

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“EL ASOCIO PÚBLICO Y PRIVADO Y SUS PROBLEMAS
DE IMPLEMENTACIÓN EN EL SALVADOR”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**LETICIA CAROLINA AYALA AVELAR.
ALBA YALITZA BONILLA MAGAÑA.
ERICK OMAR GARCÍA VÁSQUEZ.**

DOCENTE ASESOR:

DOCTOR HENRY ALEXANDER MEJIA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, AGOSTO DE 2019.

TRIBUNAL CALIFICADOR

**MSC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA.
(PRESIDENTE)**

**MSC. NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIÉRREZ.
(SECRETARIO)**

**DR. HENRY ALEXANDER MEJÍA.
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO.

RECTOR

DR. MANUEL DE JESÚS JOYA ABREGO.

VICERRECTOR ACADÉMICO

ING. AGR. NELSON BERNABÉ GRANADOS ALVARADO.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LIC. CRISTÓBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ.

SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN.

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA.

DECANA

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ.

SECRETARIO

LIC. RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ.

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LIC. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO.

DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

MSC. MARÍA MAGDALENA MORALES.

**COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS**

INDICE

RESUMEN

SIGLAS Y ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN i

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS ASOCIOS PÚBLICO PRIVADO 1

| | |
|---|----|
| 1. Origen de los APP en el derecho comparado..... | 1 |
| 1.1. Reino Unido..... | 1 |
| 1.2. España..... | 3 |
| 1.3. Francia..... | 4 |
| 1.4. Estados Unidos..... | 4 |
| 1.5. Perú..... | 5 |
| 1.6. Brasil..... | 6 |
| 1.7. Orígenes legislativos de los socios público privado en El Salvador..... | 8 |
| 1.7.1. Proyecto de ley de socios público privado..... | 11 |
| 1.7.2. Ley Especial de Asocios Público Privado..... | 17 |

CAPÍTULO II

ELEMENTOS CONCEPTUALES Y PROCEDIMENTALES DEL

ASOCIO PÚBLICO PRIVADO EN EL SALVADOR 19

| | |
|--|----|
| 2. Elementos del socio público y privado..... | 19 |
| 2.1. Delimitación conceptual de socio público y privado..... | 19 |
| 2.2. Ámbito de aplicación de la Ley Especial de APP..... | 26 |
| 2.3. Principios rectores de los socios público privados..... | 29 |

| | |
|---|----|
| 2.4. Naturaleza jurídica y características de los APP | 32 |
| 2.5. Objetivos de los socios público y privado | 36 |
| 2.6. Modalidad y clasificación de los socios público privado según el derecho comparado | 38 |
| 2.6.1. Modelo build, operate, transfer (BOT)..... | 40 |
| 2.6.2. Modelo build, own, operate, transfer (BOOT) | 41 |
| 2.6.3. Modelo build, own, operate (BOO)..... | 41 |
| 2.6.4. Modelo build, lease, transfer (BLT) | 42 |
| 2.6.5. Modelo design, build, finance, operate (DBFO) | 42 |
| 2.7. Clasificación de los socios público y privados según la Ley de APP | 43 |
| 2.8. Ventajas y desventajas de los socios públicos y privados..... | 50 |
| 2.8.1. Ventajas | 50 |
| 2.8.2. Desventajas | 52 |
| 2.9. Diferencia entre el contrato de concesión regulado por la LACAP y el contrato de concesión regulada por la ley especial de APP | 55 |
| 2.9.1. Origen de la concesión | 55 |
| 2.9.2. Nociones Conceptuales | 56 |
| 2.10. Riesgo en los socios público privado..... | 62 |
| 2.10.1. Tipos de riesgo | 64 |
| 2.11. Organismo regulador de los socios público privado | 66 |
| 2.12. Procedimientos para llevar a cabo los Socios Público Privado | 69 |
| 2.12.1. Suscripción | 71 |
| 2.12.2. Ejecución | 71 |
| 2.12.3. Modificación..... | 72 |
| 2.12.4. Suspensión o terminación del contrato | 73 |
| 2.12.5. Formas de resolver controversias..... | 74 |

CAPÍTULO III

PROBLEMAS DE IMPLEMENTACIÓN DE LOS ASOCIOS

| | |
|--|---------------|
| PÚBLICO Y PRIVADO | 77 |
| 3. Aspectos económicos y sociales | 77 |
| 3.1. Limitaciones legislativas y jurídicas | 86 |
| 3.2. Propuesta de solución para mejorar la implementación de los socios público y privado | 93 |
| CONCLUSIONES | 98 |
| RECOMENDACIONES | 102 |
| BIBLIOGRAFIA | 104 |

RESUMEN

El presente Trabajo de grado se ha desarrollado como “Los Asocios Público-Privados y su problema de implementación en El Salvador” estando enfocado en desarrollo de propuestas para mejorar esta figura contractual, dentro del país, ya que a seis años de la aprobación de la Ley de Asocio Público- Privado de El Salvador no se ha podido implementar en el país un Asocio Público – Privado como tal, existiendo antecedentes y precedentes que a través del Derecho Comparado el país puede hacer uso del mismo y darse cuenta que esta figura generaría beneficios para El Salvador.

El contenido de esta investigación se encuentra estructurada en tres capítulos en los cuales la temática se desarrolla en un sentido amplio para una mejor comprensión, empezando por el origen de esta figura contractual en países desarrollados hasta llegar a incorporarse esta figura en cuerpos normativos latinoamericanos; se pueden ver desarrolladas las diferentes definiciones sobre lo que es un APP por diferentes autores, además de definiciones según el Derecho Comparado; se desarrollan también las características que contiene un APP, sus modalidades y sus ventajas y desventajas, ya que como grupo se ha indagado sobre la parte negativa y positiva de estos, citando a varios autores e información de la web sobre este tema relativamente “nuevo” en El Salvador, ya que se tiende a confundir la concesión con un APP y se explica la diferencia entre uno y otro.

También se desarrollan los pasos a seguir según la ley para un APP, también los diferentes riesgos que se tienen al considerar poner en marcha un Asocio Público y Privado, se formula una solución para este problema de implementación en El Salvador tomando como base la opinión de autores así como también las limitaciones jurídicas legislativas que se tienen en El Salvador para la aplicación de esta a la hora de implementar un APP.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

| | |
|---------|---|
| AAC | Autoridad de Aviación Civil |
| ALC | América Latina y el Caribe |
| AL | Asamblea Legislativa |
| AMP | Autoridad Marítima Portuaria |
| ANEP | Asociación Nacional de la Empresa Privada |
| ANNEL | Agencia Nacional de Energía Eléctrica |
| APP | Asocio Público Privado |
| ARENA | Alianza Republicana Nacionalista |
| BOT | Modelo Build, Operate, Transfer |
| BOOT | Modelo Build, Own, Operate, Transfer |
| BOO | Modelo Build, Own, Operate |
| BLT | Modelo Build, Lease, Transfer |
| CDES | Consejo de Desarrollo Económico y Social |
| CEL | Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa |
| CES | Consejo Económico y Social |
| CEPA | Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma |
| CIADI | Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones |
| CNUDMI | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional |
| CONADEI | Comisión Nacional para la promoción de Exportaciones e Inversiones |
| CSJ | Corte Suprema de Justicia |
| DBFO | Modelo Design, Build, Finance, Operate |
| DC | Diseño y Construcción |

| | |
|---------|--|
| DCMF | Modelo Design, Construct, Manage, Finance |
| FMLN | Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional |
| FUSADES | Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social |
| GOES | Gobierno de El Salvador |
| ISSS | Instituto Salvadoreño del Seguro Social |
| LACAP | Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública |
| LEAPP | Ley Especial de Asocio Público Privado |
| MINEC | Ministerio de Economía |
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos |
| OFAPP | Organismo Fiscalizador de Asocios Público Privado |
| PAO | Pago Anual por Obras |
| PAMO | Pago Anual por Mantenimiento y Operación |
| PFG | Asocio para el Crecimiento, sus siglas en ingles Partnershipfor Growth |
| PFI | Private Finance Initiative |
| PPP | Public Private Partnership |
| PPS | Proyectos de Prestación de Servicios |
| PROESA | Agencia de Promoción de Exportaciones e Inversiones de El Salvador |
| SIGET | Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones |
| TIR | Tasa Interna de Retorno |
| UDP | Unión de Personas |

ABREVIATURAS

| | |
|------|---------------------------|
| Art. | Artículo |
| Cn. | Constitución |
| SCn. | Sala de lo Constitucional |

INTRODUCCIÓN

En los tiempos actuales, marcados por la creciente cantidad de tareas públicas, presiones fiscales y las limitaciones de los presupuestos públicos, han tenido como consecuencia el deber de recurrir a diversas modalidades para ampliar la actividad de prestaciones, motivando la utilización de formas innovadoras de colaboración entre los gobiernos y los actores económicos privados con el fin de lograr la satisfacción de las necesidades sociales. Para lograr ello se recurre a un conjunto de instrumentos jurídicos y económicos sobre cuya base gobiernos y empresarios comparten iniciativas, riesgos y beneficios.

Los instrumentos, conocidos con la denominación genérica de colaboración público - privada, socios público-privados, asociaciones público-privadas o alianzas público privadas, todas derivaciones del término inglés Public-Private Partnerships y que se suelen abreviar como PPP, integran un catálogo de diversas modalidades que han sido desarrolladas en distintos países como resultado de las necesidades concretas que en cada uno de ellos la Administración ha debido enfrentar y satisfacer, adaptándolas a sus realidades concretas y a las particularidades de sus sistemas jurídicos con el propósito de desarrollar infraestructuras y prestar servicios públicos o de interés general.

En ese contexto, El Salvador cuenta desde hace seis años con la Ley Especial de Socios Público Privados, en adelante LEAPP, por medio de este incorporó en el Derecho salvadoreño un tipo contractual aparentemente nuevo, el contrato de socio público privado; que tiene como objeto contribuir a satisfacer las necesidades públicas mediante el mejoramiento de la eficacia del Estado y a la vez incentivar la participación del sector privado en el

desarrollo de infraestructuras públicas, en la prestación de servicios públicos y en la realización de actividades de interés general.

En un país como El Salvador, en el que la actividad científica, incluida la relativa al fenómeno jurídico, es escasa, pocas leyes despiertan un interés que trasciende de los sectores a los que aprovechan o perjudican directamente o de la reducida parte de la comunidad jurídica interesada en la investigación. La LEAPP, sin embargo, resultó ser una excepción, por cuanto despertó un inusitado interés, fundado posiblemente en las grandes expectativas que la han acompañado desde su preparación en el seno del Ejecutivo.

En efecto, tal ley nació con una excesiva responsabilidad sobre sus espaldas, lo que puede advertirse desde su ambicioso preámbulo, en el que se declara que es su finalidad potenciar el desarrollo de grandes proyectos nacionales en materia de obras públicas, servicios públicos y actividades de interés general, para impulsar la economía nacional y el desarrollo social.

Cosa distinta es determinar si en realidad la LEAPP resulta suficiente y apropiada tanto para entusiasmar al sector privado, potencial inversor; como para salvaguardar los intereses públicos. Ya que a la fecha, el saldo ha sido negativo, pues habiendo transcurrido seis años desde su vigencia, y hasta la fecha no se ha podido celebrar ningún contrato de asocio público privado.

La importancia de la investigación consiste en que el lector conozca cómo han surgido los Asocios Público Privados a través de la historia, recibiendo diferentes denominaciones en el mundo hasta llegar al país y como está a generado diversas opiniones acerca de lo que significa, su funcionamiento, los pro y contras que representan y lo más importante su marco de aplicabilidad legal en que giran los Asocios Publico y Privados en nuestra sociedad actual.

La metodología de estudio que se adoptó para la elaboración del trabajo de graduación ha sido de carácter bibliográfico, doctrinal a través de un enfoque teórico, fundamentado en una exhaustiva investigación bibliográfica de todo tipo de fuentes tales como libros, tesis, revistas, periódicos, boletines, y presupuestos que autores proponen sobre su propia concepción de lo que es un APP, como este viene a cambiar las modalidades de contratación y realización de proyectos de infraestructura que vendría a coadyuvar en el desarrollo de los países.

Los objetivos que se plantean en el presente trabajo, de manera general son el desarrollar una guía para realizar un mejor análisis del tema del Asocio Público Privado en El Salvador y sus problemas de implementación a través del estudio de los orígenes legislativos y los procedimientos que se deben implementar para una mayor inversión extranjera, para poder llevar a cabo los contratos de socios público privado en El Salvador, en cuanto a los objetivos específicos el establecimiento de propuestas de solución a las limitaciones y/o deficiencias legislativas que no brindan la seguridad jurídica necesaria para desarrollar los proyectos de socios público privado así como la claridad de los pasos requeridos por la LEAPP para que pueda surgir un proyecto de Asocio Público Privado en El Salvador y esté sea fructífero a la sociedad.

En Capítulo uno, se especifica cómo han venido evolucionando de manera histórica, las diferentes denominaciones que ha adquirido este contrato, su forma de implementación según la normativa de los diferentes países de todo el mundo a partir del continente Europeo hasta llegar América y que han optado o visto a bien implementar esta modalidad de contratos de Asocio Público Privado; hasta llegar al país El Salvador, con la entrada en vigencia de la Ley de APP y su reglamento; cuya finalidad radica en impulsar sectores

estratégicos de la economía a través de la promoción de la tecnología, la ciencia, la educación superior, innovación e investigación y desarrollo con la provisión de infraestructura y de servicios públicos que sean de interés general, de forma eficiente y eficaz.

En el Capítulo dos, se presenta un análisis de los elementos conceptuales, la naturaleza jurídica de este contrato considerada como dual debido a la convergencia de factores que hacen que este entre lo económico y lo jurídico, así como la diversidad de modalidades que este tipo de contratos posee; las entidades u organismos encargados de regular los Asocios Público Privado; y en los aspectos procedimentales a los que debe regirse el contrato de Asocio Publico Privado para que pueda surtir efecto y cumplir con su cometido.

El Capítulo tres, los problemas de Implementación que han tenido los Asocios Público Privado, tales como la desinformación o posibles prejuicios con una carga más ideológica que técnica, que ha ocasionado la pérdida de credibilidad, surgiendo la necesidad imperante de aclarar que la participación privada bajo un APP no elimina la propiedad, autoridad o la soberanía que tienen las entidades públicas sobre los bienes o servicios.

Como último apartado y con todo lo anterior se establecieron las principales conclusiones acerca del trabajo de investigación de todo lo expuesto y analizado, así como también las recomendaciones realizadas para lograr una mejor implementación acerca de los Contratos de Asocio Público Privado en el país.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS ASOCIOS PÚBLICO PRIVADO

En el presente capítulo, se pretende desarrollar la evolución histórica en la que se ha venido desarrollando la figura de los Asocios Público Privado, así como las diferentes denominaciones con las que se le conoce a los Asocios Público Privados en Europa y del continente americano, en la que algunos de ellos han dado el visto bueno y por consiguiente implementaron esta figura del Contrato de Asocio Público Privado; hasta llegar a el país de El Salvador, con la puesta en vigencia de la Ley de APP juntamente con su reglamento se ha tratado de logra la finalidad de generar impulso en sectores estratégicos de la economía salvadoreña, tales como la tecnología, la educación superior y la innovación, investigación y desarrollo de servicios públicos que sean de interés general para la población.

1. Origen de los APP en el derecho comparado

1.1. Reino Unido

El esquema o modelo conocido como la “Private finance initiative” (PFI) que fue lanzado por el gobierno británico en 1992, se ha transformado en una referencia a nivel mundial. Este ha sido tomado como base para el desarrollo de un número importante de modelos para el desarrollo de infraestructura y servicios públicos con capitales privados, en otros países del mundo. Por ejemplo, las experiencias de Canadá, Australia y Sudáfrica están basadas en la PFI. Y las experiencias más recientes en Japón, España y Francia, así

como otros países del este de Europa, han utilizado la PFI como referencia obligada.¹

El modelo de proyectos de prestación de servicios (PPS) mexicano no es un caso excepcional y probablemente sea más parecido al modelo PFI británico que varios de los anteriores. Aunque por supuesto cada uno de los países nombrados ha debido adaptar el modelo a su realidad histórica, a su marco legal y a sus contextos institucionales e industriales.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el modelo británico no es un modelo estático. Lo que nació como una iniciativa política específica en un momento del tiempo, y que el gobierno conservador bautizó como la “Private Finance Initiative”, ha evolucionado considerablemente desde entonces.

En estricto rigor, una fracción importante de los proyectos de Asociación Pública Privada (APP) o Public Private Partnerships (PPP), que el Gobierno Británico utiliza en la actividad no son los PFL. En efecto una característica fundamental del modelo británico ha sido la capacidad para avanzar y adaptarse a diferentes realidades y a diferentes sectores de la actividad pública.

En ese sentido, que una serie de sub-modelos han surgido con el tiempo. Este documento se refiere a un número importante de estos, por ejemplo, al modelo “LIFT” de la salud primaria, al modelo “BSF” de las escuelas secundarias, al modelo de las “academies” de las escuelas técnicas e industriales y al modelo “Scottish Futures Trust”, que ha surgido más recientemente en Escocia.

¹ Germán Milla, *Asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos, experiencia en el Reino Unido: Programa para el impulso de asociaciones público-privadas en Estados Mexicanos* (Editorial BID, México, 2009), 40 <https://piappem.org/file.php?id=234>.

Si todas las variantes nombradas más la PFI en su forma pura son tomadas en cuenta, el Reino Unido cuenta ya con más de 900 contratos firmados, que involucran una inversión de capital superior a USD 110 mil millones. Además, a diferencia de otros países, el caso británico no se ha concentrado en algunos lugares en específico, sino que ha extendido el uso del modelo APP/PFI a un número creciente de sectores nuevos de la actividad pública, los sectores del transporte, la salud pública, la educación y la justicia.

1.2. España

En un informe del Banco Interamericano de Desarrollo se recoge que en España existen APP desde tiempos muy anteriores, antes que en el Reino Unido se empezará a usar este concepto. La figura de la concesión, la manifestación contractual más común de los APP estaba desarrollada en España y en muchos otros países de tradición administrativista.

Existen ejemplos concretos de infraestructuras públicas del imperio romano que fueron construidas y gestionadas por capitales privados en la Península Ibérica. Pero en un sentido moderno las APP se introducen en España con la Instrucción de Obras Públicas el 10 de octubre de 1845.

De 1998 a 2008 esta fórmula se ha empleado profusamente en España: se han adjudicado casi 50 proyectos de carreteras con una inversión superior a los 20 millones de euros, 13 hospitales y edificios sociales, 12 concesiones ferroviarias, 13 puertos deportivos, 19 puertos comerciales nuevos o ampliaciones y existen 10 concesionarias del servicio de agua en grandes ciudades.²

² Andrés Rebollo *Fuente Experiencia española en concesiones y APP para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general*, (España, 2010), 23. <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/4888/Cap%C3%ADtulo%201.%20marco%20general%20.pdf?sequence=1>

1.3. Francia

La noción de servicio público nació y floreció en Francia caracterizada como actividad de determinado tipo, realizada por la administración en forma directa, o indirectamente a través de concesionarios y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo Derecho Administrativo.³

En esa época la expresión era utilizada, en El Salvador, para designar actividades realizadas monopólicamente por particulares, por delegación y bajo control del Estado, con un régimen de Derecho Público en el cual se fijaban las tarifas, se ordenaban y controlaban las inversiones, se controlaba la prestación del servicio, aplicaban sanciones en caso de incumplimientos de metas cuantitativas o cualitativas de inversión. La influencia en la interpretación de este sistema proviene del Derecho estadounidense referido a las publi-utilities o servicios privados de interés público.

1.4. Estados Unidos

Los Estados de Oregón, Washington y la Columbia Británica lanzaron en 2012 el mercado de infraestructuras de la Costa Oeste, una plataforma de cooperación interestatal que realiza estudios de viabilidad económica sobre proyectos de infraestructura seleccionados y conecta a los inversores privados con oportunidades de infraestructura pública.

Esta plataforma pretende reemplazar los enfoques tradicionales para la financiación de la infraestructura y el desarrollo del territorio con "infraestructuras basadas en el desempeño", que son financiadas, a ser posible, con

³ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*: 2° ed. (Editorial Fundación de derecho administrativo, Bueno Aires, Argentina, 2013), 239.

su tasa interna de retorno (TIR) en vez de los dólares de los impuestos, y evaluadas según su ciclo de vida y sus impactos sociales, ecológicos y económicos, en vez del añadido que suponen a la capacidad de producción y el coste de capital.

En Nueva York, durante el periodo del influyente planificador, (1933-1970) proliferaron las APP. En esa ciudad llevan el nombre de "Autoridad de", por ejemplo, la Autoridad del puente y el túnel de Triborough, la Autoridad de la autopista Henry Hudson y la Autoridad del Puerto; cuando se habla de autoridades, se está refiriendo al sector público, a la Administración Pública en sus niveles nacional, sub-nacional o municipal.⁴

San Diego (California) ha llegado a numerosos acuerdos de APP. En realidad, San Diego ha utilizado las APP más extensamente y, con el parque Petco, a una escala mayor de lo normal en otras ciudades. Una explicación para esta propensión es que los residentes rehúsan ponerse impuestos para pagar los servicios públicos y prefieren que los lleven entidades privadas, los impuestos se reparten con funciones lineales de los valores catastrales, las jurisdicciones tienen un incentivo para tratar de excluir a los que tendrían valores catastrales por debajo del promedio. El incentivo lleva a las políticas locales a lotes mínimos, restricciones a los edificios de múltiples viviendas y normas de construcción restrictivas. Un coste social de estas políticas es una reducción de vivienda para familias de ingresos medios y bajos.

1.5. Perú

En la legislación peruana, los APP adoptan la forma de una concesión, es decir, la de un contrato firmado entre el Estado y una empresa (que a su vez

⁴ Robert A. Caro. *The power broker: Robert Moses and the fall of New York*, (Edit. Random House, Estados Unidos, Columbia University 1974), 20.

puede estar conformada por un consorcio de empresas) por el cual el Estado (gobierno nacional, regional, municipal) otorga la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos por un plazo determinado.⁵

En los APP, la empresa privada busca el financiamiento y el Estado se compromete al pago en cuotas del costo de inversión, mantenimiento y operación, las mismas que serán reducidas por el peaje u otros recursos conexos que el derecho de concesión pudiese generar, el pago global que el Estado asegura al concesionario en las Asociaciones Público Privadas de infraestructura se desglosa en: El Pago Anual por Obras (PAO): que constituye la suma de dinero que el Estado asegurará al concesionario cuyo objetivo es cubrir los costos de Construcción o Mejoramiento y rehabilitación, según sea el caso. El Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO): que constituye la suma de dinero que el Estado asegurará al concesionario, durante el periodo de vigencia de la Concesión cuyo objetivo es cubrir los costos de operación y mantenimiento de la inversión en obras.

Solamente entre los años 2006 a 2008, Perú destinó casi 400 millones de US\$, para el desarrollo de cinco proyectos de vital importancia para el país: la carretera IIRSA Norte, la carretera Interoceánica, el programa vial Costa-Sierra, y los aeropuertos regionales.⁶

1.6. Brasil

La situación en la que se encuentra Brasil no podría favorecer más la consideración de APP. Es más, la experiencia brasileña podría ser utilizada

⁵ Epifanio Baca Tupayach, *Las asociaciones público privadas en el Perú*, 2° ed. (Editorial Legal en la Biblioteca Nacional de Perú, Perú, 2017), 5.

⁶ *Ibíd.* 8-9.

como referencia por otros países. Sin embargo, las acciones prioritarias, deben ser debatidas para garantizar el éxito de las asociaciones para el desarrollo de la región.

Medidas recientemente adoptadas en Brasil han reforzado la importancia de las APP en la agenda política. La Ley 13.334, del 16 de septiembre de 2016 consolida el concepto de “acuerdos de asociación” con el fin de abarcar a todas las formas de acuerdos contractuales entre el Gobierno y el sector privado para la ejecución de empresas públicas, independientemente de si han sido o no concesionadas. Este nuevo proyecto de ley también ha abierto las puertas al amplio concepto de las APP.⁷

El escenario económico y político actual de Brasil demuestra que es necesario continuar la conversación de las alianzas público-privadas. No obstante, vale la pena revisar las prácticas adoptadas hasta el momento y proponer mejoras a los programas y proyectos ya implementados. Resulta urgente invertir en enormes esfuerzos de preparación de proyectos, dedicando recursos humanos, materiales y tiempo a cada una de las etapas de las iniciativas. Tales esfuerzos serán necesarios si se quiere evitar que se frustren los inversionistas, a la vez mitigar los riesgos de fallas y deficiencias en la ejecución de los proyectos.

Es necesario simplificar el proceso que deben atravesar los consultores para participar en licitaciones de los proyectos, ya que su intervención aporta conocimientos técnicos a cualquier iniciativa. Es imperativo que estos procesos sean competitivos y rigurosos para poder mantener los niveles de competitividad requeridos. También debe asegurarse la implementación de

⁷ Ana Lucia Paiva de Zolt. *Ladrillos sólidos, la base para construir asociaciones público-privadas exitosas*, (España, 2017). <https://blogs.iadb.org/recaudandobienestar/es/2017/02/11/ladrillos-solidos-la-base-construir-asociaciones-público-privadas-exitosas/>

mejores prácticas y normas de contabilidad preexistentes en aquellas asociaciones que exigen pagos públicos de largo plazo, evitando crear obligaciones indeseadas en cuentas públicas que pudieran convertirse en una futura carga sobre las finanzas públicas.

Según los datos del Banco Mundial, en los últimos diez años, Brasil ha tenido una amplia experiencia con los proyectos de APP y ha implementado más proyectos de concesión que cualquier otro país de la región.⁸

El Estado controla la mayor parte de la generación, transmisión y distribución de la energía. Este predominio del Estado persiste a pesar de la creación de un regulador para el sector energético, la Agencia Brasileña Reguladora de la Electricidad (Agencia Nacional de Energía Eléctrica–ANEEL), y a pesar de la reforma implementada en el 2004 para solucionar el déficit de energía que se produjo entre los años 2000-2001. La reforma del 2004 estableció concursos obligatorios para los contratos a largo plazo a través de compañías distribuidoras como método para atraer la inversión privada hacia la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

1.7. Orígenes legislativos de los socios público privado en El Salvador

En noviembre de 2011, El Salvador firmó un acuerdo de intercambio comercial con los Estados Unidos llamado Asocio para el Crecimiento. El propósito del acuerdo bilateral es “eliminar los obstáculos e identificar oportunidades para un amplio crecimiento económico en El Salvador.” Una de las dos limitaciones más importantes identificadas para el crecimiento salvadoreño fue “la baja productividad de bienes transables”, que se van a abordar por la

⁸ Jendrix Wilmar Panameño Castro. “*Asocios público privados como mecanismo de promoción e impulso en los niveles de inversión privada nacional y extranjera*”. (Tesis de Máster, Universidad de El Salvador, 2015), 33.

promoción de la relación entre el Gobierno de El Salvador (GOES) y el sector privado en los próximos 5 años (hasta 2016).

Con base en las políticas desarrolladas en el Asocio para el Crecimiento, El Salvador se ha comprometido a promover los socios público-privados (APP). Por la no existencia de una definición universal de los APP, generalmente son considerados una herramienta de contratación que utiliza un acuerdo complejo entre socios privados y entidades públicas, transfiriendo una parte del riesgo al sector privado, utilizando una parte del financiamiento privado para cumplir el proyecto.

En enero de 2012, el presidente Mauricio Funes, presentó un proyecto de Ley a la Asamblea Legislativa “el proyecto de ley APP”, que persigue un uso obligatorio de los APP en varios niveles de gobierno, con el objetivo de hacer más eficiente los canales de inversión extranjera directa.⁹

El proyecto de ley presentado por el presidente Funes a la Asamblea Legislativa en enero de 2012 tiene como objetivo reducir los trámites burocráticos en El Salvador con el fin de aumentar la inversión privada, especialmente inversiones extranjeras directas. El propósito del proyecto de ley es “establecer el marco normativo para el desarrollo de proyectos de Asocios Público-Privados para la provisión de infraestructura y servicios públicos de interés general, de forma eficaz y eficiente.

En un marco de seguridad jurídica, el sector privado aportará recursos económicos, habilidades y conocimientos necesarios para que, en conjunto con el Estado, desarrolle estos proyectos en beneficio de la población”.

⁹ FESPAD, Fundación de Estudios para la Aplicación de Derecho, *Asocio Público-Privado en El Salvador: Análisis de Impacto y Recomendaciones*, (FESPAD, El Salvador, 2013), 25.

La propuesta de ley presentada establece que los proyectos de “interés general” son “los destinados a impulsar sectores estratégicos de la economía a través de la promoción de la tecnología, la ciencia, la educación superior, innovación e investigación y desarrollo”. Los primeros proyectos de la lista considerados como de interés general son: los puertos, aeropuertos y carreteras. Hay unas distinciones entre las concesiones y los contratos de APP incluidas en este proyecto de ley y la privatización de los activos del Estado salvadoreño que se produjeron después de 1992.¹⁰

Cuando el Estado privatizó sus activos, los vendió al sector privado y cedió todo el control sobre el activo. En los APP, el sector privado es el director del proyecto para la duración de la concesión.

El gobierno central (a través de la Agencia de Promoción de Exportaciones e Inversiones de El Salvador PROESA fundada hace dos años), aprueba las propuestas de proyectos y entrega el control de la prestación de servicios a la empresa que gane la licitación para la duración del contrato.

Es así como la Ley de Asocio Público Privado se aprobó por decreto 379 en el año 2013, la cual busca reducir los trámites burocráticos y crear un ambiente de mayor estabilidad y seguridad jurídica para todos aquellos que tengan interés de aportar en conjunto con el Estado, recursos económicos y de conocimiento en el sector público salvadoreño.

La Ley establece, entre otras cosas, que todo contrato mayor o igual a un monto de trece millones quinientos mil dólares debe ser aprobado por el Congreso de El Salvador; además de que impone este monto como requisito mínimo de inversión para entrar a ser regulado por la Ley. Inversiones menores que no representen deuda pública ni otorguen concesiones, no

¹⁰ *Ibíd.* 41.

deberán ser aprobadas por la Asamblea Legislativa y se seguirán rigiendo por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP). Quedaron excluidos de la Ley, los servicios públicos esenciales como educación, seguridad pública, seguridad social, sistema penitenciario y servicio de agua.¹¹

1.7.1. Proyecto de ley de socios público privado

El proyecto de ley posee 104 artículos organizados en 10 títulos y 14 capítulos que reforman tácita y expresamente algunas disposiciones de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP), Ley de la Autoridad Marítima Portuaria y demás leyes del ordenamiento jurídico que regulan la materia.

Los considerandos de la iniciativa legal exponían el surgimiento de la necesidad de contar con un marco jurídico ad-hoc que regulará los contratos APP, para lo cual crea una estructura institucional y normativa en la que participen entidades debido a las características novedosas de esta ley y para generar certeza respecto al tipo de proyectos incluidos, una buena práctica es elaborar una exposición de motivos que detalle cuál es la razón de ser de la propuesta legal, por qué se acude a esta modalidad de inversión, cuáles son sus ventajas frente a las tradicionales formas de financiación de la inversión pública, cuáles son los proyectos a incluirse en esta iniciativa, a quiénes se pretende beneficiar, y cuál es la relación con el resto de la normativa vigente, particularmente la LACAP, es así que se recomienda incorporar una exposición de motivos, como una herramienta útil que facilite la comprensión de la ley.

¹¹ *Ibíd.* 35.

El proyecto de ley también autoriza la creación de un nuevo cuerpo regulador llamado Organismo Fiscalizador de Asocios Público Privado, en adelante OFAPP. Aunque la Constitución permite las concesiones de servicios, es ampliamente esperado por los expertos que éstas se decidirán basadas más en criterios comerciales internacionales que sobre la base de criterios técnicos para satisfacer las necesidades de la población.

Una de las mayores preocupaciones que genera el proyecto de ley es que las concesiones APP ofrecerán contratos de hasta 40 años de duración. Este beneficio tan prolongado del APP es en virtud del proyecto de Ley de El Salvador que existe para favorecer a las grandes empresas porque les ofrece una inversión estable y de largo plazo. Sin embargo; la preocupación es que una vez firmado el APP, el poder de regulación de la OFAPP solo le permitirá imponer sanciones si hay un incumplimiento del contrato o irregularidades en la ejecución del APP.

Esto se convertiría en un amplio margen para que el socio privado trabaje sin supervisión o regulación del gobierno. Por ejemplo, si cambian condiciones políticas o económicas durante los 40 años del contrato, o si el proyecto causa daños sociales o económicos no previstos, el gobierno no tendrá la capacidad absoluta de tomar acción. Aunque un APP de largo plazo es más atractivo a accionistas potenciales, un contrato con menos tiempo – como contratos renovables de 20 años – cargaría menos riesgo al GOES.

Otra preocupación es que el Gobierno de El Salvador será obligado a establecer un “fondo líquido”, dedicado exclusivamente para los contratistas, financiado por los impuestos de la población salvadoreña. El fondo tendrá una reserva de 5 al 10% de la cantidad del contrato, para ser utilizado exclusivamente por el APP.

Este “fondo líquido”, sería lesivo para la economía salvadoreña, sobre todo si se considera que los últimos 20 años de privatizaciones y una economía estancada ha dejado el GOES sin mucho capital líquido. Expertos preguntan si el mantenimiento de un fondo así será factible considerando la crisis actual de las finanzas del Estado.

Existen otros beneficios para las multinacionales, como algunos costos de inversión que podrían ser cargados en última instancia a la población, por ejemplo: si la administración selecciona una empresa para el contrato y el contrato es rechazado en la Asamblea Legislativa, el Gobierno tiene que pagar a la compañía un máximo del 1% del importe de la oferta. Este modelo está diseñado para alentar las licitaciones de concesiones, pero impone una carga excesiva y peligrosa para los haberes del Estado.

De acuerdo a lo anterior, se da lugar a la toma de decisiones estratégicas por parte de la Administración que puedan poner en tela de juicio la capacidad del Estado para cumplir con su deber constitucional de “asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social “sobre el interés privado, tal y como se ha experimentado con la aplicación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR), organismos financieros internacionales, por ejemplo, el Banco Mundial, han considerado que no debería haber ninguna diferencia de trato preferente a empresas nacionales o internacionales.

Debido a que los criterios de adjudicación de concesiones se reducen a la oferta más baja, y las empresas transnacionales tienen una mayor capacidad para ofrecer un mejor precio, el proyecto de ley APP probablemente hará poco para reforzar el perfil de los proveedores de servicios corporativos nacionales.

Puede ser que la ley aumente la inversión extranjera directa, pero disminuye la de las empresas nacionales. Para tratar de atraer la inversión transnacional y crear seguridad jurídica para las empresas, el presidente Funes, anunció en su discurso de tercer año de gobierno, que impulsará las reformas de, al menos, tres leyes: de Servicios, Zonas Francas e Inversiones.

Además, los proyectos de APP también lo promueven los miembros del Consejo Económico y Social (CES), un organismo creado por el presidente Funes en sus primeros meses de su mandato, con el propósito de discutir algunas políticas públicas. El Consejo está integrado por 30 líderes de empresas, 30 de los movimientos laborales y sociales, y 10 académicos.

En agosto de 2011, el CES apoyó la iniciativa de socios público-privados, participando en la definición de términos, parámetros y procesos. El CES, redactó estratégicamente el proyecto de ley para reducir al mínimo la aparición de un objetivo que insinuara una política de privatización. El proyecto de ley establece que la legislación APP no debe ser visto como un proceso de privatización, ya que existe un interés general para que el Estado conserve la propiedad de los recursos naturales y otros activos que proporcionan servicios vitales a la población. El proyecto de ley también declara que no va a debilitar ni reducir las normas laborales o ambientales, ya que las empresas deben respetar los derechos de los y las trabajadoras y el medio ambiente.

Los expertos creen, sin embargo, que el aumento del desempleo es un riesgo real contenido en el proyecto de ley; el crecimiento del empleo será en sectores muy específicos, y depende en gran medida de qué tipo de inversión se genere, y dada la falta de la aplicación de la ley y de la regulación ambiental en El Salvador, las empresas no tendrán motivación al ser responsables ante el Gobierno salvadoreño. Además, el Gobierno

salvadoreño cuenta con el apoyo del Consejo para el Crecimiento, organismo que junto a otras instituciones trabaja para llevar a cabo el Asocio para el Crecimiento.

El Consejo instalado por el mandatario salvadoreño, el 9 de noviembre de 2011, para el estudio y viabilidad de la propuesta del proyecto de ley de los APP, estaba formado por los autores. Si bien, la propuesta de ley no obliga al Gobierno a formar los APP en el “sector de la salud, seguridad social, seguridad pública y educación formal”, que son algunos de los sectores insatisfechos por lo que contribuyen a una mayor vulnerabilidad de la población. No obstante, estos sectores sólo aparecen mencionados en dos líneas del proyecto de ley y son jurídicamente difusas.

Sin elaboración o sin prohibición específica, sería fácil que el GOES ampliará los APP en estas áreas. Por otra parte, el “tanque” de pensamiento conservador, la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social FUSADES, manifestó que continuará la lucha contra esta excepción porque va a “restringir la inversión privada y limitar los objetivos de la ley”.

Más preocupante para el futuro financiero de El Salvador debería resultar que la ley permitiría a las transnacionales insatisfechas por las concesiones, buscar arbitraje en el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones –CIADI- en contra del Estado de El Salvador, como ya ha sucedido en los casos de las empresas mineras Pacific-Rim y Commerce Group. El partido Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, en adelante FMLN ha expresado públicamente su desaprobación al proyecto de ley de Asocio público-privado.

En mayo de 2012, el Secretario General del FMLN afirmó rotundamente que “El FMLN no acompañará los socios público-privados”. A pesar de que el

partido goce del apoyo amplio de los movimientos sociales, el FMLN necesitaría 12 votos además de los de su bancada en la Asamblea Legislativa para detener el proyecto de ley, ésta no sería la primera vez que el Gobierno de El Salvador ha tratado de aumentar la inversión extranjera y el empleo mediante la promoción de alianzas internacionales. Estos objetivos eran lo principal del CAFTA-DR, que entró en vigor en El Salvador en 2006 y ha sido visto ampliamente como un fracaso en su meta de atraer inversión extranjera.

En 2010 la inversión extranjera en El Salvador fue de las más bajas en América Central, sólo llegó al 2,5% de la realizada en la región, además, por cada dólar que entró al país, \$3.93 salió al extranjero. En el primer año del CAFTA-DR, El Salvador experimentó una pérdida neta de 11,457 puestos de trabajo, y en los cinco años que ha estado en vigor, la tasa de desempleo pasó de 6 a 7%.

La historia y experiencia de El Salvador para este tipo de inversiones extranjeras basadas en los acuerdos financieros no constituyen un buen augurio para las perspectivas económicas del país.

La inversión extranjera no se traduce en crecimiento porque el mercado interno de El Salvador es muy pequeño, el poder adquisitivo no se expande, y los salarios son muy bajos. Seis mil salvadoreños (más o menos el 1%) concentran el 60% del ingreso nacional. La inversión pública es baja, porque el Estado no tiene dinero. Por otra parte, la población de El Salvador, y por lo tanto su mercado interno, no ha crecido desde 1992, con un 30% de los salvadoreños viviendo en el extranjero.

Con o sin los APP, El Salvador no es una “inversión atractiva” para las empresas extranjeras, y por lo tanto, cualquier legislación que sea diseñada

para reestructurar el poder económico del Estado en el largo plazo, y mientras se confía exclusivamente en inversiones futuras e inciertas, es un riesgo enorme que podría fácilmente agobiar al país durante décadas.

1.7.2. Ley Especial de Asocios Público Privado

La creación de la Ley Especial de Asocios Público Privados despertó un inusitado interés, fundado en el ambicioso objetivo que la motivó: el desarrollo de grandes proyectos nacionales en materia de obras públicas, servicios públicos y actividades de interés general, para impulsar la economía nacional y el desarrollo social.

El Salvador requiere de una política nacional que esté orientada a la promoción de proyectos estratégicos bajo el esquema público-privado, ya que de lo contrario, si no hay una visión compartida de todo el gobierno, se torna muy difícil implementar la Ley Especial de Asocio Público Privado, en adelante LEAPP o ejecutar cualquier proyecto de concesión de infraestructura porque se fundamentan en la confianza y en el diálogo.

La Ley tiene como objeto establecer el marco normativo para el desarrollo de proyectos de Asocio Público-Privado para la provisión de infraestructura y de servicios públicos y de interés general, de forma eficaz y eficiente. En un marco de seguridad jurídica, el sector privado aportará recursos económicos, habilidades y conocimientos necesarios para que, en conjunto con el Estado, desarrolle los proyectos en beneficio de la población.

La Ley de Asocios Público Privado (APP) de El Salvador, fue aprobada el miércoles 23 de mayo de 2013 por la Asamblea Legislativa de El Salvador, con 84 votos a favor y fue publicada en el tomo N° 399 de El Diario Oficial de la República el día 5 de junio de 2013.

Asimismo, el día 29 de mayo de 2015 se aprobó el Reglamento de la Ley Especial de Asocios Público Privados¹², el cual está vigente desde el reciente 8 de junio de 2015, el reglamento contempla elementos esenciales para la puesta en marcha de los primeros proyectos de APP en el país, entre los cuales cabe destacar:

- a) el establecer el contenido de los contratos de APP;
- b) los criterios para determinar la naturaleza económica de los contratos de APP, para definir si serán cofinanciados o auto sostenibles;
- c) desarrollar el contenido de los estudios de factibilidad económica del proyecto;
- d) establecer los criterios que deben privar en la etapa del diálogo competitivo, una de las fases novedosas en este tipo de procesos de licitación.

Los Asocios Públicos y Privados, han tenido a lo largo de la historia un proceso evolutivo muy amplio, en donde con los cambios sociales, la economía de los países y el marco jurídico-legal han permitido que, en países como el Reino Unido, Perú, entre otros; hayan podido mejorar su estructura económica a través de generamiento de un mejor desarrollo en sus respectivos países con la implementación de los APP.

¹² FUSADES, Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, *Boletín de Estudios Legales, Informe de coyuntura legal e institucional*, 2º Semestre (FUSADES El Salvador, 2015), 39.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS CONCEPTUALES Y PROCEDIMENTALES DEL ASOCIO PÚBLICO PRIVADO EN EL SALVADOR

En este capítulo se desarrolla el ámbito conceptual de los Asocios Público Privado así como también el ámbito de aplicación de la normativa sujeta a investigación, sus principios rectores, la naturaleza jurídica de este contrato, la cual deviene de la figura contractual de Unión de Personas, además de presentar una naturaleza dual debido a la convergencia de factores que hacen que este entre lo económico y lo jurídico, así como la diversidad de modalidades que este tipo de contrato presenta; las entidades u organismos encargados de regular lo Asocios Público Privados, y los aspectos procedimentales a los que debe regirse el Contrato de Asocio Público Privado para que pueda surgir a la vida jurídica contractual para cumplir su cometido..

2. Elementos del asocio público y privado

2.1. Delimitación conceptual de asocio público y privado

Asociación Pública y Privada es la traducción más fiel al español del término inglés Public Private Partnership, (PPP). Antes de los años 90 no se había utilizado el concepto de Asocio Público Privado, las concesiones han existido durante muchos siglos. El principio consistía en que la empresa privada se comprometía a invertir su propio dinero y a cambio el Estado garantizará a la empresa el monopolio en el suministro de ese servicio en la zona, y así la empresa podía obtener un retorno sobre el capital cobrando a los usuarios.

Los APP's nacieron como una estratagema contable, una manera de sortear las propias restricciones del gobierno sobre el endeudamiento público, y

siguen siendo la gran atracción para los gobiernos y las instituciones internacionales.¹³

Una Asociación Público-Privada (APP) es producto de un contrato celebrado entre la administración pública y la empresa privada¹⁴ en virtud del cual:

- a) Una empresa privada financia, construye y gestiona algún elemento de un servicio público; y
- b) La empresa privada cobra a lo largo de varios años, ya sea mediante las tarifas abonadas por los usuarios (a menudo denominadas concesión), o mediante los pagos de la autoridad pública, o una combinación de ambos.

En El Salvador, existe lo que actualmente conocemos como Asocio Público Privado (APP), en consecuencia existen una serie de conceptualizaciones entre las cuales están:

La Asociación Pública y Privada “Es la unión de dos o más personas naturales y jurídicas constituidas legalmente para cierto tiempo determinado e indeterminado; para el desarrollo y ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, dentro de la República de El Salvador”.¹⁵

Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) expresa que tradicionalmente, las Asociaciones Público-Privadas (Public-Private Partnerships, PPP) se definieron como un contrato legalmente

¹³ David Hall, *¿Por qué las Asociaciones Público-Privadas (APPS) no funcionan?: Las numerosas ventajas de la alternativa pública*. (Febrero, 2015), 2. http://www.worldpsi.org/sites/default/files/documents/research/rapport_sp_56pages_a4_lr_0.pdf.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ José Rodrigo Flores Ramos, “*La Responsabilidad de los Participantes de una Unión Temporal de Empresas, en el Contexto de la Legislación Salvadoreña*”, (Tesis de graduación, para obtener el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2008), 22.

vinculante entre gobierno y empresas privadas para la prestación de bienes y servicios, delegando las responsabilidades y riesgos mayormente al socio privado.¹⁶

Otros autores definieron los APP como: un instrumento Jurídico financiero para desarrollar infraestructura y servicios con recursos privados. A través de este esquema, el sector privado financia el proyecto, teniendo como fuente de pago un contrato con el Gobierno. El sector privado es quien opera el proyecto, construye y equipa, de acuerdo al precio, tiempos y calidad acordada.

En algunos casos la regulación exige que se cree una empresa de objeto específico, también llamado vehículo de propósito específico en adelante “SPV”, por sus siglas en inglés, es decir, una empresa que solo se dedicará a desarrollar y operar el proyecto.¹⁷

Según la Ley de Asocio Público Privado define como, Contrato de Asocio Público-Privado o contrato a un acuerdo suscrito entre una o más instituciones contratantes del Estado y el participante privado, que tiene por objeto, a través de las diferentes modalidades contractuales de esta Ley, la provisión de infraestructura y la prestación eficiente de servicios públicos, de interés general, y otros de carácter privado complementarios a éstos.¹⁸

La entidad reguladora de los Asocios Públicos Privados llamada PROESA, dice que “son proyectos donde las entidades Estatales designarán a un

¹⁶ CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Biblioguías-* (Biblioteca de la CEPAL), 5. <https://biblioguias.cepal.org/c.php?g=159547&p=1044454>.

¹⁷ Centro de Estudios de las Finanzas Públicas *Las Asociaciones Público Privadas como Alternativa de Financiamiento para las Entidades Federativas*, (Palacio Legislativo, San Lázaro, México, 2016) 3 http://www.cefp.gob.mx/publicaciones/documento/2016/junio/eecef_p0032016.pdf.

¹⁸ Ley de Asocios Público Privado (APP) de El Salvador, aprobada el 23 de mayo de 2013 por la Asamblea Legislativa de El Salvador, publicada en el tomo N° 399 D.O el día 5 de junio de 2013.

inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, su construcción, su reparación, el mejoramiento o su mejor equipamiento”.¹⁹

Otra definición por la que se les conoce a los APP es “un contrato en el cual se pone de manifiesto un acuerdo suscrito entre una o más instituciones contratantes del Estado y el ente, o institución privada, en el cual su objeto principal es la provisión de infraestructura y la prestación de manera eficiente de servicios públicos, tanto de interés general como de carácter privado”.²⁰

Las conceptualizaciones internacionales como la del gobierno de los Estados Unidos, que dice los Asocios público-privados (APPs) son “acuerdos contractuales entre socios del gobierno y sus instituciones y la empresa privada, que permiten más participación del sector privado en el sector público”.

Un Asocio público-privado existe cuando instituciones del sector público se asocian con entidades del sector privado (las empresas, las fundaciones, las instituciones ya académicas o las personas naturales) y entran a un acuerdo comercial para lograr un objetivo común que cumple también con los objetivos de cada socio.²¹

Por su parte el Ministerio de Producción, Empleo y Competitividad de Ecuador define los APP como “un modelo de gestión delegada por el cual el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados, encomien-

¹⁹ Dirección de Asocios Público y Privados, Organismo Promotor de Exportaciones e Inversiones de El Salvador, PROESA *Asocios Público Privados* (El Salvador) 2. <http://dapp.gob.sv/Conocenos/Index/1120>.

²⁰ Joel Franco, “Ley de Asocio Público Privado: una Nueva Forma de Privatizar la Cosa Pública” *Revista Humanidades, Universidad de El Salvador*, n°5, (2013):5.

²¹ Elaine Freedman, “El Salvador: Asocios público -privados: otro disfraz de las privatizaciones”, *Revista Envió*, n° 368, (2012): 23.

dan a una empresa privada la ejecución de un proyecto público específico y su financiamiento total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios, a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo”.²²

La Internacional de Servicios Públicos, un sindicato opuesto a las APP, las define en “un informe como «un contrato celebrado entre el Gobierno y una empresa privada en virtud del cual una empresa privada financia, construye y gestiona algún elemento de un servicio público; y la empresa privada cobra a lo largo de varios años, mediante las tasas abonadas por los usuarios, o mediante pagos de la autoridad pública, o una combinación de ambos”.²³

Los APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, los conocimientos, equipos, tecnología, y además se comparten y distribuyen riesgos y recursos con el sector público, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura o proveer servicios públicos, en el ámbito nacional o local.

Es importante destacar que los APP pueden ser implementados para diversos fines. Así, se pueden formar APP's para la investigación y desarrollo de tecnologías, para el desarrollo de proyectos a gran escala, la creación de empresas, entre otros.

Los APP se implementan a través de la suscripción de un contrato de largo plazo entre el Estado y un privado, y este último financia el proyecto, es decir combinan la intervención de capitales privados y, a veces, de capitales del sector público para el mejoramiento de servicios públicos o la administración

²² Ministerio de Producción, Empleo y Competitividad *Beneficios para las empresas que participen en las Asociaciones Público – Privadas (APP)*. (Ecuador, 2015) 12. <https://web.archive.org/web/20170318011612/http://www.produccion.gob.ec/beneficiosapp/>.

²³ Hall, *¿Por qué las (APPS) no funcionan?*, 3.

de activos del sector público. Centrándose en la producción de servicios públicos, ofrecen una estrategia para la administración del riesgo en el sector público más adecuada y eficaz en función de los costos de lo que se consigue mediante los sistemas tradicionales de adquisición.²⁴

La modalidad de APP no implica en ningún caso privatización, pues los bienes no dejan de ser públicos, es decir, nunca pasan a ser propiedad privada.

Un estudio de 2013 publicado en la revista *State and Local Government Review* concluyó que las definiciones de APP varían ampliamente entre las municipalidades: Muchos cargos públicos y privados tildan de APP cualquier conjunto de actividades cuando en verdad la relación es contractual, una franquicia, o la cesión de un servicio público previamente existente a una empresa privada o entidad sin ánimo de lucro.

Un término más general para tales acuerdos es prestación compartida de servicios, las municipalidades se asocian entre sí, y con empresas privadas o entidades sin ánimo de lucro, para prestar servicios a los ciudadanos.

La realidad es que no hay una definición extensamente aceptada sobre qué significa una asociación público-privada (APP). En líneas generales, una asociación público-privada se refiere a un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública.

²⁴ Michael B. Gerrard *Asociaciones entre los Sectores Públicos y Privado: ¿Qué son las asociaciones entre entidades de los sectores público y privado y en qué difieren de las privatizaciones?*, (2001). <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/rard.pdf>

Usualmente, no incluye contratos de servicios ni contratos llave en mano, ya que estos son considerados como proyectos de contratación pública, o de privatización de servicios públicos en los que existe un rol continuo y limitado del sector público.

Existe un incremento en el número de países que incluyen una definición de una Asociación Público-Privada dentro de sus leyes, y cada uno lo hace de manera que esta definición se adecue a sus instituciones y las particularidades de su legislación. En algunas jurisdicciones, y específicamente aquellas que se rigen bajo el código napoleónico, se diferencia un contrato público de una APP. En un contrato público, como una concesión, el sector privado provee directamente un servicio al público, por lo tanto asume el riesgo del consumidor final.

En una APP, el sector privado suministra un servicio al sector público directamente, como en un contrato de Construcción, Operación y Transferencia de una planta de tratamiento de aguas residuales, o un servicio por uso como en la operación de un hospital.

En otros países, hay sectores específicos que no se consideran dentro de la definición de las APP, tales como el sector de telecomunicaciones, ya que están regulados de una manera eficiente o existe un sustancial aporte de parte del sector privado. En otros países, se excluye de la definición de asociaciones público privadas a acuerdos en los que hay más limitaciones para transferir riesgo por razones institucionales, como por ejemplo los contratos de administración, ya que las autoridades prefieren otorgar servicios a través de un proceso más tradicional de contradicción.²⁵

²⁵ World Bank Group. *Asociaciones público privadas*. “¿Qué son las Asociaciones Público-Privadas? (2019), 3. <http://ppp.world-bank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publicoprivadas/definicion>.

2.2. **Ámbito de aplicación de la Ley Especial de APP**

La Ley que se analizará será en el ámbito de aplicación todos aquellos proyectos, contratos en los que las instituciones encarguen a un inversionista privado el diseño y la construcción de infraestructuras y sus servicios ya sea asociados, su construcción, su reparación y el equipamiento, incluyendo el mantenimiento de la infraestructura.²⁶

No se incluirán los proyectos de salud, seguridad social (incluyendo al Instituto Salvadoreño del Seguro Social, en adelante ISSS), seguridad pública, justicia y trabajo penitenciario, agua y educación.

El importe de la inversión y gasto actualizado de operación y mantenimiento deberá superar el equivalente a cuarenta y cinco mil veces el salario mínimo vigente del sector comercio y servicios (\$224,10 dólares mensuales, a julio de 2013), en la actualidad el dato sobre el salario mínimo vigente en el sector comercio y servicios es \$300 dólares mensuales.

Antes de la reciente reforma esos eran sus lineamientos en cuanto al ámbito de aplicación de la ley.

Resultó ser importante hacer algunos comentarios a la exclusión de algunos servicios en los Asocios, porque muchos sostenían que eso hacía inócua la Ley frente a los intereses de la población.²⁷ A iniciativa de algunos diputados que, a criterio; queriendo manifestar estar al lado del pueblo, y no tener

²⁶ Ley de Asocios Público Privado (APP) de El Salvador, aprobada el 23 de mayo de 2013 por la Asamblea Legislativa de El Salvador, publicada en el tomo N° 399 D.O el día 5 de junio de 2013.

²⁷ Balmore Rodríguez, *Los socios público-privados (APPs) en El Salvador: consideraciones desde un enfoque de derechos*, *colectivo de estudio de pensamiento crítico*, (2013), 31. <https://cepcritico.wordpress.com/2013/07/31/los-asocios-público-privados-apps-en-el-salvador-consideraciones-desde-un-enfoque-de-derechos/>.

costos políticos para sus venideras campañas electorales, decidieron excluir del ámbito de aplicación de la LEAPP los siguientes servicios:

“Se excluye del ámbito de esta Ley, proyectos en sector de salud, seguridad social, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), seguridad pública, justicia en lo referente a custodia, rehabilitación y trabajo penitenciario de internos, agua, educación, incluyendo la Universidad de El Salvador”.²⁸

Ante esto, se realizan dos comentarios al respecto: El primero, ¿acaso no es necesario explicar porque se excluyen estos servicios de los Asocios? Desde luego que sí.

Es necesario que se diga de forma explícita que estos servicios se excluyen de los Asocios porque son esenciales para la existencia de la sociedad, y que por ello, no pueden ser ni privatizados ni concesionados; esto daría herramientas de blindaje ante futura correlación de fuerza en la Asamblea Legislativa que quieran modificarlo.

Segundo, la LEAPP se puede modificar fácilmente con mayoría simple; dada esta fragilidad y riesgo, ¿Por qué no se propuso mayoría calificada para la modificación de este párrafo ante posibles intentos de inclusión a futuro? Simplemente porque no conviene.

Por una parte, hay claras intenciones de incluir estos proyectos a futuro; sobre todo cuando el documento del Asocio para el Crecimiento con EE.UU, plantea APP en la prestación del servicio de agua potable, excluido actualmente. Por otra parte, significa entrar en conflicto directo con los grandes

²⁸ Ley de Asocios Público Privado, Artículo 3.

intereses del capital transnacional y con el imperio, algo que no pasa por la mente de la clase política salvadoreña, pero necesario para defender los intereses de la población.²⁹

En ese sentido, ahora con la reciente reforma en la que se amplía el ámbito de aplicación permitiendo así que el sector privado pueda diseñar, construir y mantener proyectos de infraestructura en salud, educación y seguridad en materia de Asocio Público y Privado.

Los diputados de la Asamblea Legislativa, en adelante “AL” aprobaron, en la penúltima sesión plenaria del año 2017, reformas a la Ley Especial de Asocios Públicos Privados, para que en esta modalidad de contratos se pueda ampliar más los ámbitos de aplicación de los Asocios Público-Privados (APP). Para el director ejecutivo de FOMILENIO II, esto se convirtió en una buena noticia porque se considera que ayudará a mejorar los niveles de inversión en El Salvador. Además, con esto también se despeja la duda respecto a que los APP son sinónimo de privatización.³⁰

El director ejecutivo de FOMILENIO II, mencionó que el GOES, a través del Ministerio de Economía, en adelante “MINEC”, envió a la AL una propuesta de reforma a la Ley Especial de APP. “Esto fue justamente por la confusión que había de si los APP son sinónimos de privatización”.

En pocas palabras, lo que se logró con la reforma es incluir la posibilidad de que empresas privadas puedan diseñar, financiar, construir, operar y mantener proyectos de infraestructura de salud, educación, seguridad y agua

²⁹ Rodríguez, Los Asocios Público-Privados, 32.

³⁰ Edwin Teos, *Aprueban ampliar aplicación de la Ley Especial de APP* (La Prensa Grafica, Economía, El Salvador, 2017) 40. <https://www.laprensagrafica.com/economia/Aprueban-ampliar-aplicacion-de-la-Ley-Especial-de-APP-20171224-0048.html>.

potable (este último con algunas excepciones). Sin embargo, la prestación de los servicios de estos ámbitos mencionados siempre estará a cargo del Estado salvadoreño.

Por su parte, el presidente de la Asociación Nacional de la Empresa Privada, en adelante “ANEP”, ve con buenos ojos esta reforma. “Esperamos que con esta modificación se abran algunas oportunidades y se despierte el interés en inversionistas para venir a invertir en áreas donde el Gobierno no tiene los suficientes recursos... Sin embargo, como toda ley y atracción de inversión dependerá de la confianza que genere el Gobierno”.

“Una diferencia que debemos de considerar entre privatización y APP es que en la privatización los activos pasan al privado y los pierde el Estado, mientras que en los APP los activos siguen siendo propiedad del Estado”.

2.3. Principios rectores de los socios público privado

Según el Banco Mundial, es importante señalar que un marco normativo tenga pautas generales o principios para la implementación de los APP, ya que estos principios son las reglas matrices o el código de conducta a seguir para la implementación de este tipo de proyectos.³¹

La incorporación de los principios recopilados por organismos internacionales, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es positivo como elemento rector de la aplicación de la legislación, algunos de estos son la participación, ética, transparencia, equidad, eficiencia, rendición de cuentas y procesos competitivos.

³¹ Banco Mundial, Banco Asiático de Desarrollo y Banco Interamericano de Desarrollo, *Asociaciones Púlicas y Privadas*, (2014). <https://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/consultation-template/public-private-partnerships-reference-guideopenconsultationtemperencguidev02sp.pdf>.

Se destacan los principios de transparencia y publicidad para garantizar una estricta rendición de cuentas, así como el de eficiencia económica, que incorpora la utilización de estudios económicos y dictámenes técnicos para la decisión jurídica de suscribir un contrato de asocio público privado.³²

Los APP también pueden fundamentarse o sintetizarse en estos cuatro principios según el autor: En primer lugar, el principio de regulación que consiste en la idea de que hay una serie de bienes y servicios de interés general, que, debido a fallos de mercado, deben ser supervisados por el sector público. En segundo lugar, el principio de competencia que consiste en la idea de que el sector privado puede contribuir enormemente a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos.³³

Según establece este principio, se señala que debe existir igualdad de trato entre todos los postores, lo que implica que no pueden establecerse requisitos que den mayor oportunidad de participación o puntuación a condiciones que no respondan al objetivo principal del proyecto. En tercer lugar, el principio de reparto de riesgos que consiste 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.

Vinculado al valor por dinero, este principio establece que debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes contratantes (pública y privada), de manera que los riesgos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, considerando el perfil de riesgos.

La mayor capacidad para administrarlos puede entenderse como contar con mayor experiencia, conocimiento o herramientas para evitar su ocurrencia o

³² FUSADES, *Ley de Asocios Público Privados*, 25.

³³ Panameño, “*Asocios Público Privados como Mecanismo*”, 11.

que en caso ocurran, pueda mitigarlos de la mejor forma y al menor costo posible. Y, en cuarto lugar, el principio de integración de la gestión que consiste en la idea de que la participación del sector privado en todas las fases del ciclo de proyecto (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación) puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y servicios públicos.

La Ley de APP de igual manera presenta una serie de principios generales que deberán cumplir todas las actuaciones,³⁴ de los cuales se destacan:

a) Transparencia, publicidad y auditoría social: El procedimiento de contratación público privado deberá incluir mecanismos que garanticen la publicidad de los actos y que permitan un adecuado ejercicio de auditoría social. Todos los actos relativos al proyecto serán públicos y sujetos a una estricta rendición de cuentas.

b) Eficiencia económica: Los mecanismos contemplados para la realización de los proyectos deberán ser aprobados sólo cuando se compruebe, mediante estudios económicos y dictámenes técnicos, que son una opción eficiente, eficaz y sostenible para el desarrollo de infraestructuras y la prestación de servicios.

c) Sostenibilidad ambiental: Los proyectos deberán diseñarse y licitarse considerando los más altos estándares ambientales y el cumplimiento de las reglas sobre el impacto ambiental y deberán ejecutarse por el participante privado, con pleno cumplimiento de todas las normas ambientales exigibles.

d) Principio de protección del trabajador: Todos los contratos estipulan la obligación de las partes de respetar y proteger los derechos de los trabaja-

³⁴ Ley de Asocios Público Privado.

dores; todos los participantes privados, sus contratistas y las autoridades administrativas con atribuciones para la ejecución de la Ley, deberán promover la creación y mantenimiento de condiciones laborales adecuadas para sus trabajadores.

2.4. Naturaleza jurídica y características de los APP

Desde el punto de vista doctrinario se ha intentado singularizar la naturaleza jurídica del contrato de APP, siendo este considerado como un Contrato de Unión de Personas, en adelante UDP. La unión de personas “UDP” se define como al agrupamiento de personas organizadas que realicen hechos generadores, sin importar la modalidad contractual o asociativa.³⁵

Los contratos de unión de personas deben entenderse más como: contratos de colaboración empresarial, debido a que existe un acuerdo de voluntades entre los interesados, que tiene como objetivo la ayuda mutua para obtener un fin común. En el momento en el que las personas jurídicas y/o naturales se unen en una de estas formas de asociación, no hacen otra cosa que hallar una manera de optimizar recursos, aprovechando las cualidades y calidades técnicas, administrativas, financieras o de infraestructura de cada uno de ellos.

Las UDP no forman una sociedad mercantil, dado que no están constituidas con todos los requisitos legales, por lo que no pueden formar una persona jurídica distinta a la de los socios, por lo que no puede ser considerada tampoco como una sociedad irregular ni una de hecho dado que carece de personería jurídica. La duración de las Uniones de Personas es de carácter temporal.

³⁵ Javier Fuentes, et al., “*Tratamiento contable de las operaciones controladas de forma conjunta relacionadas a las uniones de personas (UDP) bajo la figura de socios*”, (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2014), 17.

A través de las siguientes características logramos determinar las principales cualidades que posee la figura del contrato de Asocio Público Privado (APP), lo cual son de mucha importancia para las partes contratantes llámese Empresa Privada y Administración Pública que estén interesados en llevar a cabo esta figura, por lo que a continuación se presentan las siguientes:

Agrupaciones de personas naturales o jurídicas que ejercen una actividad económica similar, conexas o complementaria, que unen esfuerzos con ánimo de colaboración para la gestión de un interés común. Es un medio asociativo de carácter temporal que mantiene su individualidad jurídica. La relación jurídica se mantiene vigente mientras dura el contrato de Asocio Público Privado, es aquí donde se identifica el concepto de la temporalidad debido a que este contrato se define por el plazo pactado entre las partes mientras dura la ejecución del proyecto de Asocio Público Privado.

Respecto a esta característica, es menester contemplar lo que manda la ley respecto al plazo máximo que debe durar un contrato de Asocio Público Privado, el cual debe ser de cuarenta años incluyendo en ellos el plazo de prórrogas que pueda tener el contrato.

Pueden mantener recursos comunes para sufragar los gastos generados por la alianza. Debido a la complejidad y la robustez de todos los proyectos de infraestructura a nivel ingenieril que se inician bajo la modalidad de APP. Lo que se persigue a través de la figura de APP es satisfacer las necesidades de infra-estructura de la población cuando el gobierno no tiene suficientes recursos.

Es decir, pone a disposición del sector privado un activo perteneciente al Estado mismo para que el privado lo ponga en funcionamiento y este le

brinde beneficios a la población. El Gobierno no tiene un papel directo en las operaciones de la entidad.³⁶

Es una tarea primordial de los gobiernos, sí, pero también demanda la participación activa del sector privado, en una relación estrecha, transparente y cooperativa, en la que ambos unan esfuerzos, fortalezas y experiencias para mejorar la competitividad de este país, como resultado de un acuerdo materializado en Escritura Pública ante Notario en el ejercicio legal de sus funciones. Según el Reglamento de LEAPP, indica que al momento de la suscripción de un Contrato de Asocio Público Privado éste deberá ser otorgado en escritura pública y ser celebrado entre la institución contratante del Estado, representada por su titular o por el Fiscal General de la República o el funcionario que éste delegue, según corresponda y la sociedad de propósito especial.³⁷

De acuerdo con lo anterior, se constituye entre personas naturales y jurídicas. Las partes en el contrato de APP's son los intervinientes en su celebración, cuyo consentimiento le ha dado vida.

Debe existir un administrador o representante ante la Administración Tributaria como responsable del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Se nombra a un representante legal residente en el país.

Según la Constitución de la República de El Salvador, en su artículo 193, dice que es el Fiscal General de la República, quien le corresponde ser el representante legal del país, defendiendo los intereses del Estado y la

³⁶ Karen Yamilet Cruz Pineda, et al., *"Análisis de los Requerimientos Mínimos con que deberán contar los prestadores de servicios logísticos que pretendan operar en el Puerto de La Unión"* (Trabajo de Graduación, Universidad Dr. José Matías Delgado, 2009).

³⁷ Reglamento de la Ley Especial de Asocios Público Privado (RLEAPP) de El Salvador, aprobada el 23 de mayo de 2013 por la Asamblea Legislativa de El Salvador, publicada en el tomo N° 407 D.O el día 8 de junio de 2015.

Sociedad misma.³⁸ Si bien lo referente a los APP es extenso, se resaltan dos características³⁹ que los diferencian de la obra pública tradicional:

a) Tratamiento de los riesgos: en un APP los riesgos del proyecto pueden retenerse, compartirse o transferirse, dependiendo del tipo de proyecto a realizarse y de la experticia de cada una de las partes respecto a estos. Los APP son de beneficio para un país en la medida que estos sean estructurados y negociados de forma transparente, distribuyendo de manera clara y justa los riesgos y los beneficios de los contratos.

Típicamente, en un proyecto de APP, los riesgos de diseño, construcción, financiamiento y calidad del servicio son asumidos por el privado, pues es quien posee la capacidad técnica y experiencia para asumirlos; el Estado, bajo este esquema, retendría riesgos tales como los regulatorios (como tarifas), los naturales (geológicos y climáticos, por ejemplo), y otros similares.

Pueden existir también riesgos compartidos, tales como el de demanda o inflación. Lo importante es notar cómo cada parte asume los riesgos que puede manejar de mejor manera.

b) Tipo de financiamiento: en un APP, se da por medio de la figura del Project Finance que se caracteriza por ser un tipo de obtención de recursos en que, prácticamente, la única garantía de los financistas del proyecto son los flujos de efectivo generados por el proyecto y por otros contratos vinculados. Para este fin se crea una sociedad de propósito especial, cuya única actividad es ejecutar el contrato de APP, y es esta sociedad –de la cual

³⁸ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

³⁹ La Prensa Gráfica. “Asocios Público Privados y obra pública tradicional”, (El Salvador, 16 de Noviembre de 2014, sección Opinión). <https://www.laprensagrafica.com/opinion/Asocios-Publico-Privados-y-obra-publica-tradicional-20141116-0036.html>.

el Estado no puede formar parte, pues es un riesgo que no le corresponde asumir– la que obtiene el capital y la deuda necesarios para desarrollar el proyecto.

El sector privado considerado una figura que goza de cierta autonomía, puede decidir la cantidad de capital a invertir en el inicio de un proyecto de naturaleza tal como un Asocio Público Privado, los riesgos que están en juego, la rentabilidad que le generaría y la utilidad a la población en conjunto con el Estado.

En uno de obra pública el Estado financia por medio de ingresos tributarios o deuda. Lo anterior es una muestra de las ventajas que puede tener la modalidad APP para el desarrollo de infraestructura económica y servicios: riesgos asumidos de acuerdo con capacidad y erogación privada para financiar grandes proyectos públicos que generan bienestar.

2.5. Objetivos de los socios público y privado

El objetivo principal que persigue este tipo de contrato es el desarrollo de proyectos de Asocio Público Privado para la provisión de infraestructura y de servicios públicos que sean de interés general, de forma eficiente y eficaz. Se trata de socios que pueden generar beneficios tanto para los privados como para el gobierno. Para los primeros representa una oportunidad de hacer negocios de largo plazo, con una inversión importante y una buena rentabilidad.

Para el gobierno supone la oportunidad de mejorar su oferta de bienes y servicios, reducir la brecha de infraestructura económica y reorientar algunos recursos hacia otras prioridades nacionales.

En un marco de seguridad jurídica, el sector privado aporta recursos económicos, habilidades y conocimientos necesarios para que, en conjunto con el Estado, se desarrollen los proyectos en beneficio de la población.

Se deben de tener objetivos claros para la realización de un Asocio Público Privado entre estos están: El satisfacer las necesidades y expectativas de la ciudadanía. Satisfacer las necesidades de la ciudadanía es por y para quien se crea una asocio de este tipo. El conocimiento de las características, necesidades y expectativas de la ciudadanía son claves para el éxito del proyecto, ya que son los que finalmente deciden la demanda del proyecto, de la cual depende su viabilidad financiera.⁴⁰

Soluciones técnicamente eficientes. Se tienen que alcanzar los requerimientos técnicos mínimos que hagan que el proyecto cubra eficientemente las necesidades que este mismo busca satisfacer. Se tiene que tener siempre en cuenta que la solución a diseñar, debe de estar dentro de un presupuesto que haga que el proyecto sea comercialmente viable.

Viabilidad comercial del proyecto. Los riesgos del proyecto y su rentabilidad tienen que ser atractivos para que un inversionista privado tenga interés en desarrollarlo. La regla es que el riesgo debe de quedar en la parte que puede administrarlo de la mejor manera y al menor costo.

El proyecto a desarrollar, más que un proyecto de ingeniería o servicios, es un negocio, y como todo negocio, tiene que ser comercialmente viable para que pueda implementarse exitosamente. Capacidad de financiar el proyecto. Las entidades financiadoras tienen que estar de acuerdo con la distribución

⁴⁰ Jessica Guzmán, Asocios Público Privados, vitales para el desarrollo, El Diario de Hoy, (julio 04, 2018. Sección Opinión). <https://www.elsalvador.com/noticias/negocios/497284/asocios-público-privados-vitales-para-el-desarrollo/>.

de riesgos y las condiciones del proyecto a financiar. Es importante siempre recordar que sin financiamiento no existe proyecto, no importa que tan bueno sea técnicamente. Dado que un proyecto de infraestructura al momento de buscar su financiamiento no está construido ni operando, el financiamiento se basa en gran parte en los estudios de factibilidad.

2.6. Modalidad y clasificación de los socios público privado según el derecho comparado

Se parte del marco conceptual utilizado anteriormente, las APP son acuerdos contractuales de largo plazo entre el sector público y el sector privado, donde este último financia, desarrolla infraestructura y provee un servicio que tradicionalmente es responsabilidad del sector público.

Entre los principales atributos de los APP están la asignación eficiente de los riesgos entre cada una de las partes, la generación de incentivos para reducir costos y mejorar la calidad del servicio y la obtención de un mayor valor por el dinero público invertido.

Los APP constituyen un instrumento eficaz en la mejora de la infraestructura y servicios públicos y contribuyen con el desarrollo económico y social del país. En la implementación de un nuevo proyecto, y en el caso de los APP, la empresa privada se encarga de diseñar, construir, financiar y operar la infraestructura. Asimismo, ofrece al sector público servicios relacionados a la misma, respetando los criterios de calidad.⁴¹

La legislación peruana define a la Asociación Pública Privada (APP) como un tipo de concesión, la cual puede ser auto sostenible o cofinanciada. En este

⁴¹ Conexión ESAN, "Tipos de estructuración de APP: ¿en qué consisten los proyectos BOT, BOO Y BOOT?", 16 de Abril 2018. <https://www.esan.edu.pe/apuntes-empresariales/2018/04/tipos-de-estructuracion-de-app-en-que-consisten-los-proyectos-bot-boo-y-boot/>.

esquema de asociación entre el Estado y el sector privado, este último presta servicios públicos o ejecuta y explota determinadas obras de infraestructura pública, en un plazo determinado.

Esta definición de APP, que se encuentra inmersa entre la provisión tradicional y la provisión totalmente privada del espectro de la provisión de infraestructura y servicios públicos, tiene múltiples modalidades. Cada una difiere en el nivel de riesgos y obligaciones que asume cada parte. Su implementación exitosa dependerá de las condiciones particulares y del entorno en el que se desarrolle cada proyecto.

En este apartado se presentan las modalidades de Asociaciones Público Privadas más comúnmente utilizadas en el mundo, sus características principales, su estructura financiera y las aplicaciones a proyectos específicos. La multiplicidad de posibilidades para estructurar los proyectos, así como las condiciones particulares de cada país, no ha permitido que exista una terminología común de modalidades de APP. Como lo menciona la autora (2010) “los métodos disponibles para estructurar la participación del sector privado en la provisión de servicios de infraestructura han estado restringidos por una falta de terminología común.” Y es que como lo afirma más adelante en su investigación, se han generado un sin número de términos para hacer referencia a las APP que, dependiendo del país en el que se implementen, tienen diferente significado.⁴²

Es por eso que las modalidades que se presentan a continuación corresponden a una síntesis de esa extensa terminología, haciendo énfasis en aquellas

⁴² Jeffrey Delmon, *Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure: Sorting Out the Forest from the Trees: BOT, DBFO, DCMF, Concession, Lease*. World Bank Policy Research Working Paper, 5173) 2010. <http://documents.worldbank.org/curated/en/999661468323693635/pdf/WPS5173.pdf>.

que más se han utilizado para la provisión de infraestructura asociada a un servicio público.

2.6.1. Modelo build, operate, transfer (BOT)

El sector privado se compromete a construir una infraestructura cuyo diseño es en gran medida proporcionado por la administración. Para ello debe buscar la financiación necesaria y explotar el activo durante un período de tiempo, fijo o variable, acordado contractualmente. Transcurrido el plazo, el derecho a explotar el proyecto se revierte de nuevo a la propiedad, que puede decidir si seguir explotando lo por sí misma o volver a transferirlo al sector privado. Éste es el mecanismo que más se utiliza en concesiones de infraestructura públicas financiadas a través de la técnica del Project Finance.

El modelo de Project Finance (financiación por el proyecto), consiste en que un inversor, o grupo de inversores aporten los fondos necesarios para la construcción de una infraestructura con la única garantía del propio flujo de caja que generará el proyecto. La empresa ganadora de la concesión de construcción y explotación de un proyecto constituye una sociedad vehicular (de la que será el principal accionista) para que gestione la infraestructura.⁴³

Esta sociedad vehicular tiene entidad jurídica propia, constituyéndose normalmente en Sociedad Anónima, y cuyo capital social es desembolsado por la empresa ganadora de la licitación. Bajo el modelo tipo BOT, la sociedad vehicular es propietaria de los derechos de explotación de la infraestructura asociada a la concesión. La sociedad vehicular construye y explota el

⁴³ Daniel Adolfo Deras, Inversión en Infraestructura (Boletín Económico, Banco Central de Reserva de El Salvador.2015),1. <https://www.bcr.gob.sv/regulaciones/documentos/Inversion-Infraestructura.pdf>.

proyecto de infraestructura con los recursos propios aportados por los accionistas, pero sobre todo, con los recursos financiadores del proyecto.

2.6.2. Modelo build, own, operate, transfer (BOOT)

En las Asociaciones Público Privadas que se establecen bajo la figura contractual de BOOT, los activos son construidos y operados por la empresa privada. En este sentido, la propiedad de estos es del consorcio privado hasta que culmina el plazo del contrato, momento en el cual deben transferirse al Estado. Sin embargo, el proveedor privado tiene el derecho a cobrar por el uso directo de los activos.

Se trata de un sistema básicamente igual que el anteriormente descrito, pero, a diferencia del modelo BOT pasa a ser propiedad del consorcio privado que lo explota hasta el momento en que revierte, lo que se traduce en una mayor garantía para el consorcio. En muchos países, la legislación considera que la infraestructura de interés general es pública, por lo que se impone que los activos sigan siendo propiedad de la administración pública, aunque éstos se encuentren fuera de su balance.

2.6.3. Modelo build, own, operate (BOO)

Es el modelo anterior, con la diferencia de que no se produce la transferencia final de los activos. Este modelo se aproxima mucho a una mera privatización del activo. Este tipo de acuerdo dispone que el proveedor privado debe construir y operar los activos de la prestación del servicio. En este particular, el Estado sólo regulará y supervisará la prestación del servicio público, ya que la propiedad del activo siempre es del inversionista proveedor.⁴⁴

⁴⁴ Conexión ESAN, "Tipos de estructuración de APP, 3.

2.6.4. Modelo build, lease, transfer (BLT)

Construir, arrendar y transferir. Build, leasing and transfer (BLT).⁴⁵ A través de este método, se constituye una sociedad encargada de gestionar el leasing de un proyecto necesario para una entidad (administración pública), generalmente, se encarga de mantener y explotar el activo. En este caso, la sociedad privada se constituye con el objeto de construir el proyecto a su riesgo y ventura, y percibe de la administración unos pagos periódicos previamente acordados. El sistema mencionado no se utiliza frecuentemente para la construcción de grandes proyectos de infraestructura pública.

2.6.5. Modelo design, build, finance, operate (DBFO)

En este modelo, el sector privado diseña, construye, financia, opera y mantiene un proyecto de infraestructura. La entidad privada tiene la responsabilidad de obtener el financiamiento durante el periodo de construcción y explotación. El gobierno tiene la ventaja de seguir siendo el propietario de la instalación y al mismo tiempo evita el pago directo de los usuarios.⁴⁶

Este mecanismo, cuyo nombre se acuñó en Reino Unido dentro de la Private Finance Initiative (PFI), es muy parecido al mecanismo BOT, con la diferencia de que en este caso el sector privado asume un papel mucho más importante en el diseño del proyecto. La propiedad de los activos permanece en todo momento en manos de la administración pública, por lo que ésta debe remunerar al consorcio privado encargado de explotar el proyecto, habitualmente, a través de la modalidad de peaje sombra.

⁴⁵ Luis Antonio Rocha Chiu, et al, *Modelos de asociación público privada en la provisión de infraestructura: la experiencia internacional y el desarrollo de las autopistas en México*, Gestión y Estrategia, Núm. 45, Enero, 2014. ⁴⁶ http://oa.upm.es/38225/1/INVE_MEM_2014_208861.pdf.

⁴⁶ *Ibíd.* 45.

2.6.6. Modelo design, construct, manage, finance (DCMF)

Este mecanismo tiene las mismas características que el DBFO, salvo que, junto a la construcción de la infraestructura, se transmite al sector privado la gestión de un servicio íntimamente ligado a la misma. Es el caso de la construcción y posterior explotación, mantenimiento y gestión, por parte de un consorcio privado, de prisiones o centros sanitarios.⁴⁷

Los modelos de APP antes vistos se valen de la iniciativa, la capacidad económica y la experiencia del sector privado para introducir mejoras en los servicios y proyectos desarrollados. Trabajando con el fin de desarrollar altos estándares de calidad y disponibilidad para cada uno de los proyectos, los APP contribuyen con el desarrollo y crecimiento económico y social del país.

2.7. Clasificación de los socios público y privados según la Ley de APP

Según la ley de APP, estos contratos de Asocio Público Privado se clasifican en razón de su naturaleza económica como auto sostenible y cofinanciados; y para precisar los criterios de clasificación de estos contratos, estos deben estar establecidos en las respectivas bases de licitación. Los criterios podrán contener elementos vinculados con la existencia o no de recursos o garantías.

Auto sostenibles: aquellos en los que los ingresos derivados de las tarifas o valores cobrados directamente a los usuarios cubran los costos del proyecto durante la vigencia del contrato y permitan al participante privado obtener

⁴⁷ Noticias de la construcción, Urbanismo e inmobiliario *Contratos de Gestión de Infraestructura con el Sector Privado*, (El Salvador, 25 de marzo de 2014). <https://www.inmoley.com/NOTICIAS/1412345/2014-1-inmobiliario-urbanismo-vivienda>.

una rentabilidad adecuada al riesgo que asume correspondiente a las condiciones de mercado, sin demandar recursos o garantías de ningún tipo provenientes del Estado.

Los bienes que sean propiedad del Estado antes de la autorización del proyecto por parte del consejo directivo de PROESA podrán ser entregados sin que por ello el proyecto deje de considerarse auto sostenible.

Para los contratos auto-sostenibles se podrán tomar en cuenta estos elementos generales:

- a) Que no sean recursos comprometidos del Estado;
- b) Que durante la vigencia del contrato, los ingresos del participante privado están constituidos únicamente por las tarifas o valores cobrados directamente a los usuarios;
- c) Que las tarifas o valores cubran todos los costos del proyecto, durante el plazo de la vigencia del contrato y que permiten al participante privado obtener una rentabilidad adecuada al riesgo que asume correspondiente a las condiciones de mercado.

Cofinanciados: aquellos en los que la sostenibilidad económica del proyecto, durante toda o alguna parte de la vigencia del contrato, demande recursos o garantías del Estado de uno de los siguientes tipos, o una combinación de ambos: Los que impliquen una erogación fiscal firme, los que impliquen una erogación fiscal contingente.

Para los contratos cofinanciados se podrán tomar en cuenta estos elementos generales: a) Que sean comprometidos recursos del Estado. Se considerará como compromiso de recursos del Estado, las contraprestaciones destinadas

a pagar al participante privado los actos previstos en el contrato de Asocio Público Privado, ya sea que tengan por finalidad retribuir la inversión en el proyecto, o bien, la actividad de explotación y conservación en que se incurre para la prestación del servicio;

b) Que demande garantías del Estado. Se considerará como garantía comprometida por el Estado, el pago de potenciales obligaciones al participante privado, cuya finalidad haya sido mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación de oferentes privados. La responsabilidad del Estado en los contratos de Asocio Público Privado será siempre limitada a su inversión. Otra clasificación que se suele utilizar dentro del ámbito europeo comunitario basada en dos amplias categorías como son: la colaboración público-privada de naturaleza contractual y la colaboración público-privada de tipo institucionalizado.

Esta clasificación ha sido propuesta por la Comisión Europea⁴⁸ y se trata de una clasificación autónoma con respecto a los ordenamientos europeos, diseñada para facilitar la consideración de las operaciones de colaboración público-privada desde el punto de vista del softlaw de la Unión Europea, logrando así en alguna medida construir un lenguaje común, al margen de las particularidades de cada ordenamiento jurídico.⁴⁹

Tal clasificación resulta útil para abordar el estudio sobre los distintos tipos de colaboración público-privada fuera del ámbito de la Unión Europea: a) La

⁴⁸ Comisión Europea, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, (Bruselas, 2004,) 8-9. Esta clasificación ha sido retomada por Naciones Unidas, como se advierte en CENUE, *Guide bookon Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, Naciones Unidas, Ginebra, 2008.

⁴⁹ Luis Míguez Macho, "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", en *Revista de Administración Pública, RAP, No. 175, Madrid, (2008):10.*

colaboración público-privada de tipo contractual se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes, englobando combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio. En la colaboración público-privada de naturaleza contractual es posible identificar dos modelos principales: el de concesión y el de contrato público.

b) El modelo concesional puede distinguirse por dos elementos diferencia-
dores. Por una parte, existe una conexión directa entre la entidad privada y el público usuario de la infraestructura o el servicio, por lo que aquélla presta el servicio directamente a los usuarios, aunque bajo el control del socio público; y por la otra parte, la remuneración que el socio privado recibe le es pagada por los usuarios del servicio, sin perjuicio de que en algunos casos pueda complementarse por medio de aportes o subvenciones gubernamentales.

c) En el modelo de contrato público la remuneración del actor privado tiene su origen en pagos periódicos realizados por el socio público y no por los usuarios del servicio, como ocurre en la concesión.

Así, en este modelo, la tarea del socio privado consiste en realizar y de gestionar una infraestructura para la Administración, con lo cual se cubren básicamente los mismos elementos que en las concesiones, radicando la diferencia en que, por razones prácticas o políticas, los pagos son efectuados por el socio público, lo cual ocurre por lo general en el caso de infraestructuras que no tienen carácter productivo, como son los colegios, los hospitales o las cárceles; o cuyos costos no se desea que sean pagados por los contribuyentes, como puede ocurrir con las infraestructuras de sistema transporte.

c) Por otra parte, las fórmulas de colaboración público-privada de tipo institucionalizado, a diferencia de lo que ocurre en las de tipo contractual, en las que la relación se basa exclusivamente en vínculos contractuales, implican la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado. Es decir, las relaciones de colaboración entre el sector público y el privado las cuales se producen en el seno de una persona jurídica distinta, de la que ambos forman parte.

Por otra parte, en El Salvador la ley establece tres modalidades de APP's. Los cuales no asigna una denominación propia a cada una de las modalidades de las que se ocupa, los elementos contenidos en la definición que de cada una de ellas ofrece.

De la definición que la LEAPP brinda de cada una de las modalidades, las que se mencionan a continuación, se desprende más que de distintas modalidades de un contrato único, se está en presencia de tres tipos contractuales autónomos, perfectamente distinguibles.

Por ello, el contrato de socio público privado, más que un tipo contractual en sí mismo, viene a ser un género, que puede manifestarse por medio de los tres contratos distintos, los cuales se puede denominar⁵⁰ como:

a) Contrato de socio público privado implementado mediante concesión de obra pública;⁵¹ esta vendría a ser la primera modalidad, una institución del Estado, sea un ministerio, una institución semi-autónoma o una alcaldía municipal, entrega a una empresa privada bienes u obras materiales de dominio público para que, "según corresponda, construya, amplíe, equipe,

⁵⁰ Ricardo, Suárez Fischnaler, *La Ley Especial de Socios Público Privados: Luces y sombras*. (El Salvador), 8. http://vsvlegal.com/documentos/LeyEspecialdeSocios_PP.pdf.

⁵¹ *Ibíd.*

repare o mantenga una obra a ser explotada y destinada a brindar un servicio público, mediante concesión de obra pública”. Estos socios se dividen en dos tipos: Los que implican entrega de bienes u obras materiales que tienen carácter de “bienes nacionales de uso público”, como calles, plazas, puentes, caminos, el mar y sus playas adyacentes.

Los que tengan carácter de “bienes fiscales”: mantenimiento de una carretera, ampliación y/o mantenimiento del aeropuerto de Comalapa o de los puertos de Acajutla, La Libertad o Cutuco.

b) Contrato de socio público privado implementado mediante concesión de servicio público; que vendría a ser la segunda modalidad, se trata de casos en los que un ministerio, institución semi-autónoma o alcaldía municipal entrega bienes propios a una empresa privada para que ésta brinde un servicio público.⁵²

Estos Socios se pueden dividir en contratos donde, al finalizar, los bienes utilizados tendrán que ser transferidos al Estado; y contratos que no requieren que estos bienes retornen al Estado. Bajo esta modalidad se puede concesionar la prestación y del mantenimiento del servicio de la potabilización y la distribución de agua o la administración de centros penitenciarios.

c) Contrato de socio público privado para la explotación o ejecución de actividades de interés general; que vendría a ser la tercera modalidad, contempla la entrega de bienes fiscales para que los explote una empresa privada. La empresa privada también puede brindar bienes propios a la realización de esta actividad de “interés general”.⁵³

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.* 10.

Se podrían concesionar propiedades del Estado para que una empresa monte una planta de etanol o que realice las investigaciones biotecnológicas. También, las instalaciones de la Universidad Nacional de El Salvador y su capacidad instalada.

Más allá del hecho que esta clase de socio no se estructura con base a un modelo concesional, esta modalidad se diferencia de las dos anteriores por la finalidad que se persigue, puesto que la misma no consiste en la prestación de un servicio público sino en la explotación o ejecución de una actividad de interés general, disponiendo el artículo 6 literal a) LEAPP que debe entenderse por actividades de interés general aquellas que tienen por objeto el impulso de sectores estratégicos de la economía mediante el fomento de la tecnología, la ciencia, la innovación, la investigación y el desarrollo.

En el caso de esta última modalidad, previo al uso de esta modalidad de contratación, la institución contratante del Estado deberá obtener la resolución favorable de la Superintendencia de Competencia, dictaminando que el desarrollo de este proyecto no limita o restringe la competencia, o impide el acceso al mercado a cualquier agente económico.

El Fiscal General de la República es la persona que tiene a bien el representar y defender los intereses fiscales del Estado de El Salvador en toda clase de juicios o contratos sobre adquisición de bienes inmuebles en general y de los bienes muebles sujetos a licitación, así como velar porque en las concesiones de cualquier clase que sean dadas por el Estado, se cumpla con los requisitos, condiciones y finalidades ya establecidas.⁵⁴

⁵⁴ Constitución de la República.

2.8. Ventajas y desventajas de los socios públicos y privados

2.8.1. Ventajas

El rango de sectores en los que se han implementado las Asociaciones Público Privadas es muy amplio. Típicamente las APP se han utilizado en proyectos de infraestructura que requieren grandes cantidades de capital inicial para invertir como lo son, transporte (carreteras, túneles, aeropuertos, vías del tren, puentes y trenes urbanos, entre otros), hospitales, agua, cárceles, servicios municipales, escuelas, basura, edificios públicos y turismo.⁵⁵

Entre las principales ventajas de este instrumento se encuentran menores erogaciones presentes del gobierno, distribución de los riesgos asociados a los proyectos, no requieren deuda pública y se efectúan los pagos iniciales hasta que el gobierno recibe el servicio en las condiciones y calidad contratada.

La Comisión Europea, en su Guía para Asociaciones Público Privadas Exitosas, enumera 8 principales ventajas: Aceleración en la provisión de infraestructura. Las APP permiten al sector público transformar una fuerte inversión de capital inicial, en un flujo de pagos por servicio, es decir, en un gasto. Esto es particularmente valioso cuando las condiciones presupuestarias son limitadas y la realización de un proyecto de infraestructura es necesario.⁵⁶

Implementación de los proyectos en menor tiempo. La asignación de la responsabilidad de diseñar y construir al sector privado, aunado a pagos condicionados a la provisión de un servicio con características acordadas, generan incentivos para terminar los trabajos en tiempo y en forma.

⁵⁵ Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, *Las Asociaciones Público Privadas*, 8.

⁵⁶ *Ibid*, 11.

Reducción de los costos del proyecto. Al internalizar los costos de operación y mantenimiento, los APP generan incentivos para que las empresas optimicen los costos durante toda la vida del proyecto.

Distribución eficiente de los riesgos. Como señala la Comisión Europea, un principio central de cualquier APP es la asignación óptima de los diversos riesgos a la parte que lo puede asumir al menor costo.

Mayores incentivos a un buen desempeño en el servicio. La transferencia de algunos riesgos de un proyecto debería incentivar a la empresa privada asociada para mejorar la administración y el desempeño en el servicio que provee. Esto es posible gracias a que en los Asocios Público Privado, el gobierno no desembolsa un pago completo si no se alcanzan los estándares de servicios acordados.

Mejor calidad en el servicio. Adicional al punto anterior, la experiencia sugiere que la calidad de los servicios es mejor, reflejando, seguramente, una mejor integración de los servicios a la infraestructura, economías de escala, transferencia de tecnología e innovación, así como incentivos y penas incluidas en los contratos.

Por lo tanto, la generación adicional de ingresos (mejor aprovechamiento de activos). En algunos casos, las empresas pueden obtener ingresos adicionales de terceras partes o del aprovechamiento de la capacidad instalada de activos. Esto puede significar una menor subvención por parte del gobierno.

Mejor gerencia de gobierno y valor por dinero. El hecho de que el gobierno pueda transferir responsabilidades en la provisión de los servicios públicos a las empresas, le permiten actuar como un regulador que se enfoque en la planeación y el monitoreo de servicio, en lugar de dedicarse al suministro del

día a día. Además, exponiendo a las empresas a competir por el contrato, le permite aproximar los costos del proyecto a los de mercado y obtener mejor valor por el dinero invertido.

Es importante señalar que los APP no son por si mismos un remedio milagroso, ni siempre el esquema más adecuado para un proyecto de infraestructura, requiere de un análisis riguroso de la conveniencia de optar por esta alternativa que por el esquema tradicional de provisión pública. Este es el caso de, entre otras cosas, la realización de estudios costo- beneficio y la utilización de la metodología de valor por dinero (value for money), que en el primer caso, sirve para determinar si un proyecto de APP es socialmente rentable y, en el segundo, para cuantificar si efectivamente la participación privada crea valor a largo plazo, durante el ciclo de construcción, operación y servicio de un proyecto. Este instrumento evalúa los costos y riesgos a lo largo de la vida del proyecto bajo premisas distintas de la prestación de un servicio en el marco diferenciado de un sector o de una actividad económica (HM Treasury 2006).⁵⁷

2.8.2. Desventajas

Los Asocios Público Privadas no son una solución mágica a las dificultades presupuestarias del sector Público y a los requerimientos de provisión de servicios que este ofrece a la sociedad. De hecho, los APP presentan deficiencias que dependen de la modalidad que se utilice y de las condiciones específicas de cada proyecto.

Las siguientes son una serie de desventajas en los socios público-privadas: Es probable que los costos de desarrollo, licitación y otros generados durante

⁵⁷ *Ibíd.*

el proyecto de APP sean mayores que los de los procesos tradicionales de contratación pública; por lo tanto, el gobierno debe determinar si los costos involucrados son justificados.

Es decir, muchas de las unidades de asociaciones público-privadas y de implementación han desarrollado métodos para analizar los costos y al observar la rentabilidad, como por ejemplo el Tesoro del Reino Unido. Para una discusión más amplia de la relación entre calidad-precio.

Existe un costo asociado a la deuda -a pesar de que al sector privado le es más fácil conseguir financiación, la financiación sólo estará disponible siempre y cuando los flujos de efectivo de la compañía objeto del proyecto proporcionen un retorno a la inversión (es decir, el costo debe ser amortizado ya sea por los clientes o por el gobierno a través de subsidios, etc.).

Algunos proyectos pueden ser más fáciles de financiar que otros (si existe una tecnología comprobada o las obligaciones y las responsabilidades del sector privado son claramente identificables), algunos proyectos generarán ingresos en moneda local (por ejemplo, proyectos de agua), mientras que otros (los puertos y aeropuertos) proporcionan ingresos en dólares o moneda extranjera en las que restricciones de los mercados financieros locales pueden tener un menor impacto. Algunos proyectos pueden ser más política o socialmente desafiante para implementar que otros - en particular si una fuerza laboral existente en el sector público teme ser transferidas al sector privado, o si es necesario un aumento significativo en las tarifas para que el proyecto sea viable, o si hay problemas de restablecimiento o reubicación de terratenientes, etc.

En cuanto a que no hay riesgo ilimitado (*there is no unlimited risk bearing*)- las empresas privadas (y sus prestamistas) serán cautelosos al aceptar riesgos

que escapen a su control, tales como los riesgos de tipo de cambio o riesgo de los activos existentes. Si asumen estos riesgos, entonces esto será reflejado en el precio del servicio.

Las empresas privadas también querrán saber que las reglas del juego han de ser respetadas por el gobierno, como por ejemplo los aumentos en las tarifas, una regulación justa, etc. Si el sector privado acepta un mayor riesgo, se espera que también acepten un mayor nivel de control sobre las operaciones. El sector privado hará lo que se le pague por hacer y nada más que eso -por lo tanto, los incentivos y los requisitos de desempeño deberán ser establecidos claramente en el contrato. Es preciso, entonces, enfocarse en el desempeño ya que es relativamente fácil de monitorear.

La responsabilidad del gobierno es continúa -los ciudadanos seguirán responsabilizando al gobierno por la calidad de los servicios públicos. El gobierno deberá tener la suficiente información, ya sea a través de la agencia encargada de la implementación o a través de un organismo regulador, para comprender los acuerdos de la APP, para llevar a cabo sus propias obligaciones en virtud del acuerdo de APP y para monitorear el desempeño del sector privado y hacer cumplir sus obligaciones.

Es probable que el sector privado tenga más información y después de un corto período, este tenga cierta ventaja sobre el entendimiento de la data arrojada por el proyecto. Es importante asegurarse de que se le requiera al operador informes periódicos claros y detallados para reducir la probabilidad de este tipo de desequilibrio, ya que dada la naturaleza de largo plazo de estos proyectos y la complejidad asociados, es difícil identificar todas las posibles contingencias durante el desarrollo del proyecto y acontecimientos,

problemas que puedan surgir, y por tal motivo, no se hayan contemplado en los documentos o por las partes en el momento del contrato. Es más probable que improbable que las partes deban renegociar el contrato para dar cabida a estas contingencias.

Es posible que algunos de los proyectos de infraestructura puedan fallar o sean cancelados antes del plazo previsto por una serie de razones, como cambios en las políticas gubernamentales, el fracaso de la empresa privada o el gobierno para llevar a cabo sus obligaciones o, circunstancias externas de fuerza mayor. Si bien es cierto que algunas de estas circunstancias puedan ser abordadas en el acuerdo de las asociaciones público-privadas, es probable que otras deban ser manejadas durante el curso del proyecto.⁵⁸

2.9. Diferencia entre el contrato de concesión regulado por la LACAP y el contrato de concesión regulada por la ley especial de APP

Antes de establecer una definición acerca de estos dos conceptos es necesario conocer los orígenes de la figura de la concesión como acto del poder soberano del Estado, su evolución a través de los sistemas de poder y los cambios normativos y doctrinales que ha venido teniendo.

2.9.1. Origen de la concesión

En la concepción del poder soberano del Estado, el contrato de concesión tuvo una transformación radical en la transición del Régimen Absolutista al Estado de Derecho, cuya máxima fundamental se encuentra en la observación del principio de legalidad, ya que los fenómenos que caracterizan los

⁵⁸ World Bank Group. *Objetivos del Gobierno*, 12.

procesos de cambio entre el antiguo régimen y el Estado de Derecho se hacen evidentes en las primeras etapas de afianzamiento jurídico del Derecho Constitucional.⁵⁹

En la antigüedad, las facultades del dominio de los bienes eran exclusivas del príncipe como una manifestación de la potestad suprema, sin reconocer superior en su reino y en defensa de la utilidad pública, llamadas también “prerrogativas” o “reservas imperiales” por el cual se conferían principados, condados y señoríos con derechos reales, castillos o tierras con regalías llamadas “lura regalías” que implicaba además de la concesión de tierra, el derecho real de dominio sobre ellas, en la que se encuentra inmersa la potestad de explotar el bien.⁶⁰ Se trata, en síntesis, de la cesión de los derechos de superioridad del príncipe, mientras que con el surgimiento del Estado de Derecho, el acto concesional adquirió su verdadero significado y dimensión jurídica, pues empezó a ser entendido como el ejercicio o la delegación a un particular de un poder cuya titularidad se encuentra en cabeza de la autoridad pública. De esta forma la concesión como acto reglado, adquiere la connotación de un verdadero acto de derecho público.⁶¹

2.9.2. Nociones Conceptuales

Algunos tratadistas consideran que mediante el mecanismo del contrato de concesión se busca invitar y estimular la inversión privada, ya sea para proyectos de servicio públicos o de explotación de bienes. La concesión

⁵⁹ Michael Alejandro Alba Martínez, et al., *“El contrato de concesión de servicio público. Las nuevas técnicas de generación y explotación de infraestructura y las demás aplicaciones que surgen como consecuencia del cambio institucional”* (Tesis de maestría, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2014), 116.

⁶⁰ Lenin Enrique Araujo Cruz et al., *“La Concesión de Servicios Públicos portuarios en El Salvador: caso del procedimiento de concesión del Puerto de La Unión Centroamericana en el período 2014–2015”*, (Trabajo de Graduación para obtener el título de Licenciado (a) en Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador, 2018), 17.

⁶¹ *Ibíd.*18.

administrativa es un procedimiento que permite a la administración conferir ciertos derechos a un particular en condiciones que implican frecuentemente un acuerdo contractual y la sumisión del concesionario a un pliego de condiciones hecho por la administración.⁶²

Contrato de Concesión: es aquel contrato entre dos personas con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización y/o gestión, total o parcial, de un producto, marca o servicio, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público como en el caso de las concesión que hace el estado para la construcción y administración de una autopista, puerto, aeropuerto, etc.

En ese sentido, se señala la concesión de servicios públicos como: “contrato en la función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de una potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control del ente estatal concedente”.⁶³

Para La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia la concesión se define como aquella delegación de funciones que hace la Administración Pública hacia un particular, respecto a la prestación de un servicio o ejecución de una obra.⁶⁴

⁶² Manuel María Díez, Manual de Derecho Administrativo, 2ª Edición, (Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1985) 52.

⁶³ Danilo Josué Díaz Zepeda, y otros, “*Los mecanismos implementados por la defensoría del consumidor para proteger los derechos de los usuarios frente al suministro de agua potable prestado por la administración*” (Trabajo de Graduación, para obtener el título de Licenciado (a) en Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador, 2009), 23.

⁶⁴ Sala de lo contencioso administrativo, *Sentencia Contencioso Administrativo, Referencia: 86-F-2004* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010), 70.

La concesión se otorga mediante un contrato, en donde se regulan las condiciones para realizar la prestación de un servicio; en la concesión, la Administración delega y faculta a un particular para brindar servicios que en ese momento no puede satisfacer, no obstante, conserva la titularidad de la misma y por tanto su regulación y control.

La Sala de Constitucional, en adelante denominada “SCn”, de la Corte Suprema de Justicia dice que la concesión es el otorgamiento administrativo, ante oferta privada o por ofrecimiento público, que se hace a particulares o empresas, para la apropiación o aprovechamiento de bienes de dominio público, como aguas, minas y montes; para construir obras de interés público para explotar servicios generales o locales.⁶⁵

Las concesiones se dan por contratación directa y, con mayor frecuencia, mediante licitación o subasta al mejor postor, que habrá de sujetarse al pliego de condiciones. Para el artículo 131-BIS de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública,⁶⁶ que se abrevia “LACAP” el contrato de concesión de servicio público, consiste en que el Estado, concede temporalmente a una persona, la potestad de prestar un servicio público bajo su vigilancia y control; a cuenta y riesgo de la concesionaria, cumpliendo el plazo y todas las condiciones que se estipulan en el contrato de concesión.⁶⁷

Por lo tanto, aquellas actividades son necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesio-

⁶⁵ Sala de lo Constitucional *Sentencia de Amparo, Referencia: 1110-2002* (El Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2003), 20.

⁶⁶ Reglamento de la ley de adquisiciones y contrataciones de la administración pública Emitida mediante Decreto Legislativo número 868, de fecha 5 de abril de 2000, publicado en el Diario Oficial número 88, tomo 347, del 15 de mayo del mismo año.

⁶⁷ Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) de El Salvador, aprobada el 1 de octubre del 2009 por la Asamblea Legislativa de El Salvador, publicada en el tomo N°385 del 30 de octubre de 2009.

nario y bajo la vigilancia y control de la entidad Contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.⁶⁸

Los Asocios Público Privado (APP), son una modalidad de desarrollo de infraestructura y prestación de servicios públicos mediante la participación de la inversión privada para el beneficio de la población. La modalidad de APP no implica en ningún caso privatización, pues los bienes no dejan de ser públicos, es decir, nunca pasan a ser propiedad privada. En el caso de los APP para infraestructura, al final de cada contrato el Estado será dueño de una obra en mejores condiciones que cuando la entregó.

Luego de conocer y entender la figura de la concesión, se llega a la conclusión de que los Asocios Público Privado no son Concesiones, sino que se asemejan a las Sociedades de Economía Mixta, las cuales desarrollamos a continuación: Las empresas o sociedades de economía mixta han nacido como una respuesta inmediata a los problemas socioeconómicos de los Estados y como una verdadera solución a los mismos mediante la cooperación entre la empresa privada con el Estado.

En otras palabras, las sociedades mixtas son el producto de medidas adoptadas por los gobiernos a nivel mundial ante crisis económicas por las que han tenido que atravesar a lo largo de la historia; es así como éstas sociedades mercantiles que involucran la participación del Estado como accionista no exclusivo juntamente con el capital particular, son vías para

⁶⁸ María Catalina Marzola Loaiza, "Control Político: Implementación en las Concesiones de Cuarta Generación" *Revista CES Derecho Volumen 6 No.2* (2015): 5. <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v6n2/v6n2a06.pdf>

canalizar y satisfacer estas necesidades económicas que agobiaban a los pueblos en su momento.⁶⁹

Una de las definiciones de las Sociedades de Economía Mixta; es la forma por el Estado y particulares para la explotación de actividades industriales o comerciales y servicios públicos de esa naturaleza, y cuya administración se realiza mediante un organismo que están representadas las dos categorías de socios.⁷⁰

Por lo tanto, es toda aquella sociedad mercantil cuyo capital social está formado por aportaciones públicas y privadas; en la cual estos aportes les otorgan el derecho de ser partícipes de la estructura administrativa o de dirección propia de la sociedad. En cuanto a la naturaleza jurídica de las Sociedades de Economía Mixta, la sociedad de economía mixta debe ser clasificada como persona de derecho privado o público, de acuerdo con el predominio que la administración pública ejerza en la constitución, administración y dirección de la empresa, y el porcentaje de acción con que contribuya a la formación del capital social.⁷¹

Es decir, que si existe una participación mayoritaria del Estado por medio de municipalidades o instituciones autónomas con sus debidas aportaciones de capital será factor definitivo para poder identificar una sociedad de economía mixta como persona pública. Generalmente, la sociedad de economía mixta es una entidad de derecho privado pero puede ser catalogada de derecho

⁶⁹ Marta Beatriz Menjivar Rivas, *“Importancia de la asociación intermunicipal de energía para El Salvador (ENEPASA), como socio público de Alba petróleos de El Salvador, sociedad de economía mixta”* (Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador), 2012.

⁷⁰ Miguel S. Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, 3 ed (Editorial Pacifico, Argentina), 457.

⁷¹ *Ibíd.* 466-467.

público porque las personas jurídicas públicas que participan en la sociedad mercantil mixta están sometidas a un control riguroso.⁷²

Por parte del Estado, debido a que se participa con fondos públicos, siendo propicias en ese sentido las auditorías que la ley manda a manera de examinar la gestión financiera de las mismas.⁷³ En El Salvador esa idea anterior del autor no aplica como característica distintiva de la naturaleza jurídica de la sociedad de economía mixta, ya que la misma legislación del país hace alusión a la naturaleza de la misma, siendo de derecho privado independientemente de las auditorías que el Estado le realice.

En ese sentido, estas figuras se asemejan y existe diferencia entre ellas: en los APP el Estado no comparte acciones con los privados. La sociedad que se conforma tras adjudicarse el contrato es únicamente de capital privado y el Estado no tiene participación alguna. Esto se debe a que el Estado busca trasladar riesgos al sector privado que éste sea competente para administrar. Sin embargo, esto no significa que el Estado se aparta del servicio público, pues el privado estará en todo tiempo sujeto a un régimen regulatorio que garantice que la obra o el servicio satisfagan los fines públicos.⁷⁴

Una sociedad de economía mixta es aquella sociedad mercantil que nace producto de la iniciativa del capital privado en conjunto con el del Estado,

⁷² Ley sobre la constitución de sociedades por acciones de economía mixta “ Art. 7.- Cuando la Corte de Cuentas de la República lo estime conveniente podrá ejercer en las Empresas de Economía Mixta una fiscalización a posteriori, limitada a inspeccionar mediante delegados autorizados los libros y registros de las Compañías, quienes estarán obligadas a mantenerlos siempre disponibles en sus propias oficinas”. Ley de la Corte de Cuentas de la República de El Salvador “En el caso de entidades que estén sujetas a la vigilancia de la Superintendencia del Sistema Financiero o de la Superintendencia de Sociedades y Empresas Mercantiles, el control de la Corte podrá realizarse en coordinación con aquellas.”

⁷³ Felipe Sola Cañizares, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*. Tomo III. (Editorial Montaner y Simón. Bogotá. 1993), 459.

⁷⁴ Panameño. “*Asocios Público Privados*”. 9.

donde ambas aportaciones individuales, tanto públicas como privadas, están destinadas a unificar esfuerzos con miras a ejecutar una actividad económica determinada con finalidad social o explotación de un servicio público.

2.10. Riesgo en los socios público privado

Una de las razones principales dadas para el uso del APP es que estos acuerdos permiten a los gobiernos transferir algunos de los riesgos asociados con la construcción o la gestión del proyecto al sector privado. La idea es que el gobierno y el socio privado se sientan al mismo nivel, definan los riesgos que podrían amenazar el proyecto, y los dividan entre ellos. La parte que es más capaz de controlar el riesgo debe ser la responsable de los costos asociados al mismo si llega a pasar.

Pero los APP son contratos y, como todos los contratos, pueden ser diseñados bien o mal. La medida en que el riesgo se transfiera depende de la forma clara, redacción y firma del contrato, y sobre cuáles riesgos está dispuesto a asumir contractualmente el sector privado.

A través de un proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de si debe o no adoptar medidas de carácter preventivo.⁷⁵

Hay, nueve tipos de riesgo que deben ser tomados en cuenta en la redacción de cualquier contrato de obra pública:

⁷⁵ Wendy Romina Hernández Rivera, y otros. *“Análisis de información financiera y evaluación de riesgos dirigido a empresas constructoras interesadas en formar socios para participar en licitaciones de gobierno”* (Trabajo de Graduación. Universidad de El Salvador, 2011). 1, 5, 49.

- a. Riesgo técnico (ingeniería / fracaso de diseño)
- b. Riesgo de construcción (por encima de los costos esperados)
- c. Riesgo operativo (costos operativos más altos de lo esperado)
- d. El riesgo de ingresos (reducción de la demanda de lo previsto)
- e. Riesgos financieros (gestión inapropiada de la deuda)
- f. Fuerza mayor (guerra, desastre natural)
- g. Reglamentación / riesgo político (cambios en la ley, el descontento del electorado con el proyecto)
- h. El riesgo ambiental (daño ambiental)
- j. Riesgo de proyecto por defecto (fracaso por una combinación de estos otros riesgos)

Mientras más complicado es el contrato, hay un riesgo mayor a que sea asumido por el socio privado. Por ejemplo, en un contrato básico de Diseño y Construcción (DC), donde el socio privado diseña y construye el activo antes de transferirlo al sector público, el socio privado asume el riesgo técnico (a veces llamado “el riesgo de diseño”) y el riesgo de construcción, por lo general al acordar un límite de precio en el contrato y comprometerse a pagar los sobrecostos.

Es la inseguridad, probabilidad o proximidad de un daño, incertidumbre sobre el acaecimiento de un evento y de las consecuencias o daños que el mismo

pueda acarrear. Evento incierto, indeseable, imprevisto e involuntario, que en caso de producirse puede traer consecuencias negativas, además de generar necesidades cuantificables económicamente.

En ese sentido, los Asocios Público Privado son una herramienta que, por desinformación o prejuicios con una carga más ideológica que técnica, a veces ha sido desacreditada.

Es por eso que es necesario aclarar que la participación privada bajo un APP no elimina la propiedad, autoridad o la soberanía que tienen las entidades públicas sobre los bienes o servicios. Los APP no son una privatización y eso es algo importante para que la ciudadanía, los trabajadores y todos los involucrados comprendamos con claridad.

Los APP son buenos y son de beneficio para un país en la medida que sean estructurados y negociados de forma transparente, distribuyendo de manera clara y justa los riesgos y los beneficios de este tipo de contratos.⁷⁶

2.10.1. Tipos de riesgo

Hay por lo menos nueve tipos de riesgo que deben ser tomados en cuenta en la redacción de cualquier contrato:

a) Operativo: probabilidad de sufrir pérdidas financieras como consecuencia de deficiencias en los sistemas de información, en los controles internos, por errores en el procesamiento de las operaciones u otros aspectos operativos o tecnológicos.

⁷⁶ *Ibíd.*

b) Liquidez: probabilidad de incurrir en pérdidas por no contar con los recursos suficientes para cumplir las obligaciones asumidas y no poder desarrollar el negocio en las condiciones previstas.⁷⁷

c) Técnico: se refiere al grado de imprevisibilidad de alcanzar las soluciones técnicas buscadas, afecta principalmente a las empresas que no poseen industrialización elevada ya que los proyectos corren el riesgo de no ser exitosos.

d) Construcción: consiste en la incertidumbre al momento de ejecutar un proyecto por lo cual es necesario conocer la naturaleza y funciones de los agentes implicados en todo el proceso constructivo.

e) Financiero: engloba las consecuencias adversas que pueden producirse por una alteración cuantitativa o cualitativa en los ingresos presupuestados, recogiendo las disminuciones efectivas de recursos financieros mantenidos en ejercicios presupuestarios previos, así como el desaprovechamiento de iniciativas que faciliten el incremento o diversificación de las fuentes de financiación.

f) Mercado: posibilidad de que ocurra un evento que se traduzca en pérdidas debido a cambios en las condiciones generales del mercado frente a las de inversión en proyectos.

g) Inherente: el riesgo inherente es intrínseco a toda actividad de negocios, y surge de la exposición a la incertidumbre de probables eventos o cambios en

⁷⁷ Rodolfo Oconitrillo Brenes, *Gestión de riesgo de liquidez para cooperativas de ahorro y crédito*, (El Salvador), 5. <https://docplayer.es/7134831-Gestion-de-riesgo-de-liquidez-paracooperativas-de-ahorro-y-credito-programa-de-gestion-de-riesgo-fecoopse-inie-ucr-san-jose-costa-rica-agosto-2011.html>

las condiciones de negocio de la economía.⁷⁸

h) Legal: consiste en el riesgo de pérdida debido a la no exigibilidad y/o violaciones e incumplimientos con las leyes, reglas y prácticas, o cuando los derechos y obligaciones legales de las partes respecto a una transacción no están bien establecidos.

i) Ambiental: consiste en la mal estudio o evolución del entorno físico – ambiental en donde se pretende iniciar con un proyecto.

2.11. Organismo regulador de los socios público privado

En los últimos años, las instituciones de gobierno autónomas como la Agencia de Promoción de Exportaciones e Inversiones de El Salvador (PROESA), promueve leyes que protegen y buscan incrementar el nivel de inversión privada en el corto, mediano y largo plazo, es decir buscan que el país esté abierto a la inversión nacional y extranjera mediante una adecuada seguridad jurídica y que provea atractivos incentivos fiscales para que inversionistas se establezcan y obtengan una ventaja competitiva en el país, además busca promover las exportaciones mediante servicios a empresas de asesoría, programas de apoyo, eventos de promoción y oportunidades comerciales que facilitarán la exportación de sus productos al mercado exterior.

PROESA surgió originalmente en febrero de 2000, mediante el Decreto Ejecutivo n.º 3, y fue definida como la Comisión Nacional de Promoción de Inversiones, cuyas atribuciones fueron ampliadas con el fin de apoyar todo

⁷⁸ Mario Ernesto Pérez Clement, y otros, *“Evaluación del riesgo operativo a través del análisis financiero del estado de flujo de efectivo para las medianas empresas del sector comercio en el municipio de San Salvador.”* (Trabajo de graduación para optar al grado de: Licenciado en Contaduría Pública Universidad de El Salvador. Mayo, 2006), 7.

tipo de actividades relacionadas con la negociación y ejecución de tratados de libre comercio, luego esta agencia sufrió varias renovaciones y bajo Decreto Ejecutivo n.º 59 en mayo del 2011, sustituyó a la Comisión Nacional para la promoción de Exportaciones e Inversiones (CONADEI), que reunió en su momento a EXPORTA como agencia responsable de la promoción de exportaciones, y PROESA como agencia responsable de la promoción de inversiones, ambas creadas en fechas diferentes, e integradas bajo la CONADEI a partir de 2005.⁷⁹

La creación de PROESA ha permitido la promoción y atracción de la inversión privada nacional y extranjera, la promoción de los socios público-privados, las exportaciones de bienes y servicios producidos en el país, la evaluación y monitoreo del clima de negocios y la elaboración de propuestas de mejora de las políticas de inversión y exportación, como por ejemplo el Fondo Apuesta por Inversiones, el cual es no reembolsable y diseñado por el Gobierno de El Salvador en conjunto con la agencia de cooperación Corporación Reto del Milenio de Estados Unidos.

Este fondo puede financiar bienes públicos o semi-públicos que son necesarios para que entes privados puedan ejecutar nuevos proyectos de inversión o para la expansión de proyectos productivos ya existentes, la primera convocatoria a recibir expresiones de interés cerró el 1 de marzo de 2013 y los proyectos recibidos se encuentran en una fase de evaluación.

Entre los resultados generales de la primera convocatoria para participar en el Fondo Apuesta por Inversiones se recibieron expresiones de interés para: 72 perfiles de proyectos, \$575 millones en proyectos de inversión privada solicitada y \$321.5 millones de inversión pública solicitada. Entre la inversión

⁷⁹ Proesa, *Apuestas por Inversiones*, (El Salvador, 2013), 12. <http://www.proesa.gob.sv/inversiones/apuesta-por-inversiones>

privada propuesta, un 46% para el área de turismo, 16% agroindustria, 15% energía, 10% servicios internacionales, entre otros.

En El Salvador, desde los años 80 se vieron algunas señales asociativas en las grandes empresas y corporaciones transnacionales, sobre esta tendencia globalizadora y forma de atacar los mercados, pero no fue hasta principios de la década de los 90, luego de firmarse los Acuerdos de Paz, cuando se da el verdadero auge asociativo dentro del sector. A la fecha se han formado alianzas público-privadas en casos como: Nejapa Power, Duke Energy, La Geo, entre otros.

La técnica adoptada para competir en los mercados internacionales consistió en establecer alianzas estratégicas, inversiones minoritarias, fusiones, utilización de licencias y subcontratación internacional, la figura de Asocio se inicia ante la necesidad de ejecutar proyectos que requieren de una inversión elevada, donde una sola empresa no puede hacerle frente a la necesidad de llevar a cabo el proyecto; con ello además como lo revisamos anteriormente, se minimizan los costos de inversión, se mitigan los riesgos, y se complementan aspectos técnicos y operativos.

El país se encuentra en una situación en la que necesita invertir en infraestructura para su progreso, pero al mismo tiempo los fondos Estatales necesarios para esta inversión son escasos.⁸⁰ Las instituciones involucradas y sus roles serán:

a) Instituciones contratantes del Estado: son los dueños de los proyectos que contratan con su contraparte privada para constituir un APP. Pueden ser ministerios, autónomas e incluso los municipios si lo desean.

⁸⁰ Ley de Asocios Público Privado.

b) Inversionistas privados nacionales o extranjeros que aportan capital y capacidad administrativa.

c) Ministerio de Hacienda: vigilará el uso adecuado de los recursos públicos y la consistencia fiscal de los compromisos del Estado derivados de los contratos de APP.

d) PROESA: es el ente rector de la política nacional de Asocios Público-Privados. Además, asesorará a las instituciones del Estado en el desarrollo de proyectos bajo esta modalidad. Esta agencia además de promover las exportaciones nacionales, atracción de inversiones, tendrá como objetivo: La promoción y dirección estratégica de los esquemas colaborativos de inversión entre el sector público y el sector privado y en particular los Asocios Público Privados para el fomento de proyectos de inversión en infraestructura y de prestación de servicios, con el propósito de lograr su viabilidad con alta rentabilidad social en coordinación con las instituciones del sector público que lo requieran.

e) Entes fiscalizadores: son las instituciones independientes que supervisan y fiscalizan el cumplimiento de las obligaciones de los contratos. En áreas en las que ya hay reguladores estos asumirán tales responsabilidades; Autoridad Marítima Portuaria (AMP), Autoridad de Aviación Civil (AAC) y Superintendencia General de Electricidad Telecomunicaciones (SIGET). En las otras (carreteras, turismo, entre otros) funcionará el Organismo Fiscalizador de Asocios Público Privado (OFAPP) creado en esta ley.

2.12. Procedimientos para llevar a cabo los Asocios Público Privado

A raíz de la necesidad de brindar más y mejores servicios de infraestructura y servicios públicos han motivado al gobierno de El Salvador a buscar nuevas

e innovadoras soluciones en la participación privada en infraestructura y servicios como alternativa a la provisión de inversión pública tradicional.

Una de estas soluciones consistió en la visualización de implementar los de Asocios Público Privados (APPs), mediante las cuales se busca generar eficiencias con la participación de los inversionistas privados en la gestión de proyectos a mediano y largo plazo

A través de estos mecanismos, se potenciaría el desarrollo de grandes proyectos nacionales en materia de obras de infraestructura, servicios públicos y actividades de interés general, lo que se espera que dé como resultado el impulso de la economía nacional y el desarrollo social del país. De manera concreta, estas son las fases por las que usualmente deben pasar los proyectos, según la Ley Especial de Asocios Público-Privados.⁸¹

a. Identificación de proyectos. Es la fase donde las instituciones seleccionan los potenciales proyectos para que inicien un proceso de evaluación más a profundidad como lo es el de Desarrollo del Estudio de Factibilidad incluido la evaluación socioeconómica, etc., así como definir bajo qué modalidad de contratación se llevará a cabo el Asocio Público Privado.⁸²

b. Factibilidad. Se realizan estudios técnicos que permiten determinar si el proyecto tiene potencial para ser desarrollado como un APP.

c. Preparación de bases. Se define un borrador de contrato, donde se detallan todas las responsabilidades de las partes, riesgos de las partes, participantes, conformaciones de socios, pagos, etc. para el proyecto.

⁸¹ Proesa, *Metodología para la Evaluación de Proyectos de Asocio Público Privado*. (El Salvador, 2013), 13. <https://drive.google.com/file/d/0B48E7Nehox7Pbm5RTFpVUml6MUk/view>.

⁸² Proesa, *Procedimiento para desarrollar un Proyecto de Asocio Público- Privado* (El Salvador, 2013), <https://drive.google.com/file/d/0B48E7Nehox7PMjRWbmQ5NFJrbIU/view>.

d. Licitación, adjudicación y contratación. Es la fase donde se realiza un proceso competitivo para seleccionar al ganador del contrato a quien se designará la realización del proyecto de APP.

e. Ejecución del proyecto APP. Es la fase donde el ganador, construye, opera y mantienen el proyecto según los niveles de servicio establecidos en el Contrato.

2.12.1. Suscripción

Los contratos de Asocio Público Privado se otorgarán por escritura pública y serán celebrados entre la institución contratante del Estado y la sociedad de propósito especial, dentro del plazo que establezcan las bases de licitación. Si transcurrido el plazo establecido en las bases, no se hubiera formalizado el contrato por responsabilidad del adjudicatario, la institución contratante del Estado dejará sin efecto la adjudicación, cobrará la garantía de obra y podrá adjudicarse a la siguiente mejor oferta o, si no existiese otra, volver a convocar una nueva licitación pública.

2.12.2. Ejecución

Una vez cumplidos los requisitos para su suscripción y habiendo formalizado el contrato por los otorgantes se procede a darse cumplimiento, de conformidad con su contenido y a las condiciones ya pactadas, a partir del plazo fijado para su ejecución.

En el contrato se especificarán los bienes que se mantendrán como propiedad del Estado durante la ejecución del contrato y cuáles serán propiedad del participante privado. En los bienes propiedad del participante privado, se distinguen los bienes que queda obligado a devolver o a transferir al Estado al término del contrato y los que puede retener.

Además, durante la ejecución del contrato, el participante privado podrá efectuar adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios que estime necesario, sin sujetarse a un régimen de adquisiciones y contrataciones específico.

Durante la fase de construcción del proyecto, la institución contratante del Estado nombrará un supervisor del proyecto, que velará por el cumplimiento de las obligaciones correspondientes, con base a las funciones establecidas en el contrato de Asocio Público Privado.

2.12.3. Modificación

La institución contratante del Estado, podrá exigir la modificación de las características de las obras y servicios, para incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos, o por razones de interés público. Las bases de licitación especificarán el monto máximo de inversión que la institución contratante del Estado podrá exigir al participante privado y el plazo máximo para ordenar la modificación.

En ningún caso, el monto máximo podrá exceder del 15% del presupuesto final de la inversión y deberá requerirse antes del cumplimiento de dos tercios del contrato. Por otro lado, la institución contratante del Estado y el participante privado podrán acordar la modificación de las características de la obra y servicios contratados, para incrementar los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación.

El monto, en este caso, no podrá superar el 20% del presupuesto final de la inversión. En ambos casos, si los cambios afectarán negativamente al equilibrio económico y financiero del contrato, el participante privado tendrá derecho a compensación.

2.12.4. Suspensión o terminación del contrato

Como todo lo que inicia tiene su fin, el contrato de Asocio Público Privado tiene su etapa final; la cual es su suspensión o terminación y puede darse ésta de diferentes maneras.

La institución contratante del Estado podrá suspender temporalmente el contrato por causa fortuita o por fuerza mayor, debidamente comprobada, de acuerdo a lo estipulado en las bases de licitación y el contrato, o por cualquier causa que las bases de licitación establezcan. El contrato terminará por el vencimiento del plazo o el cumplimiento de alguna condición resolutoria estipulada en el contrato. Podrá terminar anticipadamente por:⁸³

a) Causa fortuita o fuerza mayor: si sólo afecta a la realización parcial de las obligaciones del contrato, y en la medida en que el resto de las obligaciones sean susceptibles de cumplimiento, las partes acordarán un ajuste para adecuar el contrato al cumplimiento de las obligaciones restantes.

b) Por interés público, podrá solicitarse en los siguientes supuestos: Que la obra o servicios se volvieran innecesarios para la satisfacción de necesidades públicas, que la obra o servicios demanden su rediseño o complementación por un monto superior al 20% del presupuesto inicial.

c) Por mutuo acuerdo: la institución contratante del Estado y el participante privado podrán convenir terminar el contrato por mutuo acuerdo, siempre que cuenten con la aprobación del Ministerio de Hacienda y del OFAPP, con el objetivo de incrementar los niveles de servicio y mejorar los estándares técnicos del proyecto. En este caso, la institución contratante del Estado

⁸³ *Ibíd.*

deberá llevar a cabo una nueva licitación para adjudicar un nuevo contrato referido al mismo proyecto. Esta Terminación sólo podrá tener lugar cuando hayan transcurrido dos tercios de la vigencia del contrato y cuando la inversión necesaria para las mejoras supere el 20% del presupuesto inicial. El participante privado tendrá derecho a ser indemnizado.

d) Incumplimiento grave o abandono: la institución contratante del Estado declarará la terminación del contrato por incumplimiento grave o abandono del proyecto por parte del participante privado. Dentro del plazo de 180 días desde la declaración de incumplimiento o abandono, deberá nombrar un nuevo participante privado de una nómina propuesta por la mayoría de los acreedores.

2.12.5. Formas de resolver controversias

La crisis de justicia que se viene experimentando en el país debido a la lentitud de los procesos judiciales que se tramitan ante diferentes instancias jurisdiccionales ordinarias, ha conllevado a un quebrantamiento del Derecho Constitucional de tutela judicial efectiva. Esto ha traído la necesidad de introducir los mecanismos alternos de resolución de controversias.⁸⁴

Los mecanismos de resolución de controversias se estipulan en los contratos. Sin embargo, la Ley recoge las normas de aplicación supletoria cuando las partes no acuerden un mecanismo distinto en el contrato. Los mecanismos alternos a la jurisdicción ordinaria no podrán aplicarse en las siguientes controversias:⁸⁵

a) Cuestiones sobre las que recaiga una sentencia judicial firme.

⁸⁴ Henry Alexander Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, (Editorial Cuscatleca, San Salvador, El Salvador, 2014). 271.

⁸⁵ Constitución de la República.

b) Cuestiones laborales.

c) El ejercicio del rol fiscalizador e impositivo de sanciones por los reguladores sectoriales.

d) El ejercicio de los derechos de la institución contratante del Estado de terminar el contrato de forma anticipada, por abandono o incumplimiento grave de las obligaciones por el participante privado, o por interés público.

e) Arreglo directo y mesa de especialista: las partes participantes en el proyecto intentarán, en primer lugar, resolver las controversias por arreglo directo. Si transcurridos 30 días desde la fecha de solicitud del inicio de la negociación, no han llegado a un acuerdo, deberán nombrar, cada una, un especialista - árbitro - en la materia. Los especialistas dispondrán de un plazo de 60 días para proponer a las partes las formas de solventar las controversias.⁸⁶

f) Inicio del Arbitraje: si con el proceso anterior no se consiguiera un acuerdo con respecto a todas las controversias, se integrará un Tribunal Arbitral. El Tribunal resolverá las diferencias de acuerdo a Derecho y estará formado por tres profesionales: cada parte nombrará un árbitro, y el tercero será designado de común acuerdo entre las partes. La institución contratante del Estado y el participante privado remuneran el Tribunal Arbitral en partes iguales.⁸⁷

Existe un amplio espectro de modalidades de APP que pueden implementarse, variando en función tanto de las necesidades y características de cada

⁸⁶ Ley de Asocios Público Privado.

⁸⁷ Proesa, *Metodología para la Evaluación*, 14.

proyecto, como de las condiciones institucionales y del entorno específico en varios aspectos, se ha destacado que la LEAPP ha constituido un significativo avance en el camino de contar con regulación moderna de las fórmulas de colaboración público- privada.

CAPÍTULO III

PROBLEMAS DE IMPLEMENTACIÓN DE LOS ASOCIOS PÚBLICO Y PRIVADO

En este último capítulo, se presentan los problemas de implementación que ha tenido esta ley a los largo del tiempo desde que nació a la vida jurídica como un cuerpo normativo regulador de la figura de los Asocios Público Privado, tales como la desinformación o posibles perjuicios con carga más ideológica que técnica, ocasionando la pérdida de credibilidad, instando de manera imperante al esclarecimiento de la participación privada bajo un Asocio Público Privado, no eliminaría la propiedad, autoridad o la soberanía que tienen las entidades públicas sobre los bienes y servicios, siendo estos desde el ámbito económico y social, sus limitaciones legislativas y jurídicas y por último presentar las propuesta de solución a la temática planteada.

3. Aspectos económicos y sociales

El Desarrollo de El Salvador es un objetivo que atañe al Estado, al sector privado y a la sociedad; cada uno según sus competencias y funciones. El problema es que ni en su forma filosófica ni en su forma práctica, este objetivo es neutral; en su aplicación se expresan múltiples intereses y relaciones de poder, en el campo de la economía, la política, la cultura, lo social y el medio ambiente.

En el contenido y en la forma que adquiere el “desarrollo” hay un paradigma de la realidad, unos propósitos explícitos e implícitos y unos actores que lo

promueven y se benefician más que otros de su puesta en práctica. A pesar de la existencia de algunas prácticas alternativas fundamentadas en otra visión de la realidad, lo cierto es que en el país impera un paradigma dominante de desarrollo intrínsecamente vinculado al sistema capitalista, caracterizado a su vez por un sistema de relaciones de poder asimétrica que promueve y defiende, en función de los intereses de las grandes corporaciones económicas y políticas, el libre mercado, la competitividad, la rentabilidad y la producción de conocimiento.

Fuera de esto, estos actores no se movilizan para apoyar otros modos de organización social dirigida a lograr que en los países la población viva bien y en armonía con el medio ambiente. Pareciera que el capitalismo es promocionado como la mejor garantía humana sostenible.

En lo que respecta al Estado, su rol en las últimas cuatro décadas ha sido garantizar que el sistema capitalista se ocupe, a través del mercado, de impulsar el desarrollo económico, aun a costa de trasladarse al sector privado nacional e internacional sus principales activos mediante procesos de privatización.

Luego, con los escasos recursos financieros propios y con la adquisición recurrente de deuda, se ha dedicado a implementar diferentes tipos de políticas públicas; unas dirigidas a amortizar los impactos negativos de la implementación del modelo de libre mercado y, otras más enfocadas a reducir los efectos de la pobreza estructural.

De acuerdo a las estadísticas oficiales, estas políticas han dado algunos resultados. Actualmente se cuenta con un sistema vial moderno, con un aeropuerto moderno, con nuevas instalaciones del sistema nacional de salud

o mejoras en algunas de ellas; con varios programas de protección social, por ejemplo. Sin embargo, los avances para reducir las brechas de la exclusión social siendo muy modestos.

Los tanques de pensamiento asociados al capitalismo han establecido como condición necesaria para lograr el desarrollo de los países a que incrementen el producto interno bruto, sobre la base de tasas de crecimiento económico superiores al 5% El Salvador, bajo la dirección del partido ARENA, llevó a la práctica todo lo que ha estado a su alcance para lograr este objetivo; además de la privatización y de dolarizar la economía, le apostó a los tratados de libre comercio con México, Estados Unidos y otros muchos países más.

El país ha logrado superar la barrera de los tres puntos porcentuales en los últimos 25 años. Luego, al examinar año con año el crecimiento económico, aparecen algunos con algún repunte, en la gestión del ex presidente Elías Antonio Saca, sin embargo, este comportamiento está relacionado fundamentalmente con factores externos y coyunturales, entre los que sobresale el precio del café en los mercados internacionales y el incremento de las remesas familiares. Al iniciar la crisis económica mundial y de los Estados Unidos de América en particular, las tasas de crecimiento descendieron hasta llegar a números negativos.⁸⁸

Dotar a un país de las condiciones necesarias para hacer crecer su economía es una tarea que, sin duda, requiere del involucramiento de una diversidad de actores clave de la vida nacional. Es una tarea primordial de los gobiernos, sí, pero también demanda la participación activa del sector privado, en una relación estrecha, transparente y cooperativa, en la que unan

⁸⁸ Central American Journals Oline, "Los Asocios Público-privados y su alcance en El Salvador" *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, (2012): 134. <https://lamjol.info/index.php/REALIDAD/issue/view/424>.

esfuerzos, fortalezas y experiencias para mejorar la competitividad de este país.

El bajo crecimiento de la economía de El Salvador no es noticia nueva. Lastimosamente, esa dinámica económica es la misma desde hace años, algunos analistas y medios de comunicación quieren hacer creer que el bajo crecimiento es un mal reciente cuando en realidad se trata de un problema atávico que, como afirman ciertos economistas, se debe al agotamiento del modelo económico imperante y a que no se ha tenido la capacidad de invertir en el bienestar de la gente.⁸⁹

Sin duda, este bajo crecimiento es uno de los principales factores que explican el poco desarrollo del país. Y es causa última de la migración de millones de salvadoreños y salvadoreñas a otros países en busca de empleo y de mejores condiciones de vida. El bajo crecimiento económico es también en parte responsable del endeudamiento y del alto déficit fiscal y a la falta de políticas de inversión en la gente, frena además la creación de empleos, obliga a que buena parte de la población recurra a la economía informal para sobrevivir y hace que permanezca insatisfecho el deseo de bienestar de la gente.

Para que haya crecimiento económico, se requiere inversión; si no hay inversión, la economía se estanca. La inversión, sea pública o privada, origina nuevas empresas, crea empleos, incrementa la producción, incide en un balance comercial sano, ofrece nuevos y mejores servicios.

Los APP son una herramienta nueva en este país, no así en otras naciones de Latinoamérica como Chile, Perú, Colombia y México, o en otras latitudes como Europa, Asia y África, donde ya hay una experiencia más avanzada y

⁸⁹ *Ibíd.*

se conocen sus beneficios potenciales en términos de aumento de la inversión, mayor crecimiento económico y mejoramiento de la competitividad de la economía.

Se trata de socios que pueden generar beneficios tanto para los privados como para el gobierno. Lastimosamente, es una herramienta que, por desinformación o prejuicios con una carga más ideológica que técnica, a veces ha sido desacreditada.

Es por eso que surge la necesidad imperante de aclarar que la participación privada bajo un APP no elimina la propiedad, autoridad o la soberanía que tienen las entidades públicas sobre los bienes o servicios. Los contratos de APP no significan privatización y eso es algo muy importante en que la ciudadanía, los trabajadores y todos los involucrados comprendan con claridad. El Salvador, no solamente es el país centroamericano con el nivel más bajo de inversión extranjera, sino también el que tiene el menor nivel de inversión privada de la región.

Esta poca inversión privada, en un país que tiene suficientes recursos para ello, es señal de la falta de patriotismo de aquellos que pudiendo invertir en el país y generar un mayor número de empleos no lo hacen porque prefieren no correr riesgos con su capital.

Por su parte, al Gobierno le corresponde impulsar políticas que estimulen la inversión privada, pero también dedicar una buena parte de los recursos Estatales a la inversión pública. Debe invertirse más en la gente, es decir, en educación, en salud, en protección social; y debe invertirse para incrementar la producción en todas las áreas de nuestra economía y para generar empleos decentes. Los problemas de implementación de los Asocios Público

Privados son en su mayoría problemas económicos e ideológicos en su mayoría siendo estos los siguientes:

- a) Algunos proyectos pueden ser más fáciles de financiar que otros (si existe una tecnología comprobada y/o las obligaciones y las responsabilidades del sector privado han sido claramente identificables), algunos proyectos generarán ingresos en dólares solamente (por ejemplo, proyectos de agua), mientras que otros (por ejemplo, los puertos y aeropuertos) proporcionan ingresos en moneda extranjera en las que restricciones de los mercados financieros locales pueden tener un menor impacto.⁹⁰
- b) Es fundamental tener un claro marco regulatorio y legal para lograr una solución sostenible.
- c) La responsabilidad del gobierno es continúa -los ciudadanos seguirán responsabilizando al gobierno por la calidad de los servicios públicos. El gobierno deberá tener la suficiente pericia, ya sea a través de la agencia encargada de la implementación o a través de un organismo regulador, para comprender los acuerdos de la APP, para llevar a cabo sus propias obligaciones en virtud del acuerdo de APP y para monitorear el desempeño del sector privado y hacer cumplir sus obligaciones.⁹¹
- d) Es probable que el sector privado tenga más pericia y después de un corto período, este tenga cierta ventaja sobre el entendimiento de la data arrojada por el proyecto. Es importante asegurarse de que se le requiera

⁹⁰ FUSADES, Fundación salvadoreña para el desarrollo económico y social, boletín de estudios legales, (El Salvador 2014). 157. "Reformas necesarias para una óptima ley de socios público y privado"<https://es.slideshare.net/fusadesorg/reformas-necesarias-para-una-optima-ley-de-asocios-pblico-privados>.

⁹¹ Rodríguez, Los Socios Público- Privados, 10.

al operador informes periódicos claros y detallados para reducir la probabilidad de este tipo de desequilibrio.

En la actualidad, El Salvador estuvo en riesgo de perder la oportunidad de concretar el primer proyecto de APP en el país, debido a que no existían o más bien no se tenía claridad acerca de las condiciones políticas y normativas adecuadas para llevarlo a cabo.

Este APP consistente en un proyecto de iluminación y video vigilancia en 140 kilómetros de carreteras estratégicas, a fin de brindar mayores niveles de seguridad para los peatones y los conductores que transitan de noche en estas áreas.

El Salvador cuenta con una Ley de Asocios Público Privados, desde junio de 2013, ley que entró en vigor con debilidades importantes, por lo que ha sido reformada en dos ocasiones. De acuerdo con el Infrascopio 2017, luego de las reformas que se llevaron a cabo en 2014 y en 2017, El Salvador se ubica en la tercera posición respecto al marco normativo de APP en América Latina.⁹²

No obstante, tener una ley que abra la posibilidad para que el Gobierno busque alternativas de financiamiento con el apoyo del sector privado y lograr así una mejor infraestructura y calidad de servicios para los salvadoreños.

Cuando se aprobó la ley, se esperaba que fuera un instrumento que hiciera al país más competitivo y que fuera una invitación a inversionistas para que

⁹² The Economist Intelligence Unit.: Evaluación del entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe. Comisionado por el FOMIN del BID. (2017).3 <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Infrascopio-2017-Evaluaci%C3%B3n-del-entorno-para-las-asociaciones-p%C3%ABlico-privadas-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>.

vinieran a desarrollar proyectos estratégicos, siempre bajo la supervisión del Gobierno.

En este sentido, se elaboró una lista de potenciales proyectos que podrían ser desarrollados bajo la figura de APP para que fueran analizados con detenimiento y se hicieran los estudios técnicos respectivos. El 30 de septiembre de 2014, el Gobierno firmó un convenio en el que se comprometía a formular y licitar dos APP: i) la ampliación del aeropuerto internacional y ii) la creación de un parque eólico en Metapán.

De acuerdo con un informe de la Secretaría Técnica de la Presidencia, estos modelos de negocio vía APP evitarían ejercer una mayor presión sobre las finanzas del Gobierno de El Salvador (GOES) y permitirían una mayor holgura para la administración de recursos por parte de la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma (CEPA) y la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL).

Además, de enviar un mensaje positivo hacia el sector privado debido a la apertura mostrada por el país para la atracción de inversión. No obstante lo anterior, ambos proyectos fueron descartados por causas aún no explicadas, habiéndose manifestado también una fuerte oposición ideológica por parte de algunos funcionarios, la cual además era infundada, dado que los APP de ningún modo equivalen a privatización, que es una objeción que algunas veces se ha planteado. A lo cual ha hecho que transcurran casi cinco años y El Salvador siga rezagado respecto a esta temática.

Ante esta preocupante situación, se logra acordar otra oportunidad para identificar nueva lista de potenciales proyectos de infraestructura necesaria para el desarrollo del país. Con el apoyo de FOMILENIO II se invirtieron US\$4.5 millones para estudios técnicos de 8 potenciales proyectos APP,

asesorías de alto nivel a instituciones y capacitaciones especializadas a más de cuarenta encargados de desarrollo de proyectos APP en ministerios e instituciones encargadas.⁹³

En esta nueva oportunidad se incluye el “Proyecto de Iluminación y Video Vigilancia”, cuyo objetivo es resolver la falta de adecuada iluminación a lo largo de ciertos tramos de carreteras de alto movimiento vehicular y de peatones.

Por lo que era necesario y urgente que la Asamblea Legislativa aprobara la reforma del Art. 26 de la Ley de Carreteras y Caminos Vecinales, a fin de crear las condiciones normativas adecuadas para el desarrollo del Proyecto de Asocio Público Privado de iluminación y video vigilancia. La pronta aprobación de la reforma al Art. 26 enviaría la señal correcta que en El Salvador se priva el interés general del país sobre el interés particular.

De no haberse aprobado, se ponía en riesgo en el corto plazo el componente de socios público privados bajo Fomilenio II, pero en el largo plazo la pérdida es de mayor magnitud, ya que se cierra la puerta para realizar proyectos de infraestructura que permitirían mejorar la infraestructura de las escuelas, hospitales, cárceles, entre otros.

De la experiencia obtenida a lo largo de estos años se puede concluir que en una gran medida, la apuesta por el crecimiento económico se ha convertido en un fin en sí mismo y no en un medio, entre otros de igual peso, para asegurar el desarrollo del país pero también se observa la obstinada posición política de seguir instrumentalizando al Estado en función del crecimiento económico, lo que acarrea importantes implicaciones.

⁹³ FUSADES, *Los Socios público privado*, 20.

Una de ellas es que se sigue aceptando que el Estado no tiene la capacidad para administrar eficientemente los activos que brindan diferentes servicios a la sociedad. Frente a esta ineficiencia, en lugar de trabajar en una nueva estructura y cultura organizacional, se opta por implementar nuevos instrumentos que permitan transferir al sector privado el manejo de estos activos, sin que esto signifique su privatización, bajo la premisa que este sector es más competente para asumir esta tarea. Detrás de esta argumentación y práctica, están presentes la ideología neoliberal y el postulado de que el mercado, “el libre mercado”, es capaz de ofrecer bienes y servicios de calidad a buen precio.

Otra implicación importante es el trato preferencial que el sector empresarial recibe del Estado como parte de los incentivos diseñados para atraer la inversión al país. Más allá de generar empleos, no siempre de calidad, estos manejos terminan por afectar las arcas del Estado, incrementando aún más el déficit fiscal y ante la falta de recursos, desmejorando la capacidad de implementar políticas públicas y debilitando la institucionalidad pública.⁹⁴

3.1. Limitaciones legislativas y jurídicas

El Infrascopio 2017 señala que el marco de los APP de Paraguay, promulgado en 2013 y enmendado en 2016, no excluye ningún sector para el establecimiento de socios público privados, ya que el gobierno tiene una larga lista de sectores de infraestructura que requieren mejoras, como carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, agua y alcantarillado, instalaciones educativas y penitenciarias, entre otras.

En Nicaragua, el Gobierno aprobó un nuevo marco legal de APP en 2016 y ha identificado varios proyectos que se llevarán a cabo bajo ese esquema,

⁹⁴ Central American Journals Online, *Los Socios Público-privados*, 3.

centrado en gran parte en infraestructuras de transporte y energía, dependiendo de su capacidad para asegurar financiamiento.⁹⁵

Los países con mercados de capitales débiles que dependen de instituciones internacionales para financiar proyectos de APP, requerirán una estrategia que les permita expandir otros mecanismos alternos de financiamiento, por ejemplo, podrían ser bonos para mantener su acceso al capital, o inclusive, bonos de impacto para el desarrollo.⁹⁶

El estudio señala que hay una brecha importante entre la legislación (lo que está en los libros) y la madurez del sector en términos de proyectos APP implementados (lo que ocurre en la práctica).

Los países pueden tener un alto puntaje en “Regulaciones” e “Instituciones”, pero todavía están rezagados detrás de “madurez”. El Salvador, Nicaragua, Guatemala y Argentina han modificado recientemente su legislación y sus instituciones de APP, pero les falta poner en práctica lo que han instituido; por lo que un gran desafío en los próximos años será probar el entorno regulatorio e institucional de los APP, construyendo una sólida cartera de proyectos y garantizar su cierre financiero.

En el caso de El Salvador, si bien tiene una buena ley y una buena institucionalidad, en el indicador de madurez en el desarrollo e implementación de APP, se ubica en la posición número 15, casi al final de la lista. Esto implica que el mayor reto está en probar su ley, su institucionalidad y sobre todo la política nacional de APP como eje transversal en la Administración Pública. Es decir, falta comprobar que existe una visión compartida entre las

⁹⁵ FUSADES, *Los Asociados público privado*, 20.

⁹⁶ Central American Journals Online, *Los Asociados Público-privados*.

instituciones de gobierno, así como con los representantes del sector privado.

Para FUSADES, El Salvador cuenta con una ley que contiene graves deficiencias que a la fecha han impedido que se concrete el primer APP en el país; en este sentido, el pasado 27 de febrero del corriente año, PROESA, Fomilenio II y el Ministerio de Economía, presentaron ante la Asamblea Legislativa un Proyecto de Decreto con reformas a la Ley Especial de Asocios Público Privados, Ley APP, con el fin de hacer más eficiente la infraestructura y la provisión de servicios públicos y elevar así la calidad de vida de la población.⁹⁷

Las reformas presentadas buscan cuatro objetivos: i) agilizar el procedimiento para el desarrollo de los proyectos APP; ii) permitir al Estado utilizar la herramienta en sectores de importancia económica y social; iii) aumentar certeza jurídica al aclarar aspectos de importancia; y iv) otorgar facultades necesarias al ente especializado (PROESA) en la materia.⁹⁸

Una buena ley debe generar certidumbre y seguridad a los inversionistas y por ello debería evitarse una excesiva intervención legislativa y asegurar el respeto al marco constitucional. De acuerdo con los expertos, la Ley APP vigente convertía a El Salvador en el único país con este tipo de exigencia (múltiples intervenciones legislativas), y esto podría tener consecuencias negativas al ser un posible desincentivo para presentar ofertas, por la falta de seguridad jurídica que podría conllevar que un contrato ya firmado entre un inversionista y el Estado, deba ser remitido al Congreso para su aprobación.

⁹⁷ The Economist Intelligence Unit.: Evaluación del entorno, 2.

⁹⁸ FUSADES, *Reformas a la Ley*, 6.

Un oferente puede gastar entre 800 mil y 1.2 millones de dólares para elaborar una oferta de un proyecto de APP, por lo que requiere certidumbre jurídica para querer participar en un proceso de licitación e invertir en el país.⁹⁹

En los últimos cinco años, algunos países de América Latina y el Caribe (ALC) han aprobado legislación específica sobre APP, incluyendo El Salvador (2014), Paraguay (2013) y más recientemente Nicaragua (2016), Costa Rica (2016) y Argentina (2016-2017). El estudio señala que si bien estos países ya cuentan con un marco legal, necesitarán más tiempo para poner en práctica sus nuevas políticas de APP. El reto de estos países es probar sus legislaciones definiendo una cartera sólida de proyectos.

En el caso particular de El Salvador, se indica como algo positivo que el país cuenta con un marco jurídico que contempla disposiciones específicas que permiten y promueven la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura y en la prestación de servicios por parte del Estado. El Salvador se ubica en la posición número 3 en el ranking de marco legal, siendo superado solo por Chile y Colombia.

La Ley de APP, cuya modificación más reciente fue en 2014, contiene un conjunto de normas que describen en detalle los aspectos técnicos, sociales, medioambientales, fiscales, económicos, jurídicos y reglamentarios de los proyectos APP.

No obstante lo anterior, el informe señala que el país enfrenta retos importantes, tales como la violencia de las pandillas, la alta exposición a los desastres naturales y los riesgos climáticos, lo que puede limitar su atractivo

⁹⁹ FUSADES, *Reformas a la Ley pueden*,10.

como inversión destino, ya que pueden dañar la infraestructura y, por ende, constituyen riesgos que deben abordarse específicamente cuando se administran proyectos APP, ya que pueden dañar la infraestructura y, por ende, constituyen riesgos que deben abordarse específicamente cuando se administran proyectos APP, ya que pueden afectar los costos generales de cobertura de riesgos.¹⁰⁰

A pesar de no haberse alcanzado el grado de madurez que muestran las experiencias extra regionales, en América Latina se conocen casos de diálogo entre los principales actores económicos y sociales y el Estado que, en ocasiones, han desempeñado un papel relevante.

Este fenómeno se ha dado en el ámbito global, con mesas de diálogo, comisiones especiales e, incluso, órganos permanentes asesores de la Presidencia e intercambios de ideas con vistas a la definición de estrategias, planes nacionales de desarrollo o ambos. También se aprecia colaboración público-privada en sectores y regiones, en algunos casos aún más maduras que en el ámbito global. Por último, ha habido una cierta incorporación de representantes del sector privado en las entidades ejecutoras de las políticas públicas.

Con respecto a los tipos de diálogo, en las que se distinguen claramente las alianzas de tipo formal y estructurado que predominan en Barbados, Colombia, Panamá y el Perú.

En estos países se ha legislado respecto del proceso de colaboración público-privada, lo que le otorga un estatus formal que facilita la legitimación de estas alianzas y su organización, a la vez que, en cierta forma, las protege de los cambios de gobierno y sus diferentes concepciones.

¹⁰⁰ *Ibíd.* 6.

En cuanto a los diálogos estructurados, puede ser que no haya legislación al respecto, pero se expresan en consejos o comisiones que, en algunos casos, con el transcurso del tiempo fueron adquiriendo legitimidad de hecho.

Los diálogos informales y tácitos existen, por ejemplo, en Costa Rica, donde los sectores público y privado son permanentes colaboradores, pero sin instancias formales que definan esta relación, también participaciones de tipo específico, como en México, originadas por convocatorias del gobierno con duración y funciones acotadas.

En ciertos países puede predominar la coexistencia de varios tipos de diálogo y por ello, se han caracterizado como “híbridos”. Un ejemplo de alianza público-privada híbrida es la que se observa en el Brasil, ya que al nivel más alto del gobierno existe una alianza formal y estructurada en el marco del Consejo de Desarrollo Económico y Social (CDES), mientras que aún prima una modalidad especial de colaboración público-privada en torno a políticas y planes específicos, como por ejemplo en la PDP.

En Chile, la forma predominante también es híbrida; por una parte, una alianza formal y estructurada en el caso del Consejo Nacional de Innovación y de las comisiones especiales estructuradas de las aglomeraciones de exportación y, por otra parte, comisiones especiales convocadas en relación con temas específicos, como las comisiones de educación, de equidad y otras.

Para comprender la evolución de las alianzas público-privadas en los países de América Latina se debe tener en cuenta que en ellos predominó por largo tiempo una visión dicotómica entre Estado y mercado. En un extremo están los defensores del mercado, que continúan abogando por la reducción del

Estado, lo que en muchos casos ha redundado en un gran debilitamiento de las instituciones públicas; en el otro se sitúan los que defienden el Estado, no confían en el mercado y demandan un control creciente de su normal funcionamiento. Esto, a su vez, se traduce en una profunda desconfianza entre el sector público y el privado, sujetos a una dependencia del pasado que dificulta la sustentación de estas alianzas.

Es en este contexto que en algunos países se han producido recientemente iniciativas de acercamiento y colaboración para construir un proyecto compartido del futuro nacional. Esto venía ocurriendo con anterioridad a la actual crisis financiera global, por lo que es de esperar que las alianzas se fortalezcan debido justamente a la necesidad de enfrentar su impacto a corto plazo de manera consistente con las necesidades estructurales de un crecimiento alto y sostenido a mediano y largo plazo.¹⁰¹

Otra de las limitaciones que se han enfrentado en relación con el liderazgo de estos organismos en los países latinoamericanos ha sido la debilidad de la vocación de servicio público, debido a la frecuente ausencia de una carrera funcionaria que permita ir desarrollando un personal cada vez mejor capacitado a todo nivel, en conjunto con una memoria institucional.

Para superar esta situación, un primer obstáculo es la escasez de organismos que ofrezcan contratos de trabajo lo suficientemente prolongados como para permitir el desarrollo de la carrera funcionaria. En algunos países el personal está sujeto a una modalidad de “honorarios, o contratos de locación y servicios”, que lo deja expuesto a los ciclos de gobierno. Como señalan el autor, esto tiene varias implicaciones: los nombramientos pueden ser objeto

¹⁰¹ Robert Devlin y Graciela Moguillansky, *Alianzas Público-Privadas, para una nueva visión estratégica del desarrollo* (Secretaría General Iberoamericana, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, 2009), 133.

de un alto grado de politización, lo que incide negativamente, por una parte, en el profesionalismo del personal y, por la otra, en el acervo de conocimientos y memoria institucional vinculados a la experiencia, que se pierden debido a la continua rotación del personal, lo que se ha transformado en una debilidad estructural del sistema.

A este fenómeno se asocia el hecho de que en cada nuevo ciclo de gobierno se reemplaza un alto porcentaje de los funcionarios, no solo a los que desempeñan cargos de alto nivel y de confianza del Presidente, sino también a secretarios, subsecretarios, jefes de reparticiones y hasta jefes de unidad. La consecuencia de esto es que los nuevos funcionarios, carentes de memoria institucional, no se comprometen con la continuación o el fortalecimiento de los programas que venía implementando el gobierno saliente, los que dejan de ser ejecutados por la nueva autoridad.

Esto refuerza el “síndrome de refundación”, un flagelo que persiste en gran parte de la región.¹⁰²

3.2. Propuesta de solución para mejorar la implementación de los socios público y privado

La entrevista realizada ante la Institución Reguladora PROESA, se puede establecer que es fundamental darle continuidad a los proyectos de Asocio Público Privado, pero no como una solución a los problemas de país, sino como una oportunidad de mejorar muchos aspectos como, infraestructura, salud y comercio; la inversión extranjera debe ser una oportunidad de crecimiento que impulsen al país. Se debe avanzar rápidamente con la implementación de los APP, pero con un marco legal e institucional fortalecido que garanticen la seguridad jurídica para el inversionista.

¹⁰² *Ibíd.* 160.

Se debe invertir e infraestructura diseñando un plan de trabajo a largo plazo con un orden jurídico, por medio del cual se creen lineamientos a seguir para tener claro el desarrollo de los APP, pero agotando cada una de las etapas que se deben establecer para que los contratos de APP no pierdan su naturaleza y se transformen en contratos de Concesión como se ha venido realizando en los últimos años.

Es de carácter fundamental que el Estado convierta estos contratos de APP como propuesta de Gobierno a través del cual se puedan mejorar aspectos fundamentales que como país no se pueden lograr. La inversión privada o extranjera es necesaria para poder lograr el cumplimiento de estas propuestas de forma exitosa, propuestas como mejorar y ampliar carreteras a nivel nacional, infraestructura y medicinas en los hospitales, acueductos y el área transporte.

Determinar las bases concretas que los socios público privado son una herramienta para lograr un mayor desarrollo en el país como ya lo han puesto en marcha en otros países a nivel internacional y viendo resultados positivos. Se debe tomar el ejemplo y ponerlo en marcha, eliminar esa ideología política como un medio de privatización de recursos nacionales, sino como una herramienta para el desarrollo de El Salvador.

En función del desarrollo inclusivo, el Estado está llamado a crear todas las condiciones que permitan mejorar los procesos de producción de bienes y servicios, teniendo como objetivo la capacidad de incrementar valor a toda la actividad económica. El Estado para cumplir con estas competencias tiene necesariamente que fortalecerse lo que demanda de nuevos procesos de ingeniería de una cultura organizacional girando en torno a la gestión por resultados.

Hipotecar la capacidad del Estado de ofrecer a la sociedad servicios estratégicos que a su vez permiten públicas debe de ser una prioridad de los gobiernos de turno. En aras del crecimiento económico, no sería ético ni políticamente correcto ofrecer al mejor postor del sector privado el usufructo de activos estratégicos para ofrecer bienes y servicios, mucho menos, sería política y económicamente estratégico crear instrumentos de política “a la carta” para atraer inversión privada bajo el pretexto que con ella se logrará estimular el crecimiento económico y con este mejorar el desarrollo del país.¹⁰³

Es importante que El Salvador cumpla con los compromisos adquiridos en los convenios firmados con cooperantes internacionales, ya que ante incumplimientos reiterados, se sienta un precedente negativo para el país, se manda un mensaje equivocado a la comunidad internacional y se ponen en riesgo oportunidades futuras, y no solamente Internacionalmente si no con la población salvadoreña, para que esto sea funcional se tiene que tomar en cuenta varios aspectos.

Una Asociación Público Privada constituye parte de un menú de opciones contractuales para el desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios públicos necesarios para el diseño e implementación de una política pública particular del gobierno, como proveer de agua a cierto sector de la ciudad, conectar a dos poblaciones mediante una carretera o dar acceso a servicios de salud con la construcción de un hospital.

Es así que las APP son instrumentos que pueden ser útiles para el desarrollo de una política pública particular exitosa; estos pueden ser la *Legitimidad y Consenso Social*, este es un primer paso para el desarrollo del APP y significa que entre mayor riesgo por la legitimidad mayor es la prima que

¹⁰³ Central American Journals Oline, *Los Asocios Público-privados*, 4.

exige el sector privado, en pocas palabras el grado de legitimidad está directamente relacionado con los riesgos para una APP ya que la falta de un consenso social puede generar retrasos sobre los costos en la construcción afectando la rentabilidad del Proyecto.

Certidumbre Legal, Fiscal y Financiera; con esto quiere decir que el Proyecto tiene que tener por lo menos certidumbre legal (derecho de propiedad), certidumbre fiscal (recursos públicos para largo plazo) y certidumbre financiera (garantizar pagos de contra prestaciones).

Asignación Óptima del Riesgo la óptima asignación de los riesgos deriva en eficiencias y mejoras en el desempeño de los proyectos, la optimización subyace en asignar los riesgos a la parte que tiene la mejor capacidad para administrarlos y mitigarlos. El principal vehículo para transferir los riesgos es el contrato.¹⁰⁴

Es fundamental que el contrato especifique detalladamente su distribución y que aporte las herramientas para su mitigación; *Incentivos Alineados* mientras las empresas buscan maximizar sus ganancias, minimizando sus costos, el gobierno busca maximizar el bienestar social. Por ello, una asociación exitosa entre ellos, que cumpla exitosamente los objetivos de un proyecto, requiere de un esquema de incentivos alineados.

En primer lugar, el modelo financiero del proyecto debe producir un retorno razonable de la inversión privada, que por lo menos cubra el costo de oportunidad dinero. Un proyecto de inversión que no es rentable no es viable.

Por otro lado, el sector público debe garantizar que el pago esté ligado al desempeño y calidad de los servicios pactados en el contrato para obtener

¹⁰⁴ *Ibíd.*

un mayor beneficio social; *Rentabilidad Social* uno de los principales criterios para determinar si se debe realizar un proyecto de APP es si éste es socialmente rentable y si genera Valor por Dinero.

El primero, determina si a la sociedad le conviene que se lleve a cabo el proyecto y el segundo, demuestra que es más conveniente para la sociedad realizarlo por medio de una APP; *Gerencia del Proyecto APP* requieren de liderazgos efectivos en la gerencia y administración de los proyectos, con unidad de mando que pueda articular a las partes involucradas, resolver problemas y asimetrías de información y ser el vocero del proyecto ante la sociedad.

CONCLUSIONES

En la parte final del trabajo de investigación, se presentan las conclusiones y recomendaciones, luego de haberse enriquecido el conocimiento del estudio de los Asocios Públicos y Privados y sus problemas de implementación.

Se ha demostrado que la provisión tradicional de infraestructura y servicios públicos en el mundo se ha venido enfrentando a múltiples retos, principalmente relacionados a la disponibilidad limitada de recursos presupuestarios, a un endeudamiento público creciente y a bajos estándares de operación y mantenimiento de la infraestructura construida y de los servicios prestados a los ciudadanos.

En El Salvador surgió la idea de adoptar esta figura contractual considerando el éxito a partir de la manera en que han sido implementados en diversos países del mundo, hallando lo que hoy conocemos como Asocios Públicos Privados, considerada como una alternativa para financiar y desarrollar proyectos de infraestructura asociados a la provisión de servicios, mediante una mayor participación del sector privado. Lastimosamente, esta herramienta que, por factores de desinformación o prejuicios meramente políticos e ideológicos esta ha sido desacreditada como una forma de llevar al país a obtener un mejor desarrollo a nivel nacional.

Se considera importante el aclarar la participación privada bajo las modalidades de un APP, no eliminan la propiedad, autoridad o la soberanía que tienen las entidades públicas sobre los bienes o servicios ya que en El Salvador no es solamente el país de la región centroamericana con el nivel más bajo de inversión extranjera, sino también el que tiene el menor nivel de inversión privada de la región. se ha demostrado también que el bajo crecimiento es

uno de los principales factores que explican el poco desarrollo del país. Y es causa última de la migración de millones de salvadoreños y salvadoreñas a otros países en busca de empleo y de mejores condiciones de vida.

En los APP, la participación privada se da a través acuerdos contractuales de largo plazo entre el gobierno y un socio del sector privado, donde este último típicamente financia y provee un servicio público usando un activo de capital o de infraestructura en la que también demanda la participación activa tanto del sector privado y el sector público, para la existencia de una relación estrecha, transparente y cooperativa, en la que ambos unan esfuerzos, fortalezas con el fin de mejorar la competitividad del país.

Concluyéndose también que es importante reiterar que las APP no son siempre el esquema más adecuado para un proyecto de infraestructura, requiere de un análisis riguroso de la conveniencia de optar por ésta alternativa frente al esquema tradicional de provisión pública.

Las deficiencias y limitaciones de la LEAPP han tenido como consecuencia que, aunque han transcurrido ya cinco años desde su vigencia, ningún proyecto de asocio público-privado ha podido ser implementado bajo la nueva normativa, aunque el déficit de infraestructura y la necesidad de mejorar las prestaciones de servicios a los ciudadanos son patentes y van en crecimiento.

Algunas de las deficiencias y limitaciones de la LEAPP han sido al parecer reconocidas y de alguna manera intentan ser corregidas mediante la reforma que se presentó a la Asamblea Legislativa. Tal es el caso de la autorización legislativa, en el caso de los socios que impliquen la explotación de bienes nacionales de uso público, se busque hasta que se ha desarrollado y concluido el procedimiento de licitación pública.

Se concluye que, la implementación adecuada de esquemas de Asociación Público Privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios públicos por parte de Estado y los municipios, se pueden convertir en una alternativa atractiva de financiamiento

Debe de invertirse en un diseño de un plan de trabajo a largo plazo con un orden jurídico, por medio del cual se creen lineamientos a seguir para tener claro el desarrollo de los APP, pero agotando cada una de las etapas que se deben establecer para que los contratos de APP no pierdan su naturaleza y se transformen en contratos de Concesión como se ha venido realizando en los últimos años.

Es de carácter fundamental que el Estado convierta los contratos de APP como propuesta de Gobierno a través del cual se puedan mejorar aspectos fundamentales que como país no se pueden lograr. La inversión privada o extranjera es necesaria para poder lograr el cumplimiento de estas propuestas de forma exitosa, propuestas como mejorar y ampliar carreteras a nivel nacional, infraestructura y medicinas en los hospitales, acueductos y el área transporte. Determinando que los Asocios Público y Privados son una herramienta para lograr un mayor desarrollo en el país como ya se ha visto en otros países obteniendo resultados positivos.

Se debe de tomar como referente a países que han obtenido resultados positivos, empezando por eliminar esa ideología política como un medio de privatización de recursos nacionales, y ver los APP como una herramienta para el desarrollo de El Salvador.

Se determina que el suministro de los servicios públicos, puede ser beneficiado y a su vez potenciado por aportes tecnológicos que se pueden brindar por

parte del sector privado, mejorando así la calidad del servicio público que se esté dando a la población.

El APP es una vía para que las empresas no solo internacionales si no Estatales participen y se generen subcontrataciones de estas para los proyectos ya sea en obras civiles o en proyectos de mejora al servicio público y como complemento para satisfacer la creciente demanda de desarrollo de la infraestructura en ciertas áreas de estos servicios. Todo esto para crear diversificación en la economía del país junto con la mejora de la aplicación de la ley para el desarrollo completo y funcional de cualquier proyecto.

RECOMENDACIONES

El Estado debe proporcionar los recursos necesarios y presupuestarios a PROESA como institución reguladora de los APP, siendo este un elemento fundamental para fortalecer el desarrollo y cumplimiento de este.

Se debe crear un marco normativo a través del cual se adquiriera un orden jurídico que cumplan y garanticen todas las etapas contractuales de un proyecto de Asocio Público Privado.

El Estado debe tener una mayor participación para fortalecer la Ley especial de Asocio Público Privado, brindar una mayor seguridad jurídica y garantías a los inversionistas extranjeros para poder concretizar proyectos de socios públicos y privados en El Salvador.

En relación a la ley especial de Asocio Público Privado se deben realizar reformas para sanear los vacíos legales que presentan en relación al grado de responsabilidad que tienen las partes contractuales en un proyecto de APP, en donde el riesgo mayor es para la empresa privada generando una inseguridad jurídica; por lo que se debe garantizar para el estado y la empresa privada o inversionista extranjero, una igualdad de beneficios y riesgos.

Incluir en los contratos de Asocio Público Privado los documentos legales de forma clara y específica para poder llevar a cabo el cumplimiento del mismo, de forma ordenada para que el desarrollo de cada contrato de APP no pierda su enfoque y sufra la modificación de convertirlo a un contrato de concesión como ha ocurrido en los últimos años.

El Estado salvadoreño debe desarrollar un esquema de Asocio Público Privado garantizando su funcionamiento. Innovar en la creación de estos proyectos con procesos que requieren del compromiso de las partes interesadas, creando procesos de años que adquieran un esquema que sea seguro y confiable para el sector privado garantizándoles una seguridad jurídica y la certeza de darle continuidad a los proyectos encaminados.

El gobierno debe construir proyectos de APP, dentro del presupuesto ya establecido; deben ser incluidos en tiempo con eficiencia, logrando a través de estos proyectos un capital nuevo del sector privado para invertir en el territorio nacional.

El Estado debe hacer el uso correcto y eficaz de la inversión extranjera y que se debe impulsar con el apoyo de la empresa privada. El gobierno debe tomar medidas para mejorar y garantizar el desarrollo de los proyectos de APP, para poder aumentar de manera importante inversión en infraestructura, entre otros.

Se debe impulsar una mayor gestión para la inversión, elaborando una planificación a largo plazo de estos proyectos, encaminados más allá del ciclo de un gobierno que lo construye; logrando una adecuada socialización de estos proyectos generando como uno de muchos beneficios empleos para la población salvadoreña.

El gobierno debe buscar capacitar a los entes encargados de garantizar la creación y desarrollo de estos proyectos de APP, Solicitar apoyo de países expertos que realicen estudios de calidad y confiabilidad y que la empresa privada tenga el interés de poder invertir en estos proyectos de país.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Baca Tupayach, Epifanio *Las asociaciones público privadas en el Perú*, Editorial Legal en la Biblioteca Nacional de Perú, Perú, 2017.

Caro, Robert A. *The power broker: Robert Moses and the fall of New York*, Edit. Random House, Estados Unidos, Columbia University 1974.

Devlin Robert y Graciela Moguillansky, *Alianzas Público-Privadas, para una nueva visión estratégica del desarrollo*, Secretaria General Iberoamericana, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, 2009.

Diez, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1985.

Gordillo, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo y obras selecta*, Editorial Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, Argentina, 2013.

Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Editorial Pacifico, Argentina.

Mejía, Henry Alexander, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Cuscatleca, San Salvador, El Salvador, 2014.

Sola Cañizares, Felipe *Tratado de Derecho Comercial Comparado*. Tomo III. Editorial Montaner y Simón. Bogotá. 1993.

TESIS

Alba Martínez, Michael Alejandro et al., *“El contrato de concesión de servicio público. Las nuevas técnicas de generación y explotación de infraestructura y las demás aplicaciones que surgen como consecuencia del cambio institucional”* tesis de maestría, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2014

Araujo Cruz, Lenin Enrique et al., *“La Concesión de Servicios Públicos portuarios en El Salvador: caso del procedimiento de concesión del Puerto de La Unión Centroamericana en el período 2014–2015”* Trabajo de Graduación para obtener el título de Licenciado (a) en Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador, 2018.

Díaz Zepeda, Danilo Josué y otros, *“Los mecanismos implementados por la defensoría del consumidor para proteger los derechos de los usuarios frente al suministro de agua potable prestado por la administración”* Trabajo de Graduación, para obtener el título de Licenciado (a) en Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador, 2009.

Flores Ramos, José Rodrigo *“La Responsabilidad de los Participantes de una Unión Temporal de Empresas, en el Contexto de la Legislación Salvadoreña”*, Tesis de graduación, para obtener el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2008.

Hernández Rivera, Wendy Romina y otros. *“Análisis de información financiera y evaluación de riesgos dirigido a empresas constructoras interesadas en formar socios para participar en licitaciones de gobierno”* Trabajo de Graduación. Universidad de El Salvador, 2011.

Menjívar Rivas, Marta Beatriz, *“Importancia de la asociación intermunicipal de energía para El Salvador (ENEPASA), como socio público de Alba petróleos de El Salvador, sociedad de economía mixta”* Tesis para optar al grado de Licenciatura Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2008.

Panameño Castro Jendrix Wilmar. *“Asocios público privados como mecanismo de promoción e impulso en los niveles de inversión privada nacional y extranjera”.* Tesis de Máster, Universidad de El Salvador, 2015.

Pérez Clement, Mario Ernesto y otros, *“Evaluación del riesgo operativo a través del análisis financiero del estado de flujo de efectivo para las medianas empresas del sector comercio en el municipio de San Salvador.”* Trabajo de graduación para optar al grado de: Licenciado en Contaduría Pública Universidad de El Salvador. Mayo, 2006.

LEYES

Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) de El Salvador, aprobada el 1 de octubre del 2009 por la Asamblea Legislativa de El Salvador, publicada en el tomo N°385 del 30 de octubre de 2009.

Ley de Asocios Público Privado (APP) de El Salvador, aprobada el 23 de mayo de 2013 por la Asamblea Legislativa de El Salvador, publicada en el tomo N° 399 D.O el día 5 de junio de 2013.

Reglamento de la ley de adquisiciones y contrataciones de la administración pública Emitida mediante Decreto Legislativo número 868, de fecha 5 de abril de 2000, publicado en el Diario Oficial número 88, tomo 347, del 15 de mayo del mismo año.

Reglamento de la Ley Especial de Asocios Público Privado (RLEAPP) de El Salvador, aprobada el 23 de mayo de 2013 por la Asamblea Legislativa de El Salvador, publicada en el tomo N° 407 D.O el día 8 de junio de 2015.

JURISPRUDENCIA

Sala de lo Constitucional *Sentencia de Amparo, Referencia: 1110-2002*, El Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2003.

Sala de lo contencioso administrativo, *Sentencia Contencioso Administrativo, Referencia: 86-F-2004*, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

INSTITUCIONAL

Comisión Europea, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, (Bruselas, 2004,) 8-9.

FESPAD, Fundación de Estudios para la Aplicación de Derecho, *Asocio Público-Privado en El Salvador: Análisis de Impacto y Recomendaciones*, FESPAD, El Salvador, 2013.

FUSADES, Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, *Boletín de Estudios Legales, Informe de coyuntura legal e institucional, 2° Semestre*, FUSADES El Salvador, 2015.

FUSADES, Fundación salvadoreña para el desarrollo económico y social, boletín de estudios legales, El Salvador 2014.

REVISTA

Freedman, Elaine “El Salvador: Asocios público-privados: otro disfraz de las privatizaciones”, *Revista Envió*, n° 368, (2012).

Franco, Joel “Ley de Asocio Público Privado: una Nueva Forma de Privatizar la Cosa” *Revista Humanidades, Universidad de El Salvador*, n°5, (2013).

Míguez Macho, Luis., “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, en *Revista de Administración Pública, RAP*, No. 175, Madrid, (2008).

SITIOS WEB

Anónimo. “Asocios Público Privados y obra pública tradicional”, La Prensa Gráfica, (2014, sección Opinión). <https://www.laprensagrafica.com/opinion/Asocios-Público-Privados-y-obra-publica-tradicional-20141116-0036.html>

Banco Mundial, Banco Asiático de Desarrollo y Banco Interamericano de Desarrollo, *Asociaciones Público y Privadas*, (2014). <https://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/consultation-template/public-private-----partnerships-reference-guideopenconsultationtemplate/materials/ppprefereceguidev02sp.pdf>

Brenes, Rodolfo Oconitrillo, *Gestión de riesgo de liquidez para cooperativas de ahorro y crédito*. (El Salvador), 5. <https://docplayer.es/7134831-Gestion-de-riesgo-de-liquidez-para-cooperativas-de-ahorro-y-credito-programa-de-gestion-de-riesgo-fecoopse-inie-ucr-san-jose-costa-rica-agosto-2011.html>

Central American Journals Online, “Los Asocios Público-privados y su alcance en El Salvador” *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2012. 134. <https://lamjol.info/index.php/REALIDAD/issue/view/424>

Centro de Estudios de las Finanzas Públicas *Las Asociaciones Público Privadas como Alternativa de Financiamiento para las Entidades Federativas*, (Palacio Legislativo, San Lázaro, México, 2016) 3 <http://www.cefp.gob.mx/publicaciones/documento/2016/junio/eecefp0032016.pdf>

CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Biblioguías*- (Biblioteca de la CEPAL), 5. <https://biblioguias.cepal.org/c.php?g=159547&p=1044454>

Conexión ESAN, *Tipos de estructuración de APP: ¿en qué consisten los proyectos BOT, BOO Y BOOT?*, (2018), 18. <https://www.esan.edu.pe/apuntes-empresariales/2018/04/tipos-de-estructuracion-de-app-en-que-consisten-los-proyectos-bot-boo-y-boot/>

Delmon, Jeffrey *Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure: Sorting Out the Forest from the Trees: BOT, DBFO, DCMF, Concession, Lease*. World Bank Policy Research Working Paper, 5173) 2010. <http://documents.worldbank.org/curated/en/999661468323693635/pdf/WPS5173.pdf>

Dirección de Asocios Público y Privados, Organismo Promotor de Exportaciones e Inversiones de El Salvador, PROESA *Asocios Público Privados* (El Salvador) 2. <http://dapp.gob.sv/Conocenos/Index/1120>

Gerrard, Michael B. *Asociaciones entre los Sectores Públicos y Privado: ¿Qué son las asociaciones entre entidades de los sectores público y privado y en qué difieren de las privatizaciones?*, (2001). <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/gerrard.pdf>

Guzmán, Jessica *Asocios Público Privados, vitales para el desarrollo*, El Diario de Hoy, (julio 04, 2018. Sección Opinión). <https://www.elsalvador.com/noticias/negocios/497284/asocios-público-privados-vitales-para-el-desarrollo/>

Hall, David, *¿Por qué las Asociaciones Público-Privadas (APPS) no funcionan?: Las numerosas ventajas de la alternativa pública*. (Febrero, 2015) ,2. http://www.worldpsi.org/sites/default/files/documents/research/rapport_sp_56_pages_a4_lr_0.pdf

Marzola, Loaiza, María Catalina, “Control Político: Implementación en las Concesiones de Cuarta Generación” *Revista CES Derecho Volumen 6 No.2* (2015): 5. <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v6n2/v6n2a06.pdf>

Milla, Germán *Asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos, experiencia en el Reino Unido: Programa para el impulso de asociaciones público-privadas en Estados Mexicanos* (Editorial BID, México, 2009), 40 <https://piappem.org/file.php?id=234>.

Ministerio de Producción, Empleo y Competitividad *Beneficios para las empresas que participan en las Asociaciones Público – Privadas (APP)*. (Ecuador, 2015) 12. <https://web.archive.org/web/20170318011612/http://www.produccion.gob.ec/beneficiosapp/>

Noticias de la construcción, Urbanismo e inmobiliario *Contratos de Gestión de Infraestructura con el Sector Privado*, (El Salvador, 25 de marzo de 2014), <https://www.inmoley.com/NOTICIAS/1412345/2014-1-inmobiliario-urbanismo-vivienda>.

Paiva de Zolt, Ana Lucia, *Ladrillos sólidos, la base para construir asociaciones público-privadas exitosas*, (España, 2017). <https://blogs.iadb.org/recaudandobienestar/es/2017/02/11/ladrillos-solidos-la-base-construir-asociaciones-público-privadas-exitosas/>

Proesa, *Apuestas por Inversiones*, (El Salvador, 2013), 12. <http://www.proesa.gob.sv/inversiones/apuesta-por-inversiones>

Proesa, *Metodología para la Evaluación de Proyectos de Asocio Público Privado*. (El Salvador, 2013), 13. <https://drive.google.com/file/d/0B48E7Nehox7Pbm5RTFpVUml6MUk/view>

Proesa, *Procedimiento para desarrollar un Proyecto de Asocio Público-Privado* (El Salvador, 2013), <https://drive.google.com/file/d/0B48E7Nehox7PMjRWbmQ5NFJrblU/view>

Rebollo Fuente, Andrés *Experiencia española en concesiones y APP para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general*, (España, 2010), 23. <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/4888/Cap%C3%ADtulo%201.%20marco%20general%20.pdf?sequence=1>

Rocha Chiu, Luis Antonio et al, *Modelos de asociación público privada en la provisión de infraestructura: la experiencia internacional y el desarrollo de las autopistas en México*, *Gestión y Estrategia*, Núm. 45, Enero, 2014. 46 http://oa.upm.es/38225/1/INVE_MEM_2014_208861.pdf

Rodríguez, Balmore, *Los socios público- privados (APPs) en El Salvador: consideraciones desde un enfoque de derechos*, colectivo de estudio de pensamiento crítico, (2013), 31. <https://cepcritico.wordpress.com/2013/07/31/los-asocios-público-privados-apps-en-el-salvador-consideraciones-desde-un-enfoque-de-derechos/>

Suárez Fischnaler, Ricardo, *La Ley Especial de Asocios Público Privados: Luces y sombras*. (El Salvador), 8. http://vsvlegal.com/documentos/LeyEspecialdeAsocios_PP.pdf

Teos, Edwin, *Aprueban ampliar aplicación de la Ley Especial de APP* (La Prensa Grafica, Economía, El Salvador, 2017) 40. <https://www.laprensagrafica.com/economia/Aprueban-ampliar-aplicacion-de-la-Ley-Especial-de-APP-20171224-0048.html>.

The Economist Intelligence Unit.: *Evaluación del entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe*. Comisionado por el FOMIN del BID. (2017).3 <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Infrascopio-2017-Evaluaci%C3%B3n-del-entorno-para-las-asociaciones-p%C3%ABlico-privadas-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>

World Bank Group. *Asociaciones público privadas. “¿Qué son las Asociaciones Público-Privadas?* (2019), 3. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-público-privadas/definicion>