya que se incluyó en el Capítulo de Garantías.

Por su parte, en lo que refiere a las contribuciones públicas, el Art. 631 dispone que conforme a las características concretas de cada proyecto y a efectos de viabilizar los mismos, el contrato podrá prever la realización de contribuciones por parte de la Administración Pública, tales como aportes pecuniarios, otorgamiento de subvenciones, créditos, garantías para la financiación del proyecto, garantías de obtención de ingresos mínimos y exoneraciones fiscales, entre otras.- De estas contribuciones, las que lo requieran, deberán contar con el decreto del Poder Ejecutivo correspondiente.

En ningún caso se podrá asegurar contractualmente niveles mínimos de rentabilidad del proyecto.

El contrato deberá determinar las condiciones a cuyo cumplimiento se sujetarán las contribuciones públicas, su modificación o cese.

Los aportes económicos por parte de la Administración Pública podrán realizarse cuando éstos constituyan un estímulo a la gestión económica más eficiente y ello redunde en su beneficio y en el de los usuarios del servicio, de acuerdo al resultado de los estudios previos previstos en el artículo 16 del presente Ley.

-
- i) **Protección del desarrollo sustentable.** Los proyectos ejecutados a través de mecanismos de Participación Público-Privada deberán propender al desarrollo sustentable de la economía, adoptando medidas de protección al medio ambiente en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

30 En cuanto a las contraprestaciones por el desarrollo de Proyectos, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 5° tenía la siguiente redacción:

Artículo 5°.- Contraprestaciones por el desarrollo de proyectos. En contraprestación por las actividades asumidas, dependiendo del tipo y características de cada proyecto, el contratista podrá percibir diferentes modalidades de ingresos, en forma exclusiva o combinada, abonados por los usuarios o la Administración Pública contratante, entre otras.

El contratista podrá constituir, en beneficio de sus acreedores, todo tipo de garantías reales y personales sobre sus bienes y derechos, actuales y futuros, conforme al régimen legal vigente, incluyendo, entre otras, la constitución de prendas sobre flujos de fondos futuros a generarse en el proyecto así como fideicomisos de garantía

Dependiendo de las características y estructura de cada proyecto, podrá determinarse en beneficio de la Administración Pública, la percepción de ingresos por parte de ésta consistentes en pagos provenientes del contratista, usuarios, u otros que en su caso se estipulen.

31 En cuanto a las contraprestaciones públicas para el desarrollo de Proyectos, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 6° tenía la siguiente redacción:

Artículo 6°.- Contribuciones públicas para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada. Conforme a las características concretas de cada proyecto y a efectos de viabilizar los mismos, el contrato podrá prever la realización de contribuciones por parte de la Administración Pública, tales como aportes pecuniarios, otorgamiento de subvenciones, créditos, garantías para la financiación del proyecto, garantías de obtención de ingresos mínimos y exoneraciones fiscales, entre otras.

La Administración Contratante podrá asegurar al contratista niveles mínimos de ingresos pero, en ningún caso, podrá asegurar niveles mínimos de rentabilidad del proyecto.

El contrato deberá determinar las condiciones a cuyo cumplimiento se sujetarán las contribuciones públicas, su modificación o cese.

Los aportes económicos por parte de la Administración Pública podrán realizarse cuando éstos constituyan un estímulo a la gestión económica más eficiente y ello redunde en su beneficio y en el de los usuarios del servicio, de acuerdo al resultado de los estudios previos previstos en el artículo 16 de la presente ley.

III. EL MARCO INSTITUCIONAL.

1.- Atribución de competencias.

En este punto, el Art. 7 dispone que “La Administración Pública contratante, dentro del ámbito de su competencia, será la responsable del diseño, estructuración y celebración de contratos de la Participación Público-Privada, así como del control de su correcta ejecución y del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratantes. Ello, sin perjuicio de las atribuciones y competencias de regulación y control que correspondan a otros organismos estatales conforme a sus competencias originarias y a las que se atribuyen por la presente ley”.

En primer lugar, en el artículo 7º, hay un actor protagónico, que es la administración competente. La administración competente es aquella que tiene asignada la materia a la cual refiere el emprendimiento público privado que se va a llevar adelante. Complementariamente, en el artículo 9º, se le asignan un conjunto de cometidos a la Corporación Nacional para el Desarrollo, que como todos sabemos es una persona pública no estatal, cuya ley orgánica se modificó a fines del año pasado, precisamente para centrar su actividad en el área de las infraestructuras. Entonces, a ella se atribuye fomentar la ejecución de proyectos de esta naturaleza, difundir lineamientos técnicos, asesorar, contribuir al fortalecimiento de capacidades, facilitar a las administraciones la continuidad de sus proyectos y también crear o adquirir sociedades comerciales de cualquier naturaleza, cuando ello se entienda necesario para el mejor desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada. O sea, otra vez, se apela al uso del vehículo de la sociedad comercial, pero en este caso ya no por la administración contratante, sino por la Corporación Nacional para el Desarrollo, en un rol facilitador llamémosle así del PPP de que se trate³².

Desde el punto de vista institucional, la Ley atribuye cometidos al Ministerio de Economía y Finanzas, fundamentalmente en los artículos 13 y 14, porque es en el ámbito de este Ministerio donde se crea la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada. En el artículo 18, se distribuye entre la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas la evaluación de los estudios previos y de las bases de contratación. Finalmente, el Tribunal de Cuentas aparece mencionado en el artículo 23, relativo a la adjudicación de las ofertas y también en el artículo 48, estableciéndose que deberá intervenir en oportunidad en que se modifiquen los contratos. Esto es interesante porque, hasta ahora, la intervención del Tribunal de Cuentas en la modificación de los contratos está establecida por ordenanza del Tribunal de Cuentas, que ha impuesto a las administraciones remitir los acuerdos de modificación, las renegociaciones, etcétera. Parece positivo que se explicita en una ley y no ya en una ordenanza del Tribunal de Cuentas³³.

2.- La Comisión Técnica.

A tales efectos (Art. 8)³⁴, se dispone que por cada Proyecto, la Administración Pública contratante designará una Comisión Técnica que asesorará en todas las etapas del procedimiento de contratación. La Comisión Técnica estará integrada por un mínimo de tres y un máximo de cinco miembros, debiendo ser dos de ellos, por lo menos, funcionarios de la Administración Pública contratante y otro, que podrá pertenecer o no a la misma. Todos sus miembros deberán tener idoneidad en los diferentes aspectos que componen la materia de contratación.

Todos los integrantes de las Comisiones Técnicas estarán obligados a presentar declaración jurada de acuerdo a la Ley N° 17.060³⁵.

32 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

33 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

34 En cuanto a la integración de la Comisión Técnica, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 8º tenía la siguiente redacción:

Artículo 8º.- Comisión Técnica. Para cada proyecto la Administración Pública contratante designará una Comisión Técnica que asesorará en todas las etapas del procedimiento de contratación. La Comisión Técnica estará integrada por un mínimo de tres miembros, debiendo ser uno de ellos, por lo menos, funcionario de la Administración Pública contratante y otro, que podrá pertenecer o no a la misma, que posea reconocida idoneidad técnica en la materia objeto de contratación.

35 Los Arts. 10 y 11 de la Ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 (Normas referidas al Uso Indebido del Poder Público –Corrupción-) establecen la obligación de presentar una Declaración jurada de bienes e ingresos a cualquier título ante la Junta de Transparencia y Ética Pública (J.U.T.E.P.), www.jutep.gub.uy.

3.- La Corporación Nacional para el Desarrollo (CND): competencias, estructuración e implementación de proyectos de Participación Público-Privada.

a) Nuevos cometidos.

En cuanto a la Corporación Nacional para el Desarrollo, persona jurídica de derecho público no estatal, vamos a hacer referencia a los nuevos cometidos específicos que tendrá en materia de Participación Público-Privada, los cuales están establecidos en el Art. 9.

Sin perjuicio de los cometidos atribuidos por la Ley N° 15.785, de 4 de diciembre de 1985 y demás normas concordantes y modificativas, la Corporación Nacional para el Desarrollo CND tendrá los cometidos que se indican a continuación:

- a) Desarrollar y fomentar la ejecución de proyectos de Participación Público-Privada mediante la aplicación de los mejores criterios técnicos y el apego a los principios y orientaciones contenidos en la presente ley.
- b) Elaborar y difundir, previa aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, los lineamientos técnicos aplicables a proyectos de Participación Público-Privada a través de la elaboración de guías de mejores prácticas recomendadas, uniformización de procedimientos y elaboración de manuales, modelos e instrumentos que contribuyan al diseño, ejecución de los referidos proyectos de forma más eficiente³⁶.
- c) Asesorar en la identificación, concepción, diseño, estudio, estructuración, promoción, selección y contratación de los proyectos de Participación Público-Privada, en los términos y condiciones que se acuerden mediante convenio con las Administraciones Públicas contratantes.
- d) Contribuir al fortalecimiento de capacidades de las Administraciones Públicas contratantes en el diseño e implementación de proyectos de Participación Público-Privada.
- e) Asesorar al Poder Ejecutivo a identificar y priorizar proyectos susceptibles de ser ejecutados mediante el sistema de Participación Público-Privada.
- f) Facilitar a las Administraciones Públicas contratantes la coordinación interinstitucional de sus actividades relacionadas con proyectos de Participación Público-Privada.
- g) Crear o adquirir sociedades comerciales de cualquier naturaleza así como instrumentos financieros, cuando ello se entienda necesario para el mejor desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada.

b) Estructuración e implementación de proyectos.

Para la estructuración de proyectos de Participación Público-Privada, la Administración Pública contratante podrá contratar en forma directa a la Corporación Nacional para el Desarrollo.

Asimismo, podrá contratar para ello a empresas de reconocida idoneidad en la materia.

La selección y contratación de dichas empresas deberá realizarse a través del régimen general de contratación administrativa, no siendo aplicable para ello los mecanismos de contratación establecidos en la presente ley (Art. 10).

Previo autorización debidamente fundada del Poder Ejecutivo (Art. 11), la Administración Pública contratante podrá acordar directamente con la CND que ésta asuma la implementación de un proyecto de Participación Público-Privada en forma integral, con el fin de viabilizar su concreción y, posteriormente, transferir el mismo al sector privado a través de los procedimientos de contratación previstos en la presente ley.

Esta modalidad de implementación podrá aplicarse únicamente en aquellos proyectos que no superen el monto de inversión estimada a ser establecido por la reglamentación. Asimismo, la reglamentación establecerá el plazo máximo dentro del cual la CND deberá transferir el proyecto al sector privado.

A estos efectos, la CND podrá ejecutar el proyecto directa o indirectamente, mediante la celebración de contratos o acuerdos comerciales de cualquier naturaleza, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la presente ley.

36 En cuanto a las Competencias de la Corporación Nacional para el Desarrollo (C.N.D.), cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el literal b del Art. 9° tenía la siguiente redacción:

b) Elaborar y difundir lineamientos técnicos aplicables a proyectos de Participación Público-Privada a través de la elaboración de guías de mejores prácticas recomendadas, uniformización de procedimientos y elaboración de manuales, modelos e instrumentos que contribuyan al diseño, ejecución de los referidos proyectos de forma más eficiente.

4.- La Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada (M.E.F.).

Créase la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada, la que funcionará en la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas. Le compete a esta Unidad realizar el seguimiento de los aspectos económicos-financieros de los proyectos que se desarrollen al amparo de la presente ley, así como verificar el cumplimiento de los aspectos presupuestarios vinculados a los mismos, evaluar los riesgos asociados y realizar los análisis y registros que se cometen al Ministerio de Economía y Finanzas en la presente ley (Art. 13)³⁷.

Sobre el punto se ha señalado que³⁸ “En la órbita” es una expresión que el legislador se ha acostumbrado a usar cuando no sabe qué quiere decir, y resulta que quienes interpretamos las leyes tampoco lo sabemos. Jurídicamente, expresar que un órgano está en la órbita de alguna entidad no quiere decir nada; fue una expresión que se usó y que se sigue usando para las unidades reguladoras, si mal no recuerdo. Aquí, debería decirse que funcionará en el Ministerio de Economía y Finanzas o, si se quiere ser más preciso, debería decirse que será un órgano desconcentrado del Ministerio, porque eso sí tiene un significado jurídico bien preciso. Significa que se trata de un órgano que está sometido a jerarquía y que ejerce sus potestades propias. También señalo que se crea esa Unidad, pero no se crean cargos. De modo que si la solución legislativa se mantiene así, dicha Unidad deberá integrarse con funcionarios del Ministerio. La Cartera luego la conformaría, determinando su personal y sus autoridades.

5.- El Registro de Proyectos de Participación Público-Privada.

Créase el Registro de Proyectos de Participación Público-Privada cuya organización se comete al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el que incluirá los contratos suscritos para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada y sus modificaciones, los llamados a interesados para la adjudicación de proyectos de Participación Público-Privada, las iniciativas privadas presentadas para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada, respetando los derechos de confidencialidad que correspondan al titular de la misma, y los informes de auditoría de proyectos de Participación Público-Privada.

La reglamentación establecerá el contenido y las formalidades bajo las cuales corresponderá la constitución y administración del Registro, así como la actualización de la información contenida en el mismo, entre otros aspectos.

Un resumen de los contenidos de este Registro deberá informarse anualmente a la Asamblea General, en cada instancia presupuestal o rendición de cuentas.

6.- La Oficina de Planeamiento y Presupuesto (O.P.P).

La Oficina de Planeamiento y Presupuesto es competente en materia de la evaluación de los estudios previos y de las bases de contratación al disponer que los estudios de evaluación previa y las bases de contratación serán presentados ante la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas para su consideración e informe, el que se procesará según los plazos y condiciones que establezca la reglamentación. Ambos organismos, actuando en forma coordinada, evaluarán dichos estudios y bases de contratación, tomando en consideración el impacto social y económico del proyecto, los aspectos presupuestarios, la viabilidad económica-financiera y los beneficios de adoptar esta modalidad de contratación.

7.- El Tribunal de Cuentas de la República.

El Tribunal de Cuentas tiene competencias en lo relativo a la adjudicación de las ofertas al disponer el Art. 23 que “...el proceso continuará con la intervención del Tribunal de Cuentas, el que dispondrá de 30 días corridos

³⁷ En cuanto a Unidad de Proyectos, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 13° tenía la siguiente redacción:

Artículo 13.- Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada. Créase la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada, la que funcionará en la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas con el fin de realizar el seguimiento permanente de los proyectos que se desarrollen al amparo de la presente ley, verificar el cumplimiento de los aspectos presupuestarios asociados a los mismos, y realizar los análisis y registros que se cometen al Ministerio de Economía y Finanzas en la presente ley.

El Poder Ejecutivo establecerá su forma de integración y los cometidos específicos.

³⁸ Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

para su pronunciamiento, contados desde la notificación mencionada en el inciso anterior. Vencido este plazo sin que el Tribunal de Cuentas se expida, se considerará que existe un pronunciamiento favorable del Tribunal por lo que el proceso continuará de acuerdo a lo establecido por los incisos siguientes... ”.

Asimismo y en este punto debe destacarse que al tenor de lo dispuesto en el Art. 48, el Tribunal de Cuentas deberá intervenir en oportunidad en que se modifiquen los contratos. Debe recordarse que hasta ahora, la intervención del Tribunal de Cuentas en la modificación de los contratos está establecida por ordenanza del Tribunal de Cuentas, mientras que a partir de la aprobación de la presente Ley, su intervención tendrá fuente legal.

Sobre el punto, el Art. 48 dispone que “la Administración Pública contratante, *previo informe* de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y del Ministerio de Economía y Finanzas e intervención del Tribunal de Cuentas, podrá modificar las características de las obras y los servicios contratados con el objeto de incrementar los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos en las bases de contratación o por otras razones de interés público debidamente fundadas, no pudiendo afectarse con ello las condiciones esenciales del contrato. Como consecuencia de ello, cuando corresponda, deberá compensar económicamente al contratista por los costos adicionales netos en que éste incurriere por tal concepto...”

8.- La Contaduría General de la Nación.

La Ley también establece nuevas atribuciones para la Contaduría General de la Nación (C.G.N.) en materia de contratos de Participación Público-Privada.

Al tenor del Art. 61, la Contaduría General de la Nación (C.G.N.) deberá llevar en forma identificable el registro de pasivos firmes y contingentes correspondientes a contratos de Participación Público-Privada e informar en cada instancia presupuestal y en cada rendición de cuentas, el monto estimado de los mismos en forma separada de la Deuda Pública, como asimismo la inversión ejecutada por ejercicio fiscal y por inciso del presupuesto.

Asimismo se dispone que siempre que la Administración Pública contratante sea un Inciso del Presupuesto Nacional, se incluirán los pagos dentro del presupuesto de inversiones del inciso 24 “Diversos Créditos” y se deducirá el equivalente del crédito de Inversiones del Inciso contratante.

9.- Los Contratos de Participación Público-Privada Institucional.

El Art. 12³⁹ regula los contratos de Participación Público-Privada Institucional al disponer que “En el marco de los cometidos establecidos en el artículo 11 de la ley 15785 del 4 de diciembre de 1985 en la redacción dada por el artículo 34 de la ley 18602 del 21 de setiembre de 2009, la Administración Contratante podrá celebrar directamente contratos de Participación Público – Privada con la Corporación Nacional para el Desarrollo de acuerdo a los procedimientos definidos en los artículos 15, 16, 17 y 18 de la presente ley. En caso de que la Corporación Nacional para el Desarrollo ceda en forma total el contrato referido deberá hacerlo por alguno de los procedimientos definidos en los artículos 19 y 20 de la presente ley”.

Es interesante recordar en este punto la discusión suscitada respecto de la redacción anterior de este artículo en cuanto preveía que “la Administración Pública contratante podrá celebrar directamente contratos de Participación Público-Privada con otras entidades públicas, con personas públicas no estatales [...]”.

Al respecto se sostuvo con acierto que⁴⁰ las personas públicas no estatales son entidades públicas, por lo que la redacción es redundante. Para que no lo fuera, el artículo se tendría que referir a entidades públicas estatales, personas públicas no estatales o, de lo contrario, a entidades públicas estatales o no estatales. Al referir a entidades públicas, están incluidas las personas públicas no estatales, que por eso son personas públicas... Si el Estado contrata con el Estado, no necesita contratos de participación público-privado; lo

39 En cuanto a los contratos de Participación Público-Privada Institucional, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 12° tenía la siguiente redacción:

Artículo 12.- Contratos de Participación Público-Privada Institucional. La Administración Pública contratante podrá celebrar directamente contratos de Participación Público-Privada con otras entidades públicas, con personas públicas no estatales o con personas jurídicas de derecho privado cuyo capital mayoritario esté constituido por participaciones, cuotas sociales o acciones propiedad de entidades públicas o de personas públicas no estatales.

40 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

puede hacer desde hoy, y los riesgos siempre son estatales; estarán en un organismo o en otro, pero siempre son fondos públicos...

La esencia de este tipo de contratos, al decir de CAJARVILLE, para que dé resultado, consiste en que el riesgo se asuma por la parte que es más hábil para ello, ya sea por su actividad, su estructura, su naturaleza jurídica o por la razón que sea; esta es la sustancia de este tipo de contratos... Por eso digo que es concebible que este régimen jurídico, que la ley llama Participación Público-Privada, pueda aplicarse, aunque sean dos entidades estatales las que actúen. La dificultad, en ese caso, sería de denominación del contrato. De repente, aquí se pretende distinguir agregando el calificativo "Institucional". En definitiva, es una cuestión de denominación si cuando son dos entidades estatales le debemos llamar público-privado o contrato de participación institucional de riesgo, etcétera... De todos modos, esta objeción no es aplicable a todos los casos que aquí se aluden, porque las personas públicas no estatales son entidades distintas y tienen su propio patrimonio; lo mismo puede suceder con esas otras personas de capital mayoritario estatal pero sometidas al régimen de Derecho Privado.

IV. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PARA INICIATIVAS PÚBLICAS.

1.- El Inicio del Proceso y la evaluación previa: "valor por dinero" como herramienta para la toma de decisiones.

A título introductorio, debe precisarse que la Ley consagra la pluralidad de procedimientos a los efectos de la implementación de la participación público-privada. En este capítulo haremos referencia a la regulación del procedimiento de contratación para iniciativas públicas.

El proceso tendiente a la suscripción de un contrato para el desarrollo de un proyecto de Participación Público-Privada, podrá iniciarse de oficio mediante una iniciativa pública, o bien, originarse en una iniciativa privada presentada por un proponente, esto es, cuando sea un particular el que proponga un PPP ante la administración de que se trate, en cuyo caso, se seguirá el mecanismo dispuesto en el Capítulo VII de esta ley.

En ambos casos, dichos actos deberán ser presentados a efectos de su registro ante el Registro de Proyectos a que refiere el artículo 14 de la presente ley. **(Art. 15).**

Con carácter previo a la iniciación del procedimiento de contratación, la Administración Pública contratante deberá contar con un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto la viabilidad y la conveniencia del proyecto en cuestión.

Dependiendo de las características de cada proyecto, la evaluación previa podrá separarse en estudios de prefactibilidad, estudios de factibilidad y estudios de impacto.

El documento de evaluación deberá incluir, entre otros aspectos, un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos técnicos, jurídicos, económicos y financieros, la adopción de esta fórmula de contratación. En particular, se deberá mostrar que el modelo de contratación propuesto es el que permite al Estado obtener el mayor "Valor por Dinero".

La reglamentación establecerá el alcance, forma y contenido de dicha evaluación previa, incluyendo, entre otras, las áreas técnica, comercial, financiera, jurídica, ambiental y de impacto económico y social. **(Art. 16)⁴¹.**

41 En cuanto a la Evaluación Previa, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 16° tenía la siguiente redacción:

Artículo 16.- Evaluación previa. Con carácter previo a la iniciación del procedimiento de contratación, la Administración Pública contratante deberá contar con un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto la viabilidad y la conveniencia del proyecto en cuestión.

Dependiendo de las características de cada proyecto, la evaluación previa podrá separarse en estudios de prefactibilidad, estudios de factibilidad y estudios de impacto.

La reglamentación establecerá el alcance, forma y contenido de dicha evaluación previa, incluyendo, entre otras, las áreas técnica, comercial, financiera, jurídica y de impacto económico y social.

Uno de los elementos que ha demostrado ser crucial en la toma de decisiones a la hora de aplicar PPP o decantarse por un modelo de provisión de infraestructura convencional, es la valoración de las ganancias sociales que la aplicación de las PPP tiene frente a los mecanismos convencionales.

El procedimiento empleado con mayor frecuencia es el que se denomina *value for money*, que puede ser traducido al español como “valor del dinero”. En otras palabras, lo que se pretende es valorar que el dinero público se emplea del modo más eficiente posible para la sociedad, con independencia de que las labores de construcción y explotación sean llevadas a cabo por el sector público o por el sector privado.

El procedimiento de *value for money* fue desarrollado en primer lugar en Reino Unido, dentro del contexto de la política del *Private Finance Initiative* (PFI) que este país lleva desarrollando en los últimos años.

Generalmente, el análisis de *value for money* dispone de dos componentes: uno cuantitativo y uno cualitativo. El componente cuantitativo incluye todos los factores que pueden ser evaluados en términos monetarios, y su análisis se basa en comparar la licitación mediante PPP con otro escenario que recibe el nombre de *Public Sector Comparator* (PSC). El PSC es un escenario hipotético usado en la valoración para determinar qué costaría desarrollar el proyecto, si el gobierno quisiera llevarlo a cabo siguiendo el modo convencional de licitación.

El análisis cualitativo tiene en cuenta aquellos aspectos del proyecto que son difícilmente cuantificables y, además, pone su atención en otros aspectos como son las características del mercado y la competitividad para la licitación correspondiente, también se fija en los recursos y capacidades del sector privado y del sector público.

Cuando se lleva a cabo el análisis del *value for money* de un proyecto, uno de los aspectos de mayor importancia es llevar a cabo una adecuada definición del PSC que se estima, calculando el valor presente neto de los costos para la agencia pública a lo largo de la vida del proyecto, en caso de que el proyecto se licite mediante el procedimiento convencional.

Ese mismo análisis de descuento de flujos de caja para calcular el valor presente neto se lleva a cabo también para el escenario del proyecto desarrollado mediante una PPP⁴².

2.- El contenido del Contrato de Participación Público-Privada.

El Art. 17 enuncia el contenido mínimo que debe contener los contratos de Participación Público-Privada al disponer que deberán incluir necesariamente, y sin perjuicio de las demás estipulaciones necesarias o que acuerden las partes, los siguientes aspectos:

- a) Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto.
- b) Condiciones de reparto de riesgos entre el contratante y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costos de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones, entre otros⁴³.
- c) Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de los servicios, obras y suministros y las condiciones en que deberán ser puestos a disposición de la Administración Pública contratante.
- d) Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costos de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos.
- e) Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato y criterios aplicables respecto del mantenimiento del equilibrio de la ecuación económica financiera del contrato si correspondiere.
- f) Fórmulas de pago y, particularmente, condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el monto de los pagos pendientes de satisfacer por el contratante y los importes que el

42 VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 113.

43 En cuanto al contenido del contrato, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el literal b) del Art. 17° tenía la siguiente redacción:

b) Condiciones de reparto de riesgos entre el contratante y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costos de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

contratista debe abonar a éste como consecuencia de penalidades o sanciones, pueden ser objeto de compensación.

- g) Sistema de control por parte de la Administración Pública contratante aplicable a la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se autorice a realizar cesiones o subcontratos. Los costos del funcionamiento de este sistema deberán estar previstos dentro de la estructura general de costos del proyecto.
- h) Sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato.
- i) Condiciones en que puede procederse por acuerdo o por decisión unilateral de la Administración Pública contratante, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, conforme a lo establecido en la presente ley.
- j) Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo.
- k) Garantías que el contratista deberá afectar al cumplimiento de sus obligaciones.
- l) Mecanismos aplicables a la liquidación del propio contrato, incluyendo disposiciones sobre las compensaciones a que pudiera dar lugar la misma.
- m) Referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales.
- n) Otras obligaciones del contratista como ser la presentación de sus estados contables auditados, dentro de un plazo de seis meses contados a partir del cierre de cada ejercicio fiscal⁴⁴.

3.- Llamado público a interesados: estudios de evaluación previa y bases de contratación.

Los estudios de evaluación previa y las bases de contratación a que refieren los artículos precedentes serán presentados ante la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas para su consideración e informe, el que se procesará según los plazos y condiciones que establezca la reglamentación.

Ambos organismos, actuando en forma coordinada, evaluarán dichos estudios y bases de contratación, tomando en consideración el impacto social y económico del proyecto, los aspectos presupuestarios, la viabilidad económica-financiera y los beneficios de adoptar esta modalidad de contratación.

Asimismo se determinará, en esta instancia o, en su defecto, al definirse las condiciones definitivas de contratación, las características de distribución de riesgos entre la Administración contratante y el contratista.

Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, deberán realizar la presentación a través del Ministerio correspondiente.

En el caso de los organismos comprendidos en el Art. 221° de la Constitución de la República, previo a la realización del llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 de esta ley, deberán enviar copia de las bases de contratación correspondiente al Poder Ejecutivo, para que éste informe a la Asamblea General.

Los Gobiernos Departamentales que opten por la celebración de contratos de Participación Público-Privada, deberán ajustarse al procedimiento regulado en esta Ley. Su correspondiente presentación deberá realizarse a través de la Comisión Sectorial de Descentralización. (Art. 18)⁴⁵.

⁴⁴ En cuanto al contenido del contrato, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el literal n) no estaba incluido.

⁴⁵ En cuanto a los estudios previos y bases de contratación, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 18° tenía la siguiente redacción:

Artículo 18.- Aprobación de los estudios previos y bases de contratación. Los estudios de evaluación previa y las bases de contratación a que refieren los artículos precedentes serán presentados ante la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas para su pronunciamiento, el que se procesará según los plazos y condiciones que establezca la reglamentación.

- a) La Oficina de Planeamiento y Presupuesto se pronunciará sobre el impacto social y económico del proyecto.
- b) El Ministerio de Economía y Finanzas se pronunciará sobre los aspectos presupuestarios asociados al proyecto, su viabilidad desde el punto de vista económico financiero así como sobre los beneficios derivados de adoptar esta forma de contratación. Asimismo determinará, en esta instancia o, en su defecto, al definirse las

Al respecto se sostiene que⁴⁶ en este artículo se prevé lo que el texto llama reiteradamente “pronunciamiento” sin que se especifique cuál es, en este caso, pronunciamiento de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas. En el título del artículo, que también llamamos “nomen iuris”, dice: “Aprobación de los estudios previos y bases de contratación”. En los dos literales del artículo se habla de pronunciamientos de distintas valoraciones sobre el eventual contrato que deben realizar la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas. De cualquier manera, y a pesar de que en el título se habla de aprobación, no resulta claro cuál es el contenido del pronunciamiento de estos organismos.

Agrega CAJARVILLE que la aprobación podría referirse simplemente a la corrección de esos estudios previos y las evaluaciones contenidas en ellos. La Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas podrían decir: “Muy bien, estos estudios previos son adecuados, correctos, compartibles”. Pero la aprobación también podría referirse al impacto social y económico previsto, a la viabilidad económica financiera, a la oportunidad y conveniencia del proyecto. O sea que lo que se estaría aprobando, si así se entendiera esta disposición, sería la celebración misma del contrato. Lo que estarían aprobando la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas sería la celebración del contrato. Si así fuera, esa potestad de veto que significaría la necesidad de aprobación de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto para que cualquier entidad estatal pudiera celebrar un contrato de este tipo, en mi opinión, es absolutamente inconstitucional. La Oficina de Planeamiento y Presupuesto, en la concepción constitucional, es un órgano de asesoramiento en las materias a que se refiere su título, es decir, asesoramiento al Poder Ejecutivo en materia de planeamiento y en materia de presupuesto. No es un órgano que ejerza administración activa en la concepción constitucional. La Oficina de Planeamiento y Presupuesto ha sufrido o ha querido una deformación legislativa que le ha cometido potestades de administración activa absolutamente inadecuadas a la Constitución.

Una vez obtenido el informe a que se refiere el artículo 18, la Administración Pública contratante podrá realizar el llamado público, estableciendo el procedimiento competitivo a emplear así como los términos y condiciones aplicables al mismo, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

La Administración Pública podrá emplear cualquier método competitivo, incluyendo la licitación, subasta, o cualquier otro que no fuere contrario a los principios generales que establezca la reglamentación. (Art. 19)⁴⁷.

Es destacable de este artículo que se refiere a cualquier método competitivo. Es decir que la tramitación del procedimiento para la adjudicación no está acotada, necesariamente, a una licitación pública, sino que puede hacerse a través de cualquier otro procedimiento que asegure la competencia y la igualdad de tratos entre quienes compiten⁴⁸.

El primer problema que genera la selección de la parte privada es el conocido como riesgo del “*winner's curse*” (“maldición del ganador”), según el cual la presión por obtener la concesión puede llevar a las empresas a ser demasiado optimistas en la licitación, lo que en un futuro puede generar problemas financieros y presión sobre la Administración Pública para renegociar. Este efecto suele agravarse por el comportamiento oportunista de los licitadores cuando conocen que la Administración Pública es proclive a renegociar los contratos

condiciones definitivas de contratación, si se transfiere al contratante la mayor parte del riesgo de construcción o disponibilidad y calidad del servicio o de la demanda

Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, deberán realizar la presentación a través del Ministerio correspondiente.

La continuación del procedimiento de contratación sólo podrá realizarse una vez obtenidos los pronunciamientos de los referidos organismos:

46 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

47 En cuanto al Llamado Público a Interesados, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 19° tenía la siguiente redacción:

Artículo 19.- Llamado público a interesados. Una vez realizados los pronunciamientos previamente indicados, la Administración Pública contratante podrá realizar el llamado público, estableciendo el procedimiento competitivo a emplear así como los términos y condiciones aplicables al mismo, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

La Administración Pública podrá emplear cualquier método competitivo, incluyendo el diálogo competitivo, la licitación, subasta, o cualquier otro que no fuere contrario a los principios generales admitidos en la normativa vigente.

48 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

de concesión. En este sentido, es preciso evitar modelos concesionales donde la variable económica tenga un peso desproporcionado. Esta variable debe aparecer equilibrada frente a criterios técnicos y de calidad⁴⁹.

4.- El Procedimiento de Diálogo Competitivo.

La Administración Pública podrá aplicar un procedimiento de diálogo competitivo con aquel o aquellos postulantes que, habiéndose presentado al llamado público, cumplan con los requisitos de solvencia técnica y económica establecidos en el mismo.

En el transcurso de este procedimiento podrán debatirse todos los aspectos del contrato, a efectos de contribuir a la definición del pliego de condiciones particulares.

Durante el procedimiento, se dará un trato igualitario a todos los participantes y, en particular, no se les facilitará de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados participantes con respecto al resto. No se podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin su previo consentimiento.-

El procedimiento de diálogo competitivo proseguirá hasta que sea posible determinar, después de compararlas, si ello fuera necesario, las soluciones que resulten adecuadas al objeto del llamado.-

Tras declararse cerrado el diálogo competitivo y notificarse a todos los participantes, se convocará a la presentación de ofertas de acuerdo a lo que establezca el pliego de condiciones particulares.

En todos los casos en que se aplique el procedimiento del diálogo competitivo deberá especificarse previamente, en oportunidad de realizarse el llamado público a que refiere el artículo 19, si una vez concluido el diálogo, solo podrán presentar ofertas quien o quienes hayan participado en el diálogo, o si la presentación de ofertas será abierta a cualquier interesado. En el caso en que un único postulante hubiere participado en el procedimiento de diálogo competitivo, la presentación de ofertas deberá ser abierta a cualquier interesado.

La Administración Pública podrá establecer preferencias o compensaciones para aquel o aquellos postulantes participantes. (Art. 20)⁵⁰.

49 TENA-CENTENO, Antonio; VASALLO MAGRO, José Manuel; *Inversión en infraestructuras: Cuando lo público y lo privado se dan la mano*, Revista Globalización, Competitividad y Gobernabilidad, N° 2, Vol. 4; 2010, p. 98.

50 En cuanto al Procedimiento de Diálogo Competitivo, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 20° tenía la siguiente redacción:

ARTICULO 20°.- Procedimiento de Diálogo Competitivo. La Administración Pública podrá aplicar un procedimiento de diálogo competitivo con el o los postulantes que, habiéndose presentado al llamado público y cumplido los requisitos de solvencia técnica y económica establecidos en el mismo, hayan sido seleccionados.

En el transcurso de este procedimiento podrán debatirse todos los aspectos del contrato con el o los candidatos seleccionados, a efectos de contribuir a la definición del pliego de condiciones particulares.

Durante el procedimiento, se dará un trato igualitario a todos los participantes y, en particular, no se les facilitará de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados participantes con respecto al resto. No se podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin su previo consentimiento.

El número de soluciones que se examinen en la etapa final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados. Párrafo eliminado

El procedimiento de diálogo competitivo proseguirá hasta que sea posible determinar, después de compararlas, si ello fuera necesario, las soluciones que resulten adecuadas al objeto del llamado.

Tras declararse cerrado el diálogo competitivo y notificarse a todos los participantes, la Comisión Técnica, o la CND en su caso, definirá el pliego de condiciones particulares aplicable y convocará a la presentación de ofertas, basadas en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la etapa del diálogo competitivo, indicando la fecha, hora y lugar de su presentación.

Cuando se aplique el procedimiento del diálogo competitivo deberá especificarse previamente, en oportunidad de realizarse el llamado público a que refiere el artículo 19, si una vez concluido el diálogo, solo podrán presentar ofertas quien o quienes hayan participado en el diálogo y resulten seleccionados durante el mismo, o si la presentación de ofertas será abierta a todos los interesados.

El proyecto de ley de nuestro país establece este procedimiento del diálogo competitivo de un modo sumamente amplio. También aquí quiero hacer referencia a la ley española, que es la que inventa el nombre del “diálogo competitivo”, y en los artículos 163 y siguientes lo regula de modo explícito, con la particularidad de que establece que el diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto la licitación o el restringido lo que nosotros llamamos la licitación abreviada no permita una adecuada adjudicación del contrato. Es decir que es un procedimiento para contratos particularmente complejos.

En la práctica, muchas veces hemos visto que esto dilata enormemente el llamado a una licitación porque, previamente, hay que tener claro con quién puedo hacer ese pliego de manera que satisfaga adecuadamente los requerimientos. El diálogo competitivo es, precisamente, un procedimiento que apunta a superar esta dificultad. Cuando tengo que llevar adelante un contrato tecnológico y no sé cómo hacerlo, mediante el diálogo competitivo llamo a todas las empresas del sector y materializo lo que podríamos llamar “una lluvia de ideas” que luego me permite confeccionar el pliego. De manera que el diálogo competitivo no es un procedimiento útil para cualquier cosa. Por eso creo que puede ser una útil recomendación tener en cuenta el origen y el uso que el diálogo competitivo ha tenido en otros Derechos para contratos de especial complejidad y no para cualquier contrato, es decir, puede ser un instrumento bueno que devenga malo si se trata de un suministro normal o de una obra de infraestructura normal⁵¹.

5.- La presentación de ofertas: elementos requeridos y necesarios; examen; adjudicación y formalización del contrato.

En cuanto a la presentación de ofertas, se establece que deberán incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto. La reglamentación establecerá las condiciones para dicha presentación, la documentación exigida, las formas para la apertura de las ofertas, la posibilidad de formular aclaraciones, rectificaciones o salvedades y las actas que deberán labrarse. (Art. 21).

En materia de examen de ofertas, los criterios de evaluación de las ofertas deberán ser estipulados en el pliego correspondiente, de acuerdo a las condiciones que establezca la reglamentación.

Los mismos podrán incluir diversos elementos vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el costo de utilización, las condiciones financieras de las prestaciones económicas, la satisfacción de necesidades sociales, la rentabilidad, el valor e idoneidad técnica de la propuesta, la solvencia técnica y económica del proponente, las garantías, las características estéticas o funcionales, así como cualquier otro elemento relevante para la contratación.

En ningún caso podrá considerarse como más conveniente la oferta que fundadamente se estime que no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores desproporcionados. (Art. 22).

La adjudicación de ofertas está regulada por el Art. 23⁵² del Proyecto, al dispone que la Comisión Técnica, clasificará en orden decreciente las ofertas presentadas atendiendo a los distintos criterios valorados.-

La Administración Pública podrá establecer preferencias o compensaciones para el o los participantes en el diálogo competitivo, dando cuenta de las mismas en el llamado público.

51 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

52 En cuanto a la adjudicación de ofertas, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 23° tenía la siguiente redacción:

Artículo 23.- Adjudicación de ofertas. La Comisión Técnica, o en su caso la CND o la empresa asesora contratada, clasificará en orden decreciente las ofertas presentadas atendiendo a los distintos criterios valorados.

Previa conformidad de la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada la Administración Pública contratante, a través de su ordenador de gasto competente, dispondrá la adjudicación provisional mediante resolución fundada que deberá notificarse a todos los oferentes y fijará los términos definitivos del contrato.

La adjudicación definitiva, previa intervención del Tribunal de Cuentas, no podrá realizarse antes de que transcurran 30 días hábiles contados desde la notificación de la adjudicación provisional.

Durante este plazo, el adjudicatario deberá proporcionar toda la documentación cuya presentación se hubiera diferido para esta etapa, así como constituir la garantía de cumplimiento de contrato cuando corresponda.

La adjudicación definitiva será comunicada a todos los oferentes, según lo establezca la reglamentación e inscrita en el Registro de Proyectos establecido en el artículo 14 de la presente ley.

Cuando no proceda la adjudicación definitiva del contrato al oferente que hubiese resultado adjudicatario provisional, por no cumplir éste las condiciones necesarias para ello, la Administración Pública contratante podrá efectuar una nueva

Previo informe de la Unidad de Proyectos de Participación Público Privada, la Administración Pública contratante, a través de su ordenador de gasto competente, dispondrá la adjudicación provisional mediante resolución fundada que deberá notificarse a todos los oferentes y fijará los términos definitivos del contrato.-

El proceso continuará con la intervención del Tribunal de Cuentas, el que dispondrá de 30 días corridos para su pronunciamiento, contados desde la notificación mencionada en el inciso anterior. Vencido este plazo sin que el Tribunal de Cuentas se expida, se considerará que existe un pronunciamiento favorable del Tribunal por lo que el proceso continuará de acuerdo a lo establecido por los incisos siguientes.

La adjudicación definitiva no podrá realizarse antes de que transcurran 30 días hábiles contados desde la notificación de la adjudicación provisional.

Previo a la adjudicación definitiva, el adjudicatario deberá proporcionar toda la documentación cuya presentación se hubiera diferido para esta etapa, así como constituir la garantía de cumplimiento de contrato cuando corresponda.

La adjudicación definitiva será comunicada a todos los oferentes, según lo establezca la reglamentación e inscrita en el Registro de Proyectos establecido en el artículo 14 de la presente ley.-

Cuando no proceda la adjudicación definitiva del contrato al oferente que hubiese resultado adjudicatario provisional, por no cumplir éste las condiciones necesarias para ello, la Administración Pública contratante podrá efectuar una nueva adjudicación provisional al oferente u oferentes siguientes a aquél, por el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas, siempre que ello fuese posible y que el nuevo adjudicatario preste su conformidad. La nueva adjudicación provisional requerirá de previo informe de la Unidad de Proyectos de Participación Público Privada.-

En cualquier caso, la Administración Pública contratante podrá rechazar la totalidad de las ofertas sin responsabilidad alguna, no reconociéndose pagos o reintegros por concepto de gastos de los oferentes.

Respecto de la formalización del contrato regulada por el Art. 24⁵³, se dispone que deberá formalizarse por escrito, dentro de un plazo no inferior a 10 días hábiles ni superior a 30 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la última notificación del acto de adjudicación definitiva, siempre que no se hubieran interpuesto recursos contra dicho acto.

En caso que se hubieran interpuesto recursos administrativos contra el acto de adjudicación definitiva, el contrato deberá formalizarse por escrito en el plazo de 30 días hábiles contados a partir de que el acto quede firme, o del levantamiento del efecto suspensivo del recurso, en su caso.

Cuando por causas imputables al contratista no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración Pública contratante podrá disponer la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía de mantenimiento de la oferta que, en su caso, se hubiese constituido.

Sobre el punto se ha señalado que⁵⁴ es necesario aclarar el concepto de acto firme porque en doctrina se denomina así al acto que no es impugnabile en vía administrativa ni en vía jurisdiccional. Esa es la definición

adjudicación provisional al oferente u oferentes siguientes a aquél, por el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas, siempre que ello fuese posible y que el nuevo adjudicatario preste su conformidad. La nueva adjudicación provisional requerirá de la previa conformidad de la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada.

En cualquier caso, la Administración Pública contratante podrá rechazar la totalidad de las ofertas sin responsabilidad alguna, no reconociéndose pagos o reintegros por concepto de gastos de los oferentes.

53 En cuanto a la adjudicación de ofertas, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 24° tenía la siguiente redacción:

Artículo 24.- Formalización del Contrato. El contrato deberá formalizarse por escrito, dentro de un plazo no inferior a 10 días hábiles ni superior a 30 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la última notificación del acto de adjudicación definitiva, siempre que no se hubieran interpuesto recursos contra dicho acto.

En caso que se hubieran interpuesto recursos administrativos contra el acto de adjudicación definitiva, el contrato deberá formalizarse por escrito en el plazo de 30 días hábiles contados a partir de que el acto quede firme, o del levantamiento del efecto suspensivo del recurso, en su caso.

Cuando por causas imputables al contratante no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración Pública contratante podrá disponer la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía de mantenimiento de la oferta que, en su caso, se hubiese constituido.

54 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

doctrinal de acto firme; el acto que ya no puede extinguirse por su ilegitimidad. Habiéndose agotado la vía administrativa, el acto no es firme mientras transcurren los 60 días para promover la acción de nulidad, y si esta se promueve, no es firme en los dos o tres años que dura esta acción; no es firme.

Precisa CAJARVILLE que hay otro concepto de acto firme, que es el del Código Tributario. Este Código define el acto firme diciendo que son los consentidos y los definitivos. Consentidos son los que no han sido recurridos administrativamente y definitivos son los que han sido recurridos administrativamente y se han resuelto o aquellos para los que han transcurrido los plazos de denegatoria ficta. Pero en este concepto de acto firme no hay que esperar el plazo para interponer la acción de nulidad ni que tal acción se falle, después de dos o tres años, para que el acto sea firme. Este es el concepto del Código Tributario que, reitero, no es el doctrinal. O sea que si aquí se quiere usar la expresión “que el acto quede firme”, hay que aclarar qué se quiere decir con “acto que quede firme”. Me parece absurdo que haya que esperar, por ejemplo, la tramitación de la acción de nulidad, que insume dos, tres o cuatro años. Es absurdo que esa sea la solución que se quiere consagrar. Tal vez sea más adecuado decir aquí: “a partir de que el acto sea definitivo”, esto es, que se hayan resuelto los recursos administrativos, si es que se han interpuesto.

6.- Las garantías: mantenimiento de oferta; ampliación; afectación; preferencia; devolución y cancelación.

El Capítulo IV regula las garantías, fundamentalmente, en los artículos 26 y 27. No hay novedad en cuanto a los tipos de garantía, que son de mantenimiento de oferta y de cumplimiento de contrato. Sí hay novedad en la afectación de las garantías constituidas⁵⁵.

La Administración Pública contratante exigirá a los oferentes la constitución de una garantía de mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación provisional del contrato y de una garantía de cumplimiento de contrato, en los términos y condiciones que prevea la reglamentación y los pliegos generales y particulares. (Art. 25)⁵⁶.

La garantía de mantenimiento de oferta será retenida hasta que proceda a la constitución de la garantía de cumplimiento de contrato o se rechace la totalidad de las ofertas. Las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación perderán la garantía constituida, la que quedará a favor de la Administración Pública contratante.

El adjudicatario podrá aplicar el importe de la garantía de mantenimiento de oferta a la garantía de cumplimiento del contrato o proceder a una nueva constitución de esta última.

La adjudicación provisional del contrato podrá dejarse sin efecto si el adjudicatario no cumple con la constitución de la garantía de cumplimiento de contrato, sin perjuicio de la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta previamente constituida a favor de la Administración Pública contratante. (Art. 26)⁵⁷.

En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, éste deberá reponer o ampliar aquella, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.

Cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el

55 Comisión de Hacienda... Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

56 En cuanto a las garantías, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 25□ tenía la siguiente redacción:

Artículo 25.- Garantías. La Administración Pública contratante podrá exigir a los oferentes la constitución de una garantía de mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación provisional del contrato y de una garantía de cumplimiento de contrato, en los términos y condiciones que prevea la reglamentación y los pliegos generales y particulares.

57 En cuanto a la garantía del mantenimiento de oferta, cabe señalar que en Proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas, el Art. 26° tenía la siguiente redacción:

Artículo 26.- Garantía de mantenimiento de oferta. La garantía de mantenimiento de oferta será retenida hasta que proceda a la constitución de la garantía de cumplimiento de contrato si ella fuera requerida o se rechace la totalidad de las ofertas. Las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación perderán la garantía constituida, la que quedará a favor de la Administración Pública contratante.

El adjudicatario podrá aplicar el importe de la garantía de mantenimiento de oferta a la garantía de cumplimiento del contrato o proceder a una nueva constitución de esta última.

La adjudicación provisional del contrato podrá dejarse sin efecto si el adjudicatario no cumple con la constitución de la garantía de cumplimiento de contrato, sin perjuicio de la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta previamente constituida a favor de la Administración Pública contratante.

plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al contratante el acuerdo de modificación. (Art. 27).

La garantía de cumplimiento de contrato responderá de los siguientes conceptos:

- a) De las sanciones impuestas al contratista.
- b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración Pública por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento.
- c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, o de acuerdo con lo que en él, en la reglamentación o en esta ley esté establecido.
- d) De otros incumplimientos referidos a condiciones establecidas expresamente en la reglamentación, el pliego particular o el contrato. (Art. 28).

Para hacer efectiva la garantía, la Administración Pública contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título del que derive su crédito. Cuando la garantía no sea bastante para cubrir las responsabilidades a las que está afectada, la Administración Pública contratante procederá judicialmente al cobro de la diferencia. (Art. 29).

La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista. En el supuesto de recepción parcial sólo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en el pliego. En los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario. (Art. 30).

7.- Aptitud e incompatibilidades para contratar.

a) Aptitud para contratar (Art. 32).

Sólo podrán contratar con la Administración Pública, en el marco de la presente ley, personas físicas o jurídicas nacionales o extranjeras plenamente capaces, que no estén comprendidas en una prohibición de contratar y que acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional en los términos y condiciones exigidos en cada caso.

b) Prohibiciones para contratar con la Administración (Art. 33)⁵⁸

⁵⁸ En cuanto a las prohibiciones para contratar con la Administración, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 33° tenía la siguiente redacción:

Artículo 33.- Prohibiciones para contratar con la Administración. No podrán asumir la condición de oferentes o contratantes, por sí o por interpuesta persona, quienes se encuentren comprendidos en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Carecer de capacidad o de legitimación, o estar afectado por prohibición, interdicción, inhabilitación o impedimentos similares de carácter contractual, legal, judicial, arbitral o de cualquier otra naturaleza para poder contratar con el Estado en general, o con la Administración Pública contratante en particular.
- b) Se haya promovido a su respecto un proceso concursal dentro de los 5 (cinco) años calendario anteriores, contados desde la fecha de la última publicación del llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 de la presente ley.
- c) Hayan actuado como asesores contratados por la Administración Pública contratante, en la implementación del proyecto en el que pretenden participar como potenciales oferentes, siempre que dicha participación pueda suponer un trato privilegiado con respecto al resto de los potenciales oferentes.
- d) Se hubiere decretado a su respecto dentro de los 5 (cinco) años calendario anteriores, contados desde la fecha de la última publicación del llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 de la presente ley, la resolución por incumplimiento de su parte de un contrato celebrado con cualquier Administración Pública.
- e) Ser funcionario público dependiente de la Administración Pública contratante o ser una firma, empresa o entidad con la cual el funcionario esté vinculado por razones de dirección, participación o dependencia.

Las personas comprendidas en las causales precedentes no podrán actuar como miembro de un consorcio oferente o contratante o como subcontratista de éste, directamente o por intermedio de otra entidad controlada, vinculada o que forme parte de un conjunto económico con ella.

Asimismo, las prohibiciones antedichas serán de aplicación a aquellos sujetos o entidades que, por razón de dirección, participación u otras circunstancias, pueda presumirse que son una continuación o que derivan, por transformación, fusión, cesión o sucesión o cualquier otra forma, de aquellas empresas comprendidas en una o más de las causales antes enunciadas.

No podrán asumir la condición de oferentes o contratantes, por sí o por interpuesta persona, quienes se encuentren comprendidos en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Carecer de capacidad o de legitimación, o estar afectado por prohibición, interdicción, inhabilitación o impedimentos similares de carácter contractual, legal, judicial, arbitral o de cualquier otra naturaleza para poder contratar con el Estado en general, o con la Administración Pública contratante en particular.
- b) Hayan actuado como asesores contratados por la Administración Pública contratante, en la implementación del proyecto en el que pretenden participar como potenciales oferentes, siempre que dicha participación pueda suponer un trato privilegiado con respecto al resto de los potenciales oferentes.
- c) Ser funcionario público dependiente de la Administración Pública contratante o ser una firma, empresa o entidad con la cual el funcionario esté vinculado por razones de dirección, participación o dependencia.
- d) Se haya promovido a su respecto un proceso concursal dentro de los 5 (cinco) años calendario anteriores, contados desde la fecha de la última publicación del llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 de la presente ley.
- e) Se hubiere decretado a su respecto dentro de los 5 (cinco) años calendario anteriores, contados desde la fecha de la última publicación del llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 de la presente ley, la resolución por incumplimiento de su parte de un contrato celebrado con cualquier Administración Pública.
- f) Haber sido sancionados por la comisión de infracciones graves ante la violación de normas laborales o ambientales, siempre que dichas resoluciones se encuentren firmes y hubieron sido aplicados dentro de los 24 meses anteriores al llamado público que refiere el artículo 19 de esta ley.

8.- Exposición contable.

Al respecto el Art. 61⁵⁹ regula la exposición contable, al disponer que el tratamiento contable de las obligaciones emergentes de un contrato de Participación Público-Privada dependerá de la existencia de una transferencia significativa de riesgos comerciales en la fase de construcción y operación, esto es cuando los pagos a cargo de la Administración Pública dependan de la disponibilidad y calidad de servicio o de la demanda, conforme al informe realizado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 de la presente ley.

Cuando exista transferencia de riesgo, los pagos al contratista por concepto de inversión realizada deberán incluirse en el presupuesto de inversión correspondiente al ejercicio fiscal en que deba realizarse el mismo.

Siempre que la Administración Pública contratante sea un Inciso del Presupuesto Nacional, se incluirán los pagos dentro del presupuesto de inversiones del inciso 24 "Diversos Créditos" y se deducirá el equivalente del crédito de Inversiones del Inciso contratante.

En aquellos casos en que no exista una transferencia significativa de riesgos comerciales en la fase de construcción y operación, el componente de la inversión será considerado gasto presupuestario dentro de la

⁵⁹ En cuanto a la exposición contable, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 57° tenía la siguiente redacción:

Artículo 57.- Exposición contable. El tratamiento contable de las obligaciones emergentes de un contrato de Participación Público-Privada dependerá de la existencia de una transferencia significativa de riesgos comerciales en la fase de operación, esto es cuando los pagos a cargo de la Administración Pública dependan de la disponibilidad y calidad de servicio o de la demanda, conforme al pronunciamiento dictado por el Ministerio de Economía y Finanzas y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 de la presente ley.

Cuando exista transferencia de riesgo, los pagos al contratista por concepto de inversión realizada deberán incluirse en el presupuesto de inversión correspondiente al ejercicio fiscal en que deba realizarse el mismo.

Siempre que la Administración Pública contratante sea un Inciso del Presupuesto Nacional, se incluirán los pagos dentro del presupuesto de inversiones del inciso 24 "Diversos Créditos" y se deducirá el equivalente del crédito de Inversiones del Inciso contratante.

En aquellos casos en que no exista una transferencia significativa de riesgos comerciales en la fase de operación, el componente de la inversión será considerado gasto presupuestario dentro de la Administración Pública contratante correspondiente en la medida que la inversión se devengue y los pagos diferidos a su cargo serán considerados como un pasivo.

La Contaduría General de la Nación deberá llevar en forma identificable el registro de los eventuales pasivos contingentes correspondientes a contratos de Participación Público-Privada e informar en cada instancia presupuestal el monto estimado de los mismos en forma separada de la Deuda Pública.

Administración Pública contratante correspondiente, en la medida que la inversión se devengue y los pagos diferidos a su cargo serán considerados como un pasivo.

La Contaduría General de la Nación deberá llevar en forma identificable el registro de pasivos firmes y contingentes correspondientes a contratos de Participación Público-Privada e informar en cada instancia presupuestal y en cada rendición de cuentas, el monto estimado de los mismos en forma separada de la Deuda Pública, como asimismo la inversión ejecutada por ejercicio fiscal y por inciso del presupuesto.

Por su parte, el Art. 63 dispone en cuanto al tope de los pasivos firmes o contingentes y de los pagos a los contratistas, que "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61 de la presente ley, a partir de enero de 2011 y hasta tanto no se apruebe una nueva ley, el total de pasivos firmes y contingentes originados por contratos de Participación Público-Privada, calculado a valor presente neto, no podrá exceder el 7% del Producto Interno Bruto del año inmediato anterior. Por su parte, los compromisos anuales con los contratistas privados, originados por contratos de Participación Pública-Privada, no podrán exceder el 5 por mil del Producto Interno Bruto del año inmediato anterior. A los efectos del cumplimiento de dichos topes, la selección de los proyectos se realizará considerando los análisis de valor por dinero y su contribución a los lineamientos estratégicos fijados por el Poder Ejecutivo.

En el caso de los Gobiernos departamentales, podrán comprometerse parte de los fondos aprobados para cada Gobierno Departamental en el marco del presupuesto aprobado según lo establecido en el Artículo 214 de la Constitución.

A los efectos del control del tope establecido, los pasivos firmes o contingentes contraídos en moneda distinta al dólar de los Estados Unidos de América, serán valuados al tipo de cambio interbancario vendedor vigente al cierre del último día hábil del ejercicio precedente para los contraídos con anterioridad a dicha fecha, y al tipo de cambio interbancario vendedor vigente al momento de su contratación si ésta hubiera ocurrido en el mismo ejercicio. Igual criterio se utilizará cuando se trate de Unidades Indexadas, a partir de los arbitrajes definidos por el Banco Central del Uruguay.

La evolución de dichos topes deberá informarse anualmente a la Asamblea General, en cada instancia presupuestal o rendición de cuentas".

Los proyectos de PPP tienen innumerables ventajas. No obstante, existe el peligro de que las administraciones públicas empleen la participación público-privada, no tanto como un medio para incrementar la eficiencia y calidad del sistema, sino como un mecanismo para sacar adelante inversiones cuya justificación no queda clara desde un punto de vista social.

Aquí se presenta el caso de la aplicación indiscriminada del peaje sombra y el caso de la creación de sociedades instrumentales, cuyo único objeto es disfrazar el verdadero costo que tiene una infraestructura para la sociedad.

Aunque el peaje sombra tiene indudables ventajas desde un punto de vista de racionalidad económica, porque se traslada el esfuerzo a las generaciones que van a disfrutar de la infraestructura e introduce al sector privado en la gestión, éste mecanismo tiene el peligro de que los gobiernos gasten por encima de lo que la sociedad se puede permitir en un momento dado, a costa de transferir esa carga a generaciones futuras. Este incentivo perverso se debe a que la construcción de nuevas carreteras en régimen de peaje sombra tiene un claro beneficio electoral para el gobierno –permite cortar cintas al político correspondiente– sin ningún costo para éste, ya que el déficit público en el corto plazo no se ve afectado. En consecuencia, es fácil que se invierta por encima de lo necesario hoy, creando un efecto bola de nieve, que hipoteque los presupuestos de generaciones futuras.

Pero, el uso indiscriminado del peaje sombra no es el único ejemplo de una utilización inadecuada de las PPP. Está siendo también común la creación de PPP institucionales en forma de sociedades mixtas cuyo único objetivo es intentar, en muchos casos con poco éxito, que las inversiones sean valoradas como inversiones fuera del balance de la administración pública. Un ejemplo de este tipo de estructuras es el caso de Calle-30 en Madrid que tiene gran relevancia, tanto por la singularidad de la obra como por su volumen de inversión⁶⁰.

60 VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 110.

V. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PARA INICIATIVAS PRIVADAS.

1.- Competencia para tramitar iniciativas privadas.

Facúltase a las Administraciones Públicas a instruir y sustanciar iniciativas privadas para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada comprendidos dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. (Art. 34).

2.- Tramitación de proyectos por iniciativas privadas.

Las iniciativas privadas cuya ejecución, a juicio del proponente, requiera de la implementación de un contrato de Participación Público-Privada, serán presentadas ante la Corporación Nacional para el Desarrollo (CND), acompañadas de la información relativa al proyecto y a su viabilidad analizada a nivel de prefactibilidad.

La información recibida será evaluada técnicamente y remitida a la Administración Pública competente, la que resolverá sobre su aceptación, aceptación con modificaciones o rechazo, sin responsabilidad alguna. (Art. 35)⁶¹.

3.- Etapas del procedimiento de iniciativa privada.

Aceptada la proposición inicial, con o sin modificaciones, el proponente deberá elaborar y presentar el estudio de factibilidad del proyecto de acuerdo al alcance establecido por el artículo 16 de la presente Ley, dentro del plazo que fije la reglamentación y conforme a los requerimientos que disponga la Administración Pública.

Una vez obtenido el informe a que se refiere el artículo 18, la Administración Pública contratante podrá realizar el llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 y continuará con los procedimientos de selección y contratación establecidos en la presente Ley. (Art. 36)⁶².

61 En cuanto a la tramitación de Proyectos por Iniciativa Privada, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 35° tenía la siguiente redacción:

Artículo 35.- Tramitación de proyectos por iniciativas privadas. La Corporación Nacional para el Desarrollo (CND) será el organismo encargado de recepcionar las iniciativas privadas presentadas por el sector privado cuya ejecución requiera de la implementación de un contrato de Participación Público-Privada.

62 En cuanto a las etapas del procedimiento por iniciativa privada, cabe señalar que en Proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas, el Art. 36° tenía la siguiente redacción:

Artículo 36.- Etapas del procedimiento de iniciativa privada. La tramitación de las iniciativas privadas comprenderá las siguientes etapas:

- a) Presentación: El proponente interesado en desarrollar su iniciativa en el marco de un proyecto de Participación Público-Privada deberá presentar su proyecto ante la Corporación Nacional para el Desarrollo (CND). Dicha propuesta deberá contener información identificatoria del proponente; información relativa al proyecto y a su viabilidad analizada a nivel de prefactibilidad.
- b) Evaluación por la CND: La información recibida será analizada por la CND quien evaluará la conveniencia de su aceptación, con o sin modificaciones, o su rechazo. Realizada esta evaluación, la CND presentará la iniciativa y su informe técnico ante la Administración Pública competente, la que resolverá su aceptación, aceptación con modificaciones o rechazo, sin responsabilidad alguna.
- c) Estudio de factibilidad: Aceptada la proposición inicial, con o sin modificaciones, el proponente deberá elaborar y presentar el estudio de factibilidad del proyecto de acuerdo al alcance establecido por el artículo 16 de la presente ley, dentro del plazo que fije la reglamentación y conforme a los requerimientos que disponga la Administración Pública.
- d) Llamado Público a Interesados: Obtenidos los pronunciamientos de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y del Ministerio de Economía y Finanzas referidos en el artículo 18, la Administración Pública contratante podrá realizar el llamado público a interesados a que refiere

4.- Derechos del proponente.

El proponente de una iniciativa privada gozará de los siguientes derechos y preferencias:

- a) Obtener, una vez realizada la adjudicación definitiva del contrato, el reembolso de los costos aceptados vinculados con la realización del estudio de factibilidad, en caso de que no resultare adjudicatario del proyecto. Dichos costos serán de cargo de quien resulte adjudicatario, lo cual deberá informarse en el respectivo llamado público.
- b) Obtener una ventaja de hasta el 10% (diez por ciento) en la valoración que se realice de su oferta respecto de la mejor oferta que resulte del procedimiento del diálogo competitivo. Asimismo, el promotor de la iniciativa no deberá abonar los pliegos o documentos descriptivos correspondientes.

En caso de que por cualquier causa el promotor no realice los estudios de factibilidad dentro de los plazos establecidos por la reglamentación, la Administración Pública podrá realizarlos por sí o contratarlos conforme a los procedimientos de contratación que corresponda, perdiendo aquél todo derecho a recibir contraprestación o beneficio alguno. (Art. 37).

5.- Confidencialidad de la iniciativa privada.

Toda la información relativa a la iniciativa privada presentada tendrá carácter confidencial. Adoptada por la Administración Pública contratante la decisión de efectuar un llamado público para la adjudicación del proyecto, la iniciativa quedará transferida de pleno derecho a dicha Administración. Si no se efectuara el llamado, el promotor de la iniciativa mantendrá todos los derechos sobre la misma por un período de dos años. (Art. 38).

VI. RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

El Capítulo V, contiene solo el artículo 31, y refiere a los “Medios de impugnación”. Considero que este artículo es absolutamente innecesario porque reitera el régimen constitucional. Solo tendría sentido si se hubiera previsto el efecto suspensivo de la impugnación, pero no lo prevé, salvo en la hipótesis de la adjudicación definitiva. En nuestro Derecho la solución de principio es que los recursos no tienen efecto suspensivo. O sea que, salvo el segundo inciso del artículo, todo lo demás no es necesario, porque es el régimen general de impugnación de los actos administrativos. Está claro que cuando hablamos de actos administrativos nos referimos a los actos de las administraciones públicas. Cuando actúa una sociedad anónima del Estado, sus pronunciamientos no son actos administrativos. En consecuencia, tampoco rige el régimen constitucional ni este, de impugnación⁶³.

Los actos administrativos dictados por la Administración Pública contratante en el procedimiento de contratación podrán ser impugnados mediante la interposición de los recursos administrativos correspondientes en los términos y condiciones establecidos por las normas constitucionales, las disposiciones incluidas en la presente ley y demás disposiciones legales que regulan la materia en cuanto no contradigan lo establecido en la presente.

Estos recursos, salvo aquel que se interponga contra la adjudicación definitiva, no tendrán efecto suspensivo, excepto que la Administración, por razón fundada, disponga lo contrario.

La Administración Pública podrá disponer el levantamiento del efecto suspensivo sobre el acto que resuelva la adjudicación definitiva cuando, por resolución fundada, declare que dicha suspensión afecta inaplazables necesidades del servicio o le causa graves perjuicios (Art. 31).

el artículo 19 y continuará con los procedimientos de selección y contratación establecidos en la presente ley.

63 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

VII. EL CONTROL DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

1.- La competencia del control.

La Administración Pública contratante será la competente para controlar el cumplimiento del contrato, debiendo informar a la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada, con una periodicidad semestral, el estado de cumplimiento del mismo. Asimismo, deberá informar a dicha Unidad cualquier alteración sustancial o incumplimiento dentro de los 10 (diez) días hábiles de verificada dicha alteración o incumplimiento.

Sin perjuicio de los informes a los que refiere el inciso precedente, la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada podrá solicitar a la Administración Contratante, en cualquier momento y cuando lo considere pertinente, toda información o documentación relativa al cumplimiento de los contratos, así como requerir la contratación de auditorías externas específicas que contribuyan a garantizar el correcto seguimiento de los contratos.

La reglamentación establecerá el alcance, forma y contenido de los informes, los que deberán incluir aspectos técnicos, comerciales, ambientales y económicos-financieros, entre otros. (Art. 39)⁶⁴.

2.- Las áreas objeto del control.

Los controles a ejercer por la Administración Pública contratante abarcarán los aspectos técnicos, operativos, legales, económicos, financieros, contables y ambientales, conforme a lo que disponga la reglamentación y el correspondiente contrato. (Art. 40)⁶⁵.

3- Los Instrumentos para el ejercicio de competencias de control.

La Administración Pública contratante tendrá amplias facultades de control y podrá utilizar diferentes instrumentos para el ejercicio de funciones tales como, requerimientos de información, auditorías externas, evaluación de desempeño, inspecciones y peritajes. A estos efectos, el contratista quedará obligado a proporcionar, a requerimiento de la Administración Pública contratante, toda la información y documentación relativa al cumplimiento del contrato que ésta le requiera, sin poder oponer a su respecto el secreto comercial. (Art. 41)⁶⁶.

64 En cuanto a la atribución de competencia, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 39° tenía la siguiente redacción:

Artículo 39.- Atribución de competencia. La Administración Pública contratante será la competente para controlar el cumplimiento del contrato, debiendo informar a la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada, con una periodicidad semestral, el estado de cumplimiento del mismo. Asimismo, deberá informar a dicha Unidad cualquier alteración sustancial o incumplimiento dentro de los 10 (diez) días hábiles de producidos.

65 En cuanto a las áreas objeto de control, cabe señalar que en Proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas, el Art. 40° tenía la siguiente redacción:

Artículo 40.- Áreas objeto de control. Los controles a ejercer por la Administración Pública contratante abarcarán los aspectos técnicos, operativos, legales, económicos, financieros, y contables, conforme a lo que disponga la reglamentación y el correspondiente contrato.

66 En cuanto los instrumentos para el ejercicio de control, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 41° tenía la siguiente redacción:

Artículo 41.- Instrumentos para el ejercicio de competencias de control. La Administración Pública contratante tendrá amplias facultades de control y podrá utilizar diferentes instrumentos para el ejercicio de funciones tales como, requerimientos de información, evaluación de desempeño, inspecciones y peritajes. A estos efectos, el contratante quedará obligado a proporcionar a requerimiento de la Administración Pública contratante toda la información y documentación relativa al cumplimiento del contrato que ésta le requiera, sin poder oponer a su respecto el secreto comercial.

VIII. EL RÉGIMEN SANCIONATORIO.

1- Régimen sancionatorio.

Los contratos suscritos para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada deberán establecer las sanciones aplicables para los distintos casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo, así como los factores agravantes o atenuantes en caso de corresponder.

Las sanciones se graduarán en función de la gravedad y de la reiteración de los incumplimientos, pudiéndose llegar a la rescisión del contrato. (Art. 42).

2- Régimen general de aplicación de sanciones.

La determinación de las sanciones aplicables tendrá lugar bajo los principios de legalidad, debido proceso, igualdad, proporcionalidad, generalidad y adecuación al fin.

La aplicación de tales sanciones procederá sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieren corresponder al contratista frente a la Administración Pública contratante o frente a terceros, que hayan sido perjudicados como consecuencia del incumplimiento.

Las sanciones dispuestas por la Administración Pública contratante se harán efectivas de inmediato, sin perjuicio de las acciones a que tenga derecho el contratista en el marco de los procedimientos de solución de controversias y recursos previstos en la ley, en la reglamentación o en el contrato, así como independientemente del cumplimiento de la resolución administrativa que impusiere al contratista una determinada obligación de dar, hacer o no hacer conforme a lo previsto en la normativa. (Art. 43).

3- Indemnización por daños y perjuicios.

Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración Pública contratante los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que refiere al importe que exceda del de la garantía incautada. (Art. 44).

4- Medidas cautelares.

Una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, la Administración Pública contratante podrá solicitar al Juez competente la imposición de medidas cautelares necesarias para asegurar la eficacia de la resolución sancionatoria, sin requerirse para ello la prestación de contracautela. (Art.45).

4- Derecho de Retención.

La Administración Pública contratante podrá retener de los pagos que en virtud del contrato le correspondiera realizar, las sumas necesarias para hacer efectivo el cobro de las sanciones pecuniarias impuestas. (Art.46).

Por último en el capítulo que estamos considerando, cabe señalar que en el Proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas, el Art. 46 regulaba la Intervención dentro del marco de medidas cautelares⁶⁷.

⁶⁷ En cuanto a las medidas cautelares, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 46^o regulaba la Intervención con la siguiente redacción:

Artículo 46.- Intervención. Dentro del marco de medidas cautelares referidas precedentemente, la Administración Pública contratante podrá solicitar al Juez competente la intervención de la entidad contratista cuando se verificaren circunstancias tales como la interrupción grave de las prestaciones a su cargo, el abandono de las obras o instalaciones, situaciones de notoria insolvencia o demás circunstancias análogas.

Verificada cualquiera de estas circunstancias, la Administración Pública quedará facultada para asumir directamente la ejecución de la obra o prestación del servicio o transferir la misma a terceros.

En caso de terminación anticipada del contrato por razones imputables al contratista, la Administración Pública contratante podrá ofrecer, en forma directa, a los acreedores del contratista, la opción de continuar con el cumplimiento del contrato o bien cederlo a un tercero, en cuyo caso deberá requerir la previa conformidad de la Administración Pública contratante quien resolverá si el cesionario propuesto cumple los requisitos necesarios para constituirse en adjudicatario.

IX. MODIFICACIONES Y CESIÓN DEL CONTRATO.

1- Régimen General.

La Administración Pública contratante, previo informe de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y del Ministerio de Economía y Finanzas e intervención del Tribunal de Cuentas, podrá modificar las características de las obras y los servicios contratados con el objeto de incrementar los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos en las bases de contratación o por otras razones de interés público debidamente fundadas, no pudiendo afectarse con ello las condiciones esenciales del contrato. Como consecuencia de ello, cuando corresponda, deberá compensar económicamente al contratista por los costos adicionales netos en que éste incurriere por tal concepto.

El contrato establecerá el monto máximo de la inversión adicional que las partes podrán establecer de común acuerdo así como el plazo máximo dentro del cual podrán realizarse modificaciones de las obras contratadas. En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 50% (cincuenta por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto en operación y, en la etapa de construcción, dicho porcentaje no podrá exceder el 30% (treinta por ciento) (Art. 48)⁶⁸.

De forma equivalente, las empresas privadas presentan un fuerte temor al riesgo regulatorio, como expone Conthe (2004). Se trataría del temor a los acuerdos obsoletos, el clásico "*obsolescing bargain*" ya planteado en Vernon (1971). Esta teoría señala el riesgo de que las autoridades públicas de un determinado país traten de atraer inversión extranjera a través de condiciones de establecimiento favorables, para posteriormente, una vez se ha logrado este objetivo, modificar la relación de fuerza entre las partes, imponiendo mayores cargas al agente privado de las inicialmente pactadas.

El antídoto más efectivo al "*obsolescing bargain*" es la existencia de un marco regulatorio eficaz, que otorgue al agente privado la suficiente seguridad jurídica de que las condiciones contractuales pactadas no serán modificadas unilateralmente por la Administración Pública, y en el caso de que lo sean, que conlleve un derecho compensatorio justo. Un ejemplo de esta seguridad jurídica se encuentra en el marco concesional español, que en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 reconoce la obligación de la Administración Pública de restablecer el equilibrio económico del contrato, bajo tres escenarios:

- Cuando la propia Administración haya modificado las condiciones de explotación iniciales.
- Por causas de fuerza mayor o por actuaciones de la Administración con efecto negativo en la explotación (el "*factum principis*").
- Cualquier otra causa explícitamente contemplada en el contrato a inicio⁶⁹.

2- Mantenimiento de las condiciones contractuales.

Los contratos de Participación Público-Privada deberán mantenerse en los términos que fueron considerados para su adjudicación.

Solamente podrán ser modificados, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

68 En cuanto al mantenimiento de las condiciones contractuales, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 48° tenía la siguiente redacción:

Artículo 48.- Modificaciones del contrato. La Administración Pública contratante, previa conformidad de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y del Ministerio de Economía y Finanzas e intervención del Tribunal de Cuentas, podrá modificar las características de las obras y los servicios contratados con el objeto de incrementar los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos en las bases de contratación o por otras razones de interés público debidamente fundadas, no pudiendo afectarse con ello las condiciones esenciales del contrato. Como consecuencia de ello, cuando corresponda, deberá compensar económicamente al contratista por los costos adicionales netos en que éste incurriere por tal concepto. El contrato establecerá el monto máximo de la inversión adicional que las partes podrán establecer de común acuerdo así como el plazo máximo dentro del cual podrán realizarse modificaciones de las obras contratadas. En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 50% (cincuenta por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto del servicio y, en la etapa de construcción, dicho porcentaje no podrá exceder el 30% (treinta por ciento).

El contrato podrá establecer la posibilidad de modificaciones unilaterales por parte de la Administración Pública contratante, siempre que se estipulen causales específicas y aspectos concretos que podrán ser susceptibles de modificación. En estos casos, el monto máximo de la inversión adicional no podrá exceder el 15% (quince por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto del servicio según corresponda, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de los dos tercios del plazo total del contrato.

69 TENA-CENTENO, Antonio; *Inversión en infraestructuras...*, ob.cit, p.98.

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, los parámetros de costos y beneficios y se cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:
 - i) el acto se dicte con posterioridad a la firma del contrato y no haya podido ser razonablemente previsto al tiempo de la celebración del mismo;
 - ii) constituya un cambio normativo específico para el ámbito del proyecto;
 - iii) altere significativamente el régimen económico financiero del proyecto.
- b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial del equilibrio contractual.
- c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión. (Art.49)⁷⁰.

3- Renegociación de los contratos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este Capítulo, los contratos celebrados en el marco de la presente ley no podrán revisarse antes de transcurridos los 3 (tres) años de su celebración. La Administración Pública contratante tendrá derecho a solicitar la nivelación de la ecuación económico-financiera en su favor, en aquellos casos en que se altere sustancialmente el escenario de negocios previsto al momento de la celebración del contrato. Las soluciones que podrán acordar las partes en lo que refiere al mantenimiento del equilibrio contractual deberán estar adecuadamente justificadas en el interés público y en el mejor cumplimiento del objeto de cada contrato. (Art. 50).

El positivo crecimiento de las concesiones de infraestructuras públicas es una muestra de cómo los modelos conceptuales han logrado movilizar a la iniciativa privada en la provisión de dichos servicios durante las últimas décadas. No obstante, este éxito en el diseño preconcesional queda empañado por las imperfecciones existentes en el control y seguimiento de las concesiones operativas⁷¹.

Un proceso arbitral, en el promedio nacional el que por ejemplo tiene el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Bolsa de Valores de Montevideo, normalmente termina en menos de un año y muchas veces permite encapsular el problema, que el contrato se siga ejecutando y que las partes se comprometan a cumplir lo que un tercero o terceros resuelvan⁷².

Más en concreto, uno de los principales problemas detectados durante la vida de las concesiones de infraestructuras públicas es el de las renegociaciones de las cláusulas iniciales del contrato de concesión. Se trata de un problema común en América Latina y España, según se desprende de trabajos como los llevados a cabo por Guasch (2004) y Baeza (2008) Guasch (2004) señala un porcentaje de renegociación del 41,5% (excluyendo el sector de las telecomunicaciones), que se eleva hasta el 54,7% en el ámbito de los transportes. El periodo medio en el caso de renegociaciones en infraestructuras del transporte es de tres años. Baeza (2008) describe cómo aproximadamente el 55% de los contratos de concesión de autopistas de peaje en España han sido renegociados. El 44% fueron renegociados en los primeros cinco años después de su adjudicación, con una media de tiempo transcurrido desde la adjudicación de ocho años y medio⁷³.

El concepto de renegociación en sí no tiene por qué ser considerado siempre como algo negativo. Los contratos de concesión y participación público-privada son contratos incompletos, lo que lleva a que la incertidumbre que envuelve las previsiones de las partes (sobre todo en infraestructuras del transporte) haga

70 En cuanto al mantenimiento de las condiciones contractuales, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 49° tenía la siguiente redacción:

Artículo 49.- Mantenimiento de las condiciones contractuales. Los contratos de Participación Público-Privada deberán mantenerse en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del contratista. Solamente podrán ser modificados, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, los parámetros de costos y beneficios y se cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:
 - i) el acto se dicte con posterioridad a la firma del contrato y no haya podido ser razonablemente previsto al tiempo de la celebración del mismo;
 - ii) constituya un cambio normativo específico para el ámbito del proyecto;
 - iii) altere significativamente el régimen económico financiero del proyecto.
- b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial del equilibrio contractual.
- c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión.

71 TENA-CENTENO, Antonio...; *Inversión en infraestructuras...*, ob.cit, p.99.

72 Comisión de Hacienda... Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

73 TENA-CENTENO, Antonio...; *Inversión en infraestructuras...*, ob.cit, p.99.

necesario permitir un cierto grado de flexibilidad para lograr el reequilibrio de intereses entre las partes en caso de una desviación sobrevenida respecto a las previsiones iniciales. El problema de las renegociaciones aparece cuando su abuso delata un comportamiento oportunístico de una de las partes. Los estudios mencionados previamente apuntan a que lamentablemente esta tendencia es más habitual de lo deseable en nuestro ámbito. Este tipo de abusos puede terminar neutralizando el incremento de la eficiencia económica que justifica el desarrollo de proyectos de colaboración público privada⁷⁴.

Sobre el punto entiende DELPIAZZO que en cuanto al reconocimiento legislativo de la renegociación, debo expresar que me parece una evolución significativa. Muchas veces el contrato muere porque las partes no han tenido la capacidad de dialogar en términos de procurar, mediante el acuerdo de voluntades, una solución que les permita llevarlo adelante. Incluso, hasta hace pocos años, el Tribunal de Cuentas de la República tenía postura negativa respecto a la renegociación de los contratos. Felizmente, luego de la crisis de 2002, cuando fue necesario renegociar muchos contratos celebrados por la administración, el Tribunal de Cuentas cambió su jurisprudencia y hoy admite pacíficamente la renegociación de los contratos, siempre y cuando se le dé intervención, lo que parece lógico porque se trata de una modificación contractual. La renegociación muchas veces es el mejor camino para evitar el pleito, y reconocerla legislativamente me parece que es un paso positivo que vinculo a otra fórmula de solución del conflicto que prevé el artículo 55 de este proyecto de ley, que es la solución arbitral de los conflictos.

Evidentemente, el arbitraje es el instrumento idóneo para la solución de los conflictos en contratos de alta especialización y de gran envergadura económica porque permite la designación como jueces de especialistas en el tema y la resolución en breve término de los conflictos que se hayan planteado. El funcionamiento del Poder Judicial muchas veces es incompatible con la continuidad de un contrato de emprendimiento público privado; no se puede paralizar una obra siete u ocho años, que es lo que razonablemente demora un proceso no es que esa duración sea razonable cuando admite segunda instancia y casación⁷⁵.

4- Cesión y subcontratación.

El contratista podrá ceder total o parcialmente el contrato de Participación Público-Privada a un tercero, con la autorización previa y expresa de la Administración Pública contratante, la que deberá verificar que el cesionario reúne los requisitos y condiciones necesarias. La cesión podrá proceder siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante para su adjudicación. Producida la cesión, el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondan al cedente.

El contratante podrá subcontratar a terceros las prestaciones puestas a su cargo, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario. La reglamentación establecerá los requisitos que deberán cumplirse en materia formal, sustancial y procedimental.

X. EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

1- Extinción de los contratos.

Los contratos de Participación Público-Privada se extinguirán por las siguientes causales:

- a) Cumplimiento del contrato conforme a los términos del mismo y a satisfacción de la Administración Pública contratante de la totalidad de la prestación.
- b) Vencimiento del plazo señalado para su vigencia o el de sus prórrogas.
- c) Resolución unilateral y anticipada del contrato por incumplimiento del contratista.
- d) Rescate dispuesto por la Administración Pública contratante, por razones de interés público, en los términos previstos en la reglamentación y el respectivo contrato.
- e) Imposibilidad de cumplimiento como consecuencia de medidas adoptadas por el Estado.
- f) Promoción de un proceso concursal respecto del contratista.
- g) Acaecimiento de cualquier causal que inhabilite al contratista el efectivo cumplimiento de su prestación.

⁷⁴ TENA-CENTENO, Antonio; *Inversión en infraestructuras...*, ob.cit, p.99.

⁷⁵ Comisión de Hacienda... Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

- h) Imposibilidad de cumplimiento por el contratista como consecuencia de la existencia de fuerza mayor o caso fortuito. Si el caso fortuito o evento de fuerza mayor afectare sólo el cumplimiento de algunas de las obligaciones del contrato, o de aquellas vinculadas a parte de la inversión comprometida, y en la medida que las demás obligaciones del contrato sean susceptibles de cumplimiento separado, las partes deberán acordar, de acuerdo a lo definido en las bases de concursos, el ajuste de las estipulaciones jurídicas, técnicas y económicas del contrato, para adecuarlo al cumplimiento de las obligaciones subsistentes.
- i) Mutuo acuerdo entre la Administración Pública contratante y el contratista.
- j) En los demás casos expresamente previstos en el contrato correspondiente. (Art. 51).

2- Abandono del Proyecto.

El abandono del proyecto por el contratista dará derecho a la Administración Pública contratante a hacerse cargo, por el tiempo que sea necesario, de la explotación de la instalación a efectos de asegurar la prestación eficiente, eficaz e ininterrumpida del servicio.

La Administración Pública contratante deberá designar un interventor, que tendrá facultades para velar por el cumplimiento del contrato. Este interventor responderá civil, penal y administrativamente por las acciones u omisiones dolosas o culposas en que incurriere en el ejercicio de su cargo. (Art. 53).

3- Término anticipado del contrato.

A efectos de dar el horizonte temporal necesario para la realización de nuevas inversiones y del adecuado mantenimiento y con el fin de garantizar la continuidad de la calidad de la prestación de los servicios, el contratista y la Administración Pública contratante podrán acordar la realización de un nuevo llamado público dentro de un período no mayor a los cinco años previos a la finalización del contrato. El proceso deberá cumplir con los requisitos formales, sustanciales y de procedimiento contenidos en la presente ley en lo que corresponda y de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

Si el contratista no resultara adjudicatario del nuevo llamado, el contrato se extinguirá y será compensado por el plazo restante, en los términos que determine la reglamentación y el contrato. (Art. 54).

4- Solución de controversias.

Para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la aplicación, interpretación, ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados en el marco de esta ley, las partes deberán recurrir al arbitraje.

Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes o, en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 480 del Código General del Proceso y deberán fallar de acuerdo a derecho. El laudo del Tribunal arbitral será inapelable. La reglamentación podrá establecer condiciones y procedimientos especiales para el arbitraje. (Art. 55).

Respecto de este punto cabe señalar que⁷⁶ en doctrina se ha cuestionado por ejemplo, el doctor Aguirre Ramírez, que la Administración pueda someter sus litigios a arbitrajes. El doctor Aguirre Ramírez sostiene que necesariamente el Estado debe acudir, para resolución de sus litigios, a sus propios órganos jurisdiccionales, al Poder Judicial. Es muy común que en los pliegos de condiciones se establezca el arbitraje; diría que prácticamente en todas las licitaciones actuales se establece el arbitraje como medio de solución de conflictos. He sostenido que eso no está vedado a la Administración y que esta tiene la facultad de someter a arbitraje sus litigios. Sin embargo, creo que hay que hacer una salvedad en cuanto el litigio consista en la anulación de un acto administrativo. Creo que la Constitución reserva esto al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y eso de anular un acto de la Administración es una potestad que no puede transferirse a un árbitro.

⁷⁶ Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

XI. GARANTÍAS EN BENEFICIO DE LOS ACREEDORES Y SUBASTA EXTRAJUDICIAL DEL CONTRATO⁷⁷.

1- Garantías en beneficio de acreedores.

En el marco de esta Ley, el contratista podrá constituir, en beneficio de sus acreedores, todo tipo de garantías reales y personales sobre sus bienes y derechos, actuales y futuros, conforme al régimen legal vigente, incluyendo, entre otras, la constitución de prendas sobre flujos de fondos futuros a generarse en el proyecto así como fideicomisos de garantía.

El contratista podrá asimismo celebrar contratos de prenda sobre los derechos de los que fuere titular, originados en el contrato de Participación Público Privada que hubiere suscrito con la Administración Pública. (Art. 56).

2- Objeto de la prenda del contrato.

La prenda de los derechos originados en el contrato de Participación Pública Privada, con los derechos y bienes incorporados al mismo, podrá ser pactada por el contratista con los financistas de la obra o de su operación o mantenimiento, o para la emisión de valores de la sociedad contratista o de un fideicomiso creado a tales efectos.

No se admitirá la prenda, en garantía de deudas que no guarden relación con las obras, su operación o mantenimiento motivo del mismo.

La prenda deberá constituirse por escritura pública o por documento privado con firmas certificadas notarialmente.

Esta garantía real se registrará por lo dispuesto en el Código Civil en sede de prenda común, en todo lo no previsto en la presente ley.

Para la constitución del derecho real se requerirá, acumulativamente, la notificación a la Administración contratante y su inscripción en el registro respectivo (Ley No. 17.228) (Art. 57).

3- Derechos del acreedor prendario.

Cuando procediera la resolución del contrato por incumplimiento de alguna de las obligaciones del contratista, la Administración contratante, antes de resolver, notificará al acreedor prendario por si éste deseara promover la ejecución prendaria en caso que correspondiera, lo cual deberá notificar a la Administración contratante dentro de un plazo de diez días hábiles de recibida la notificación.

Asimismo, si la obligación garantizada no hubiera sido satisfecha total o parcialmente al tiempo de su vencimiento, el acreedor prendario tendrá derecho a promover el procedimiento de ejecución prendaria correspondiente, notificando a tales efectos a la Administración contratante. (Art. 58).

4- Ejecución de la prenda.

Notificada la Administración contratante de la decisión del acreedor prendario de proceder a ejecutar la prenda, en cualquier de las dos hipótesis previstas en el artículo anterior, la Administración contratante procederá a ejecutar la prenda en forma extrajudicial mediante subasta pública, de acuerdo a lo previsto en este artículo.

A partir de la notificación al contratista de la resolución del contrato, aunque no estuviera firme dicho acto, la Administración contratante podrá designar un interventor en las mismas condiciones que las previstas en el artículo 53.

Dicha intervención se mantendrá hasta que tome posesión un nuevo contratista, o se deje sin efecto el contrato en caso que la subasta quedara desierta o ningún interesado fuese autorizado por la Administración

⁷⁷ A diferencia del Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, se incluye un Capítulo XII titulado "Garantías en beneficio de los acreedores y subasta extrajudicial del contrato".

contratante para participar en el procedimiento de ejecución prendaria por razones fundadas. Los costos de la operación interina serán de cargo del contratista quien no tendrá derecho a indemnización alguna por el uso de sus activos ni por lucro cesante.

A efectos de la ejecución extrajudicial de la prenda, la Administración contratante deberá convocar en forma pública a interesados en participar de la subasta pública del contrato, en los términos que determine la Administración contratante o de acuerdo a lo que establezca el pliego o contrato de PPP.

Todo el que desee participar en el procedimiento de ejecución prendaria en calidad de postor, incluso el propio acreedor prendario si la legislación aplicable al mismo no lo impidiera, deberá comunicarlo a la Administración contratante para obtener la oportuna autorización administrativa, que deberá notificarse al interesado en el plazo máximo de quince días, y sin la cual no se le admitirá en el procedimiento. La autorización se otorgará siempre que el peticionario cumpla los requisitos exigidos oportunamente al contratista. Si hubiera finalizado la fase de construcción o ésta no formara parte del objeto del contrato, sólo se exigirán los requisitos necesarios para llevar a cabo la operación de la obra.

Si la subasta quedara desierta o ningún interesado fuese autorizado por la Administración contratante para participar en el procedimiento de ejecución prendaria por razones fundadas, a la Administración contratante podrá resolver el contrato. En tal caso, la Administración contratante quedará liberada con la puesta a disposición del acreedor prendario del importe de la indemnización o pago que correspondiera al contratista por la resolución del contrato, de existir.

Todas las sumas que se obtengan en la subasta, deducidos todos los gastos en que se incurra para realizar la misma, serán aplicadas a la cancelación de las sumas adeudadas al acreedor prendario. En caso que exista un remanente, el mismo será puesto a disposición del contratista. Si lo obtenido en la subasta no fuera suficiente para cancelar lo adeudado al acreedor prendario, el adjudicatario por el hecho de resultar adjudicatario de la subasta, asumirá también la obligación de cancelar las sumas remanentes adeudadas al acreedor prendario en los plazos pactados originariamente o en la forma que se acuerde con el acreedor prendario.

El adjudicatario en el procedimiento de ejecución prendaria quedará subrogado en la posición del contratista hasta completar el plazo del contrato que reste, siempre que este no sea extendido por decisión la Administración contratante, asumiendo los mismos derechos y obligaciones que el contratista anterior, tanto frente a la Administrador como frente al acreedor prendario, en caso que aún existan deudas garantizadas con la prenda del contrato (Art. 59).

XII. REFLEXIONES PRELIMINARES.

Vamos a limitarnos a esbozar en esta oportunidad apenas unas reflexiones preliminares sobre lo que perseguimos al abordar la Ley que establece el marco regulatorio para la Participación Público-Privada (P.P.P) en el Uruguay.

Con relevantes ejemplos en el mundo de hoy, fenómeno que nace en el Reino Unido y se expande al resto de Europa y de América, la Participación Público-Privada (PPP), “matrimonio” entre la actividad pública y privada, como un procedimiento para optimizar el uso de fondos públicos y aumentar la calidad de los servicios tradicionalmente prestados por el sector público, llega a Uruguay para responder a sus grandes necesidades en materia de infraestructura y servicios relacionados⁷⁸, de manera de maximizar el llamado efecto multiplicador de la infraestructura que redunde en una mejora de la calidad de vida de los uruguayos, mejorando la accesibilidad a mejores servicios, la competitividad y la productividad. Lo novedoso, en nues-

⁷⁸ Uruguay se encuentra en el puesto 65 entre 133 países en lo que refiere a la situación general en Infraestructura. En materia de calidad de infraestructura, Uruguay se encuentra en el puesto 66 en lo que refiere a calidad global; en el puesto 49 en lo que refiere a la calidad de las carreteras, en el puesto 101 en lo que refiere a calidad de la red ferroviaria, en el puesto 50 en lo que refiere a la calidad portuaria y en el puesto 116 en lo que refiere a la calidad del transporte aéreo; Fuente: The Global Competitiveness Report 2010-2011 -The Global Competitiveness Report 2010–2011 is published by the World Economic Forum within the framework of the Centre for Global competitiveness and Performance-, © 2010 World Economic Forum.

tro país, es que se utilice la expresión, traducida del inglés y del francés, entre nosotros, PPP, Participación Público Privada.

La Participación Público- Privada (P.P.P), que puede resumirse en la fórmula “Cuando lo público y lo privado se dan la mano”, por lo que no dudamos en afirmar que buena parte del éxito en propiciar, prolongar y aumentar la participación de la iniciativa privada en proyectos de infraestructuras radica, en nada más y nada menos, que en construir y reforzar día a día la confianza mutua entre las partes: la empresa privada y la Administración Pública concedente.

En tal sentido, debe desarrollarse un marco regulatorio sólido, fiable, transparente y suficientemente testado que propicie esa confianza. Por tal motivo el marco regulatorio debe fijar reglas claras de funcionamiento para todos los actores involucrados.

En este contexto es que debemos ser claros y contundentes a la hora de expresar el rol fundamental de los instrumentos y de los agentes que tienen a su cargo el control de la aplicación y del funcionamiento del modelo de participación público-privada, en la medida de que los abusos y los usos poco transparentes del PPP pueden terminar neutralizando el incremento de la eficiencia económica, de la productividad, de la competitividad y de la accesibilidad que justifican el desarrollo de proyectos de participación público privada.