

# Un breve resumen de las Alianzas Público Privadas y de la legislación paraguaya sobre la materia ¿Qué son? ¿Son necesarias?

Georg Daniel Birbaumer Vera<sup>1</sup>

## Sumario

Introducción.....	1
I. ¿Qué está pasando en Latinoamérica? .....	2
II. ¿Qué es un proyecto de APP? .....	3
A. ¿Qué tipo de contratos se pueden realizar mediante una APP? .....	4
B. ¿En qué se diferencian los proyectos de APP a una contratación pública tradicional?.....	5
C. ¿Cuáles son los elementos principales que deben tenerse en cuenta en un proyecto de APP? .....	7
D. ¿Qué se debe incluir al momento de preparar un contrato de APP? .....	8
III. La Ley de APP en Paraguay .....	13
A. Pautas generales de las APP.....	14
B. Principales entidades que intervienen en un proyecto de APP .....	16
C. Fondo de Garantía y Liquidez.....	21
D. Procedimiento para la firma de una APP .....	21
E. Naturaleza de participantes privados .....	26
F. Cuestiones contractuales esenciales.....	26

## Introducción

Actualmente no solo Paraguay, sino toda Latinoamérica registra un importante déficit en materia de infraestructura en cuatro sectores fundamentales para el desarrollo nacional y regional, tales son: transporte, energía, servicios sanitarios y telecomunicaciones.<sup>2</sup> En este contexto, hoy en día, los proyectos de Alianza Público Privadas (APP), también denominados proyectos de Participación Público Privada (PPP) -y *Public Private Partnership* (PPP) en inglés-, son una piedra fundamental para revertir la situación regional actual.

Esta podría verse como una afirmación exagerada y, hasta, controversial. ¿Estamos hablando de que empresas privadas exploten servicios públicos? ¿Por qué no lo hace el

---

<sup>1</sup> Abogado recibido de la Universidad Nacional de Asunción en el 2014. Actualmente cursando la Maestría en Leyes (LL.M.) de la Georgetown University Law Center.

<sup>2</sup> ECLAC FAL Bulletin Ed. 332 – Num. 4/2014.

Estado? En principio, es el Estado quien tiene los recursos para el mejoramiento de la infraestructura y la explotación de servicios públicos; sin embargo, lo cierto es que los estados latinoamericanos no cuentan con los recursos necesarios para ello.

El presente trabajo tiene por finalidad analizar superficialmente los denominados proyectos de APP -ya que analizarlos en detalle es sumamente complejo y delicado, como se verá más adelante-, sus características esenciales y otros aspectos. En este contexto, en primer lugar, se verán algunos datos relacionados a la situación económica actual de la región latinoamericana y Paraguay (I); en segundo lugar, se realizará breve estudio de las características generales de los proyectos y contratos de APP y su diferencia con las contrataciones públicas típicas (II), y; finalmente, se expondrá un resumen de las características que se encuentran en la Ley de APP vigente en el Paraguay (III).

## **I. ¿Qué está pasando en Latinoamérica?**

Los países latinoamericanos han invertido únicamente el 1,8% de su Producto Interno Bruto (PIB) entre 2006 y 2010 en infraestructura. Sin embargo, de acuerdo a un estudio reciente de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) dicha inversión debe incrementarse hasta el 5% del PIB, aproximadamente, a fin de zanzar la existente brecha en materia de infraestructura. Esto representa un incremento de más de doscientos ochenta mil millones de dólares americanos (USD. 280.000.000.000) anual, en base a los números del año 2014.<sup>3</sup> Esta es una meta difícil y, hasta se podría decir, inalcanzable para países en vías de desarrollo.

A fin de ilustrar este punto, por ejemplo, hasta el 2012 Paraguay ha gastado únicamente 1,51% de su PIB en Infraestructura, muy por debajo del 5% estimado por la CEPAL -aunque, siendo realistas, Paraguay debería invertir por encima del porcentaje promedio al que se refiere la CEPAL para superar el déficit existente.<sup>4</sup> Es decir, con los montos que se manejan actualmente es imposible para un Estado conseguir los fondos suficientes para superar el déficit existente hoy en día.

Además, de acuerdo a CEPAL, en promedio, los países latinoamericanos poseen solo 17,2 km de caminos por cada 100 km<sup>2</sup> de su territorio y, específicamente, Paraguay solo posee 10 km por cada 100 km<sup>2</sup>. En cambio, países como Alemania y Corea, tiene más de 100 km de caminos por cada 100 km<sup>2</sup>. Por si fuera poco, Paraguay es uno de los únicos países latinoamericanos sin ningún tipo de servicio de ferrocarril, trenes u similares.

---

<sup>3</sup> Inter-American Development Bank. 2013. Sustainable Infrastructure for Competitiveness and Inclusive Growth. IDB Infrastructure Strategy.

<sup>4</sup> Se pueden acceder a dichos datos en la sitio web de la CEPAL.

Otro elemento que debe tenerse en cuenta es que los estados, en general, son ineficientes a la hora de manejar negocios y proveyendo servicios, al menos en la gran mayoría de los países latinoamericanos y en vías de desarrollo. Sobre el punto, de acuerdo a los índices de percepción de corrupción de la agencia Transparencia Internacional, en 2014 el 68% de los países latinoamericanos tuvieron un puntaje menor a 50 en una escala de 0 a 100, donde 0 es altamente corrupto y 100 sin registros de corrupción.<sup>5</sup>

Adicionalmente, en Paraguay, algunas de las instituciones más afectadas por la corrupción son las relacionadas a la presentación de servicios públicos y empresas estatales, y, al fin y al cabo, son los mismos ciudadanos los más afectados por las deficiencias de dichos servicios.

En este contexto, los proyectos de APP tienen como característica principal la posibilidad de ofrecer a empresas privadas la oportunidad de contribuir a los Estados a superar los problemas en material de infraestructura, ofrecer servicios públicos adecuados y, claro, un beneficio a largo plazo sin mayores inversiones posteriores.

Varios países de la región ya han tomado a las APP como un mecanismo para superar los problemas de infraestructura. Países como Perú<sup>6</sup>, Chile<sup>7</sup>, Colombia<sup>8</sup>, Brasil<sup>9</sup> y México<sup>10</sup> implementan exitosamente las denominadas APP con un marco regulatorio sumamente adecuado para ello, incluso Cuba<sup>11</sup>, ha regulado en cierta medida la materia.

Por ello, es prácticamente un hecho de que, en países en vías de desarrollo, los proyectos de APP son una herramienta fundamental para llegar a un progreso económico y social, donde, tanto las empresas privadas como los estados y sus ciudadanos son beneficiados.

## **II. ¿Qué es un proyecto de APP?**

Un proyecto de APP se podría definir como una relación contractual a largo plazo entre un Estado, u alguna entidad del mismo, y una empresa (o empresas) del sector privado a fin de desarrollar y ejecutar conjuntamente un proyecto, de infraestructura o un servicio público, en el que en el que la parte privada asume un riesgo importante en el éxito

---

<sup>5</sup> Corruption Perception Index 2015, disponible en el sitio web de la organización.

<sup>6</sup> Decreto Legislativo Num. 1012/2008

<sup>7</sup> Decreto Num. 900/1996.

<sup>8</sup> Decreto Num. 1610/2013.

<sup>9</sup> Ley Num. 1109/2004.

<sup>10</sup> Ley de Asociaciones Publico Privadas.

<sup>11</sup> Ley Num. 118/2014.

del proyecto, la responsabilidad de la gestión del mismo y donde la remuneración a ser recibida está vinculada a su desempeño.

El objetivo principal de las APP, independientemente del tipo de contrato, activo o servicio, es optimizar el valor generado de la actividad, de tal manera que la población reciba mayores beneficios económicos, el sector público distribuya mejor sus recursos limitados, y el sector privado derive la ganancia necesaria para justificar la inversión de financiamiento.

Ahora, surgen las siguientes preguntas: A. ¿cuáles son los tipos de contrato que existen bajo la modalidad de APP?, B. ¿En qué se diferencia una contratación vía APP de una adquisición o contratación pública tradicional? C. ¿Cuáles son los elementos principales que deben tenerse en cuenta en los proyectos de APP?

A. ¿Qué tipo de contratos se pueden realizar mediante una APP?

En cuanto a la primera pregunta, las relaciones de APP, de acuerdo a la CEPAL<sup>12</sup>, se clasifican en las siguientes categorías de contratos:

- Contratos de administración y arrendamiento: son aquellos en los que el inversor toma a su cargo la administración y el manejo de una empresa estatal por un tiempo determinado, en tanto que la propiedad y las decisiones relacionadas en cuanto a la inversión a ser realizada permanecen al estado.

- Concesiones: en este tipo de contratos una empresa privada toma a su cargo la administración de una empresa estatal por un periodo de tiempo y, a su vez, realiza inversiones a su cargo y riesgo. Este tipo de contratos se sub-divide nuevamente en tres categorías: rehabilitar, operar y transferir (ROT); rehabilitar, arrendar y transferir (RLT), y; construir, rehabilitar, operar y transferir (BROT).

- Proyectos Greenfield: en este caso una empresa privada o una empresa mixta (capital estatal y privado) construye y opera una nueva instalación por un periodo específico de tiempo, establecido en el contrato. Esta categoría se sub-divide nuevamente en las siguientes categorías: construir, arrendar y transferir (BLT); construir, operar y transferir (BOT); construir, adquirir y operar; proyectos comerciales (en los que el Estado no provee ninguna garantía de ganancias futuras) y los proyectos de alquiler (el Estado alquila una bien de un sponsor privado y locales privados, y, a su vez, es dueño y opera un Nuevo establecimiento bajo su propio riesgo durante el periodo del contrato).

---

<sup>12</sup> Economic Survey of Latin America and the Caribbean, 2015 (LC/G.2645-P), Santiago, 2015.

- Desinversiones: se da cuando una empresa privada compra una participación en el capital de una empresa estatal mediante una venta de activos, oferta pública o programas de privatización.

B. ¿En qué se diferencian los proyectos de APP a una contratación pública tradicional?

Los proyectos llevados adelante mediante la modalidad de APP se diferencian en ciertos aspectos de las contrataciones públicas tradicionales a las que estamos acostumbrados. No obstante, es necesario aclarar que las mismas no se aplican necesariamente en todos los casos y circunstancias. Esto se debe a la variedad de contratos que pueden darse bajo la modalidad de APP (como se vio anteriormente); y donde, de acuerdo al proyecto y a la división de los riesgos y/u obligaciones que convenga para el mismo, las diferencias podrían ser en un mayor o menor grado a los de la contratación pública tradicional.

Ahora bien, en general, las diferencias fundamentales que se pueden encontrar son las siguientes: la forma de financiamiento (i), la forma de pago (ii) y la asignación de riesgos dentro de la relación contractual (iii).

(i) La forma de financiamiento

El caso de las adquisiciones públicas tradicionales, quien contrae deuda o, en todo caso, realiza el pago con fondos propios es el Estado.

En cambio, en el marco de una APP la deuda es contraída por el sector privado hasta cierto punto. Es la empresa privada la que, por lo general, se encarga de conseguir el financiamiento para realizar las inversiones necesarias para el proyecto. También se podría dar el caso de que el financiamiento sea compartido; pero no puede existir una APP sin que la parte privada se encargue de alguna parte del financiamiento del proyecto.

Es más, el financiamiento incluso puede realizarse mediante la emisión de bonos o acciones de una entidad creada especialmente para explotar el proyecto (SPV, *special purpose vehicle*).

(ii) La forma de pago

En las obras o contratos firmados bajo el régimen de adquisiciones públicas tradicionales el Estado indefectiblemente debe realizar el pago por el servicio contratado, independientemente de la calidad de servicio o de la obra.

Los pagos, por lo general, son montos fijos establecidos en el contrato, y no en base al rendimiento de la empresa privada contratada. Si bien existen variables, como la mora en la entrega, el reajuste del precio; sin embargo, en principio, ambas partes saben cuál será la suma a ser pagada y a ser recibida.

Por el otro lado, en las APP, el Estado celebra con el sector privado un contrato de servicio a largo plazo, en el que se especifican sus obligaciones de pago. Dichas obligaciones pueden variar de acuerdo al tipo de proyecto APP.

Por lo general, las APP tienden a relacionar directamente el pago con el rendimiento de la empresa contratada. Es decir, a mejor o mayor rendimiento mayor es el pago o beneficio que obtiene el privado.

Pese a ello, en algunos casos, puede que el Estado incluso no tenga obligaciones directas de pago al privado (por ejemplo, cuando se trata del cobro de peaje). En otros casos, en su mayoría, el Estado tiene obligaciones directas de pago relacionado al rendimiento o no (por ejemplo, pagos por disponibilidad y peajes indirectos o “peajes sombra”).

Otro aspecto no menor relacionado a la forma de pago es que en las contrataciones públicas típicas el pago a la empresa privada por el servicio o la obra construida, depende de la disponibilidad presupuestaria del Estado o la entidad contratante.

Mientras que en las APP los pagos a la empresa privada son realizados de manera más eficiente. Estos pueden derivar, como se mencionó anteriormente, mediante pagos de los propios usuarios a la empresa, o, pagos que realiza el Estado de acuerdo a la calidad del servicio prestado mediante depósitos a la entidad creada especialmente para explotar el proyecto (SPV, *special purpose vehicle*) y/o un fideicomiso creado para el mismo efecto.

### (iii) La asignación de los riesgos

En lo que respecta a los riesgos asumidos por las partes, en las contrataciones públicas usuales el riesgo siempre está a cargo del estado. Es el Estado quien asume el riesgo de que mantener el edificio o la ruta o que el servicio público funcione correctamente. El privado únicamente se encarga de construir el hospital o la ruta sin asumir mayores riesgos en cuanto al funcionamiento o mantenimiento de los mismos.

En las APP, en cambio, el privado puede asumir mayores riesgos, tales como encargarse de conseguir el lugar para el proyecto, el diseño y construcción de la obra, del mantenimiento de la obra, la administración de un servicio, los riesgos financieros e incluso hasta los riesgos comerciales del proyecto, entre otros.

Además, usualmente las leyes de APP contemplan un fondo contingente, generalmente a cargo de una entidad fiduciaria, a fin de que el Estado responda en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

C. ¿Cuáles son los elementos principales que deben tenerse en cuenta en un proyecto de APP?

En lo que respecta a la tercera cuestión, a la hora de planear o verificar la viabilidad de un proyecto de APP es fundamental tener en cuenta los siguientes puntos: debe ser viable desde el punto de vista económico y comercial (i); otorgar un “valor por dinero” (ii); debe establecerse una correcta asignación de riesgos (iii); debe garantizar la libre competencia e igualdad durante la etapa de licitación (iv); debe existir transparencia a lo largo de la vida del proyecto (v), y; financieramente responsables (vi).<sup>13</sup>

(i) Debe ser viable económica y comercialmente

La viabilidad económica se refiere a que se debe constatar que el proyecto de APP tenga una relación costo-beneficio justificado, y el enfoque de menor costo para la obtención de los beneficios esperados.

También se debe verificar la viabilidad comercial del proyecto APP, lo cual implica analizar y determinar la capacidad del proyecto para generar rendimientos financieros lo suficientemente sólidos y razonables para atraer patrocinadores y prestamistas de buena calidad.

(ii) Otorgar valor por dinero

El proyecto debe ofrecer un valor por dinero. Es decir, el sector privado debe suministrar un servicio público con una mejor calidad, por un costo igual o más bajo en comparación al mismo servicio público explotado directamente por el Estado. De esta forma, la idea es maximizar la satisfacción del usuario y optimizar el uso de los recursos públicos.

(iii) Determinar una correcta asignación de riesgos

Debe contar con una adecuada asignación o división de riesgos. Esto significa que se deben asignar riesgos a la parte que tiene mayor capacidad para gestionarlos a un menor

---

<sup>13</sup> En gran medida estos principios fueron tomados de la publicación “How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets”. Washington D.C.: Banco Mundial/PPIAF de Edward Farquharson Clemencia Torres de Mästle y E.R. Yescombe con Javier Encinas (2011).

costo, considerando tanto el interés público como las características del proyecto. Como ya se desarrolló anteriormente.

(iv) Garantizar la libre competencia e igualdad de oportunidades

Al igual que en las contrataciones públicas usuales, los proyectos de APP también deben regirse por los principios de competencia e igualdad de oportunidad para la participación de las empresas privadas. Mediante ello se pretende conseguir un servicio eficiente y que, a la vez, disminuya los costos en el suministro de infraestructura o servicios públicos.

(v) Ser transparente

En atención a que estamos, si bien explotado por un privado, ante un servicio o activo público, todo el proyecto debe ser abierto al público. Desde el proceso de selección de la empresa que explotara el proyecto, las finanzas, los montos a ser invertidos, la duración, el contrato y todo lo relativo a la explotación del proyecto. Es más, deben ser fiscalizados constantemente para garantizar el correcto funcionamiento del mismo.

(vi) Financieramente responsable

Esto significa que la capacidad del Gobierno de asumir los compromisos financieros firmes y contingentes relacionados con la implementación de los contratos de APP, sin comprometer la sostenibilidad de las finanzas públicas o el suministro periódico del servicio público.

D. ¿Qué se debe incluir al momento de preparar un contrato de APP?

La puesta en marcha de un proyecto de APP implica no solo el contrato principal de APP sino también habrá muchos otros contratos entre las partes privadas de la APP. Tales como, los contratos entre el *SPV* y sus contratistas, el contrato de fideicomiso, acuerdos de financiamiento entre la compañía y los prestamistas, entre otros. El contrato de APP puede no ser efectivo hasta que estos otros acuerdos contractuales estén establecidos y en forma.

En la práctica, el contrato de APP incluye un gran número de documentos adicionales en los que se establecen detalles particulares; como, por ejemplo, los requisitos para la construcción, financiamiento, operación y mantenimiento de una obra o servicio determinado.

Ahora bien, con relación a los contratos de APP propiamente dichos las divisiones especializadas en APP del Banco Mundial<sup>14</sup>, del Banco Interamericano de Desarrollo<sup>15</sup> y la Unión Europea<sup>16</sup> recomiendan que los mismos contemplen, cuanto menos, los siguientes puntos: los requisitos de desempeño del privado (i); el mecanismo de pagos (ii); los distintos mecanismos de ajustes (iii); las causas de terminación del contrato (iv), y; el mecanismo de resolución de controversias (v).

(i) Establecer los requisitos de desempeño del privado

El contrato tiene que especificar claramente lo que se espera de la parte privada, en términos de calidad y cantidad de los bienes y servicios que se prestarán. En tal sentido, es necesario que los objetivos sean específicos, medibles, alcanzables, realistas y oportunos con relación al proyecto.

Igualmente, esto incluye expresar de qué forma se llevará a cabo el monitorio del desempeño. Es decir, que datos deben recopilarse, como deben recopilarse, quien los recopila y a quien deben reportarse dichos datos, ya sea a la entidad contratante o a un tercero encargado de la fiscalización, a los usuarios o a todos ellos.

Además, especificar las penalidades e incentivos por no llegar al desempeño requerido o por sobrepasarlo, en su caso.

Finalmente, el derecho de intervención de la parte pública en el servicio en casos concretos, por ejemplo: problemas urgentes de salud, seguridad o medio ambiente, que la parte pública puede estar mejor capacitada para manejar.

(ii) Establecer el mecanismo de pago a la parte privada

Es de gran importancia establecer como serán realizados los pagos a la parte privada en un contrato de APP. Pagos que pueden establecerse de varias formas.

El mismo puede recaer sobre los usuarios del servicio. En dicho caso, las tarifas pueden controlarse estableciendo una fórmula en el contrato de APP, por regulación o una combinación de ambas. El contrato puede considerar revisiones regulares de la fórmula de

---

<sup>14</sup> Toolkit de la PPIAF (Public-Private Infrastructure Advisory Facility). La PPIAF es una organización creada por el Banco Mundial en 1999 para actuar aumentando la participación del sector privado en los mercados emergentes.

<sup>15</sup> Concessions for Infrastructure. A guide to their design and award (World Bank Technical paper no. 399) de Michel Kerf y otros, un trabajo realizado en conjunto por el Banco Mundial y el BID.

<sup>16</sup> The Guide to Guidance - How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects publicado por el EPEC (European PPP Expertise Center). El EPEC es una división de la Unión Europea especializada en las APP.

tarifas, en cuyo caso pueden considerarse otros factores futuros que no fueron tenidos en cuenta al momento del contrato.

Por otro lado, puede que los pagos sean realizados por el propio gobierno, que pueden estar basados en el uso del servicio, en la disponibilidad del servicio o ser directamente subsidios basados en el logro de metas determinadas o en caso de que se active alguna garantía incluida en el proyecto como un nivel mínimo de demanda. Para ello deben establecerse especificaciones claras de resultados y estándares de desempeño además de establecer fórmulas de la eventual variación del pago.

También puede realizarse mediante una fórmula de bonificaciones o multas en base al rendimiento.

Finalmente, puede darse un mecanismo que combine dos o tres de los mecanismos descritos anteriormente.

### (iii) Los distintos mecanismos de ajustes

La gran mayoría de los proyectos de APP son de largo plazo y complejos. Esto implica que existe un alto grado de probabilidad de que distintos tipos de circunstancias externas afecten a las obligaciones emergentes del contrato y hagan necesario el reajuste de alguno o algunos de los términos del mismo.

En atención a lo anterior, el contrato de APP debe ser flexible, de manera a prever en el mismo todas las circunstancias que podrían afectar al funcionamiento del servicio y a las obligaciones de las partes. Esto es fundamental a los efectos de evitar pasar por un proceso de renegociación en medio del proyecto ya que esto podría afectar la provisión del servicio público explotado.

Entre las cláusulas más usuales y recomendadas esta la cláusula de indexación de precios a ser pagados al privado en atención a factores externos como la inflación –mayoría de los casos. También se pueden incluir otros factores como la variación del salario mínimo, incremento o creación de nuevos impuestos, etc.<sup>17</sup>

Además, es recomendable prever posibles cambios en el servicio, las consecuencias de dichos cambios y quien soportara los eventuales gastos de dichos cambios. Estos cambios pueden ser basados en políticas ambientales o de defensa del consumidor de los

---

<sup>17</sup> Concessions for Infrastructure. A guide to their design and award (World Bank Technical paper no. 399) de Michel Kerf y otros, p. 60.

nuevos gobiernos, entre otros. Lo importante a la hora de prever estos cambios es que, pese a ello, el proyecto no pierda la rentabilidad necesaria para otorgar un valor por dinero.

Otro punto importante a ser previsto es el eventual refinanciamiento del proyecto, que puede darse por los cambios en el perfil de los riesgos del proyecto, cambios usuales que se dan en la bolsa de valores o, incluso, por una imprevista baja rentabilidad del proyecto.

También puede preverse la realización de estudios de mercado cada determinado periodo de tiempo, a fin de evaluar que el proyecto y que los costos y tarifas estén adecuadas a las condiciones actuales del mercado.

Finalmente, otras cláusulas usuales para proyectos de APP, y que se encuentran en la generalidad de los contratos de obras de infraestructura, son las cláusulas de fuerza mayor y caso fortuito.

#### (iv) Las causas de terminación del contrato

Como en todo contrato el incumplimiento esencial de ciertas obligaciones contractuales puede dar pie a cualquiera de las partes a dar por terminado el contrato. Es fundamental establecer en el contrato cuales serán considerados incumplimientos esenciales.

Esto se debe a que, al tratarse de un contrato de larga duración y alta complejidad, es natural que las partes incumplan ciertas veces el contrato de APP. Sin embargo, no cada uno de ellos será esencial, por lo que es fundamental especificar las obligaciones esenciales de cada parte y, también, establecer específicamente que incumplimientos darán pie a la terminación del contrato.

Además de la terminación por incumplimiento contractual, las partes pueden establecer un mecanismo de terminación automática en caso de mutuo acuerdo.

Adicionalmente, se pueden establecer otras causas de terminación del contrato como las de actos de gobierno por razones de interés social o interés público. Este tipo de cláusulas deberá establecer -idealmente- un método de cálculo adecuado de la indemnización correspondiente a la parte privada, a fin de evitar futuras controversias relacionadas a ello.

#### (v) Los mecanismos de solución de controversias

Los mecanismos de solución de controversias en proyectos APP son variados y, por lo general, contemplan tres o cuatro niveles, dependiendo del tipo de controversia que surja. Los dos primeros, negociación y paneles técnicos (*Dispute Boards*), se dan en el marco de un contrato aún vigente. En cambio, el tercero y el cuarto, ya se dan en el marco de un contrato terminado, en la mayoría de los casos.

Como primer nivel, generalmente se establecen las negociaciones entre las partes como método de solución de controversias. Este mecanismo resulta más que nada una formalidad ya que de hecho las partes negocian constantemente cualquier problema relacionado al contrato. No obstante, es recomendable incluir las negociaciones entre las partes como primer nivel, pero con un plazo o un número de reuniones máximas como para no extender en demasía unas negociaciones que no llegaran a buen puerto.

El segundo mecanismo, es el llevado adelante por los denominados Paneles Técnicos o *Dispute Boards*. El reglamento por el que se regirán estos paneles técnicos pueden ser establecidos en la propia reglamentación gubernamental o pueden incorporarse reglamentos de instituciones internacionales que contemplan estos tipos de paneles, tales como las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) o las Asociación Americana de Arbitraje (AAA), por citar algunos.

Estos paneles, generalmente son conformados por personas eminentemente técnicas que dan un seguimiento constante -idealmente- a todo el proyecto de APP, de tal manera a que estén en total conocimiento de los eventuales problemas que puedan discutirse en el marco del contrato. Tal como lo dice el nombre, los paneles tratan eminentemente problemas de índole técnica, económica, financiera, etc. -no de derecho.

El tercer nivel es el de la mediación del conflicto, este se daría como paso previo a la terminación del contrato o, en todo caso, una vez terminado el contrato como paso previo a una demanda arbitral o judicial. En esta etapa aún existe posibilidad de que el proyecto continúe con vida, aunque improbable.

Finalmente, el último nivel de solución de disputas es el arbitraje internacional o una demanda ante las cortes nacionales del país. El arbitraje internacional es el método usado en la gran mayoría, ya que el arbitraje es un mecanismo mucho más ágil, imparcial y efectivo, a la hora de ejecutar la decisión del tribunal arbitral, para resolver controversias que someterlo a las cortes nacionales de cualquier país involucrado en el proyecto.

El arbitraje puede ser comercial o de inversiones, lo cual depende en gran medida del conflicto y de la cláusula que sea utilizada en el contrato. En lo que respecta al arbitraje comercial, la institución más renombrada es la Corte de Arbitraje de Cámara de Comercio Internacional (CCI) con reglamentos aplicables tanto para mediación como para arbitraje y que a su vez están en constante actualización y mejoramiento. Por otro lado, en materia de arbitraje de inversiones el Centro de Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Banco Mundial, es la institución más renombrada en tratar cuestiones relativas al arbitraje de inversiones.

Sin discutir las grandes diferencias que existen entre los arbitrajes de inversiones y los arbitrajes comerciales, a grandes rasgos se pueden decir que en los arbitrajes comerciales las disputas surgen de un contrato firmado entre las partes, donde rigen en gran medida los principios del derecho privado. En cambio, en los arbitrajes de inversiones las disputas surgen por el incumplimiento de un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI o *BIT* en inglés) firmado entre el país que contrato que recibe la inversión, en este caso, el país que implementa el proyecto de APP, y el país de los inversores internacionales, en este caso la parte privada del proyecto de APP. Los arbitrajes de inversiones se rigen en gran medida por los principios del derecho público, ya que se trata de un incumplimiento de uno de los países firmantes del tratado arribado entre estados soberanos.

### **III. La Ley de APP en Paraguay**

Paraguay se encuentra segundo entro los países con mayor incremento con relación al ambiente para el inicio de proyectos de APP, de acuerdo a un estudio reciente realizado por la EIU<sup>18</sup>.

Este mejoramiento se debe, en gran medida, a que anteriormente la única forma de contratos de APP contemplada en Paraguay era la de la concesión.<sup>19</sup> Sin embargo en el año 2013 el Estado Paraguayo promulgo una nueva ley que contempla y regula expresamente los contratos de APP.

Esta nueva ley establece los procedimientos para la formación, formalidades, resolución de disputas, terminación, entre otras cuestiones, relacionadas a los contratos y proyectos de APP. De hecho, esta nueva ley es bastante completa en comparación a otras leyes latinoamericanas sobre el mismo objeto. Hasta la fecha se presentaron 25 proyectos con la intención de ser ejecutados con la modalidad APP, de los cuales dos ya están en etapa

---

<sup>18</sup> EIU (Economist Intelligence Unit). 2014. Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean: The 2014 Infrascopes. EIU, New York, NY.

<sup>19</sup> Ley Num. 1618/2000.

de Licitación Pública<sup>20</sup>, uno de Precalificación<sup>21</sup> y siete proyectos de iniciativa privada fueron rechazados por diversas razones.<sup>22</sup>

Con la nueva Ley de APP -y su Decreto Reglamentario Num. 1350/14- ya se admiten y regulan otros tipos de contratos de APP, a ser convenidos en cada oportunidad de acuerdo al proyecto correspondiente -pudiendo comprender cualquiera de los tipos de contratos descritos anteriormente.

Ahora, como vimos anteriormente, la concesión es un tipo de APP, entonces, hay una cuestión que quedó abierta con este nuevo contexto, ¿el Art. 56 de la Ley Num. 5102/2013 derogó la Ley de Concesiones? o ¿al tratarse de una ley especial para regir las concesiones no fue derogada y sigue vigente?

Sin entrar a discutir este último punto, a continuación, se verán algunos de los aspectos fundamentales que se establecen en la regulación sobre APP de Paraguay. Ellos son:

#### A. Pautas generales de las APP

La Ley 5102/2013 establece un marco sumamente amplio para la utilización de las APP en materia de bienes y servicios. La misma establece que los proyectos que pueden ser objeto de una APP son las inversiones para infraestructura pública, para la producción de bienes y para la prestación de servicios públicos sean propios del objeto de organismos, entidades, empresas públicas y sociedades en las que el Estado sea parte.

Específicamente la Ley establece que los contratos de APP podrán comprender proyectos viales, ferroviarios, portuarios, aeroportuarios, proyectos de hidrovías, de dragado y mantenimiento de la navegabilidad de los ríos; los de infraestructura social; infraestructura eléctrica; proyectos de mejoramiento, equipamiento y desarrollo urbano; abastecimiento de agua potable y saneamiento; entre otros proyectos de inversión en infraestructura y servicios de interés público. Los tipos de proyectos también están detallados específicamente al final de la Ley de APP.

La mayor limitante que establece la Ley es en materia del monto de inversión. Solo se pueden realizar bajo el régimen de APP los proyectos en los cuales los gastos de inversión

---

<sup>20</sup> Contrato de diseño, financiación, construcción, mantenimiento y operación de dos rutas nacionales 2 y 7 y Proyecto de modernización del Aeropuerto Internacional Silvio Pettirossi, Asunción - Paraguay bajo la modalidad APP.

<sup>21</sup> Precalificación de empresas para el contrato de diseño, financiación, construcción, mantenimiento, operación y explotación de dos rutas nacionales (Num. 2 y 7).

<sup>22</sup> El resumen de proyectos se puede encontrar en la página web de la Secretaría Técnica de Planificación.

superen el equivalente a 12.500 (doce mil quinientos) salarios mínimos mensuales, lo cual equivale a aproximadamente a US\$ 4.000.000 (dólares americanos cuatro millones).

Un aspecto resaltante de la Ley es que establece un régimen sumamente flexible en cuanto a la distribución de obligaciones, riesgos y beneficios que deberá asumir cada parte, al establecer que estos serán determinados para situaciones específicas y acordadas.

En tanto que el Decreto Reglamentario establece los aspectos relativos a los riesgos, beneficios y compromisos del proyecto que deben estar claramente determinados en el contrato, así como también las pautas que se tendrán en cuenta a la hora de establecer cuáles son los posibles riesgos del proyecto.

Tal como en la mayoría de las leyes de APP, y conforme a lo descrito anteriormente, la Ley establece como principios rectores de todo lo relacionado a los proyectos de APP los siguientes:

1. Supervisión y control del Estado: naturalmente el Estado tiene competencia y facultades de planeamiento, control, sanción, regulación, supervisión y vigilancia de la ejecución de los contratos bajo la modalidad de APP.

2. Transparencia y rendición de cuentas: todos los actos relacionados a los proyectos de APP deben ser públicos, incluidos los actos que impliquen compromisos fiscales para el Estado y tengan efectos sobre los usuarios.

3. Rentabilidad social: todo proyecto de APP debe responder a la materialización del bien común, estableciendo con claridad los objetivos generales y beneficios que el Estado pretende obtener.

4. Eficiencia económica: Los contratos de APP deben estructurarse, de modo tal a generar eficiencia en la gestión o uso de infraestructuras y prestación de servicios.

5. Competencia e igualdad: la selección de los participantes privados debe efectuarse mediante procedimientos transparentes y competitivos, respetando los principios de no discriminación, igualdad y amplia publicidad, para promover la participación del mayor número de agentes económicos y seleccionar al participante privado que pueda prestar el bien o servicio de la forma más eficiente y eficaz.

6. Seguridad jurídica: los contratos deben establecer claramente el régimen de derechos, obligaciones y responsabilidades aplicables a las partes.

7. Temporalidad: Todo contrato deber contemplar un plazo máximo, que, incluyendo sus prórrogas, no debe exceder de 30 años.

8. Responsabilidad fiscal: para la inversión que se realice a través de los contratos APP debe considerarse la capacidad de pago del Estado para atender los compromisos financieros que se deriven de la ejecución de los proyectos, y la adecuada contabilización de los compromisos firmes y contingentes futuros.

9. Sustentabilidad ambiental: los proyectos de APP deben diseñarse y desarrollarse considerando estándares ambientales, que son determinados de acuerdo a las normas vigentes sobre la materia.

#### B. Principales entidades que intervienen en un proyecto de APP

##### (i) Ministerio de Obras Publicas y Comunicaciones

La Ley de APP designa al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) como la entidad pública competente para el desarrollo, selección, adjudicación y ejecución de proyectos de participación público-privada en el ámbito de los transportes y vías de comunicación, incluyendo el dragado y señalización de los ríos y los aeropuertos. Estableciendo, igualmente, que en caso de existir entes descentralizados que tengan competencias relacionadas con esos proyectos, MOPC asumirá las atribuciones necesarias para la celebración del contrato y su ejecución, sustituyendo a dichos entes en el ejercicio de dichas competencias.

Finalmente, se establece que la decisión de impulsar un proyecto a través del régimen previsto en la Ley requerirá de la aprobación del Poder Ejecutivo.

##### (ii) Autoridad Contratante

La Ley establece en general los procedimientos y principios regulatorios de los proyectos de APP. Sin embargo, también establece que las autoridades competentes que decidan llevar adelante un proyecto de APP son las responsables de la estructuración, selección, adjudicación y celebración del contrato de APP, así como del control de su correcta ejecución y del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los participantes privados.

La autoridad contratante, a diferencia de las contrataciones públicas regidas por la Ley Num. 2051/2003, es la encargada de resolver todas las impugnaciones realizadas en contra de las decisiones de precalificación, calificación o adjudicación de los proyectos.

En cierta medida la regulación pareciera establecer una suerte de descentralización en cuanto al control y ejecución de los proyectos de APP. No obstante, la Ley establece que, para desarrollar proyectos de APP, las administraciones contratantes deben coordinar la puesta en marcha de cada proyecto con la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada de la Secretaría Técnica de Planificación.

#### (iii) Secretaría Técnica de Planificación

La Ley establece a la Secretaría Técnica de Planificación como autoridad encargada de la *“promover y coordinar los planes, políticas y normas para el desarrollo y buen funcionamiento”* de los proyectos de APP. Así como también, *“elaborar pliegos generales de bases y condiciones y asesorar a las Administraciones Contratantes en la preparación de los pliegos particulares y en los procesos de selección de oferentes”*. Además de la publicidad de los proyectos de APP.

Además, la Ley establece que la Secretaría Técnica de Planificación debe presentar anualmente un informe al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, detallando los mecanismos y acciones de transparencia implementados en cada uno de los proyectos, e incluyendo los resultados e indicadores de verificación. Dicho informe también debe ser presentado a la Contraloría General de la República y publicado en el portal de la DNCP.

Para todos estos efectos se crea la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada, una dependencia especializada de la Secretaría Técnica de Planificación -a los efectos prácticos, en adelante STP.

#### (iv) Ministerio de Hacienda

Por otro lado, el Ministerio de Hacienda es la institución encargada de *“evaluar la asignación de riesgos e impactos fiscales”* y *“velar por la consistencia fiscal de los pagos futuros firmes y contingentes”*. Además, el Ministerio de Hacienda es la institución encargada de fiscalizar las APP, debiendo contratar auditorías externas para: 1. el control de los pasivos contingentes y firmes de los contratos y 2. Para la evaluación la calidad de los servicios objeto del proyecto, debiendo esta última ser una auditoría internacional.

#### (v) Procuraduría General de la República

La Procuraduría no tiene asignada ninguna función específica en la Ley. Sin embargo, el Decreto Reglamentario le otorga funciones en carácter de autoridad de consulta, debiendo emitir dictámenes previos a: las publicaciones de los pliegos de bases y condiciones, la firma de los contratos, las solicitudes de indemnización o compensación

planteadas por el participante privado, la terminación o modificación de los contratos, entre otras circunstancias.

Además de las funciones descritas anteriormente, el decreto le da a la Procuraduría un rol sumamente importante, actuar como autoridad encargada de emitir dictámenes relacionados a las impugnaciones realizadas en contra de las decisiones de precalificación, calificación o adjudicación. No obstante, como se mencionó anteriormente, la decisión final es tomada por la autoridad contratante.

(vi) Banco Central del Paraguay

La banca central paraguaya no tiene gran participación en materia de los proyectos de APP. Es más, se podría decir que esta nula en la etapa de preparación del proyecto. Sin embargo, ciertos informes deben ser remitidos al Banco Central cuando este así lo requiera, siempre y cuando este dentro de sus facultades legales.

Además, deben ser remitidos al Banco Central el cronograma tentativo de desembolso del fondo anual de cada proyecto aprobado, el monto total de la inversión prevista y el estudio de factibilidad. Finalmente, también debe remitírsele la lista, por proyecto de los desembolsos previstos para el siguiente período fiscal.

(vii) Dirección Nacional de Contrataciones Públicas

En materia de proyectos de APP la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) no tiene intervención de ningún tipo. La Ley establece, con relación a esta institución, únicamente que se utilizará el portal del Sistema de Información Nacional de Contrataciones Públicas a los efectos de publicar ciertas cuestiones relacionadas a la etapa de licitación de los proyectos.

Esto pareciera uno de los errores que se podría resaltar de la regulación de las APP en Paraguay. La DNCP es una de las instituciones estatales más competentes y transparentes, por lo que hubiera sido de gran importancia darle un papel más preponderante en todo lo que hace a los proyectos de APP.

Entre otras cuestiones, por ejemplo, otorgarle un mayor grado de participación en la materia relativa al control de los pliegos de bases y condiciones. También hubiera sido preferible que sea la DNCP la que se encargue de los procesos relacionados a las impugnaciones contra adjudicaciones, precalificaciones, pliegos y en general toda cuestión relacionada a la licitación propiamente dicha, en lugar de que esto sea decidido por la propia

institución convocante. Esto sería lo ideal para darle un mayor grado de transparencia al proceso de licitación de las APP.

(viii) Municipalidades y Gobiernos Departamentales

La Ley dejó de lado por completo a las Municipalidades y Gobiernos Departamentales. La única referencia que se puede encontrar es que las mismas percibirán un 2% de los pagos recibidos por el Estado, cuando sean afectadas por los proyectos.

¿Pueden llevar adelante proyectos de APP las Municipalidades y Gobiernos Departamentales? La Ley no lo contempla y hasta se podría decir que no lo permite, ya que toda APP relacionada a proyectos de infraestructura vial es cedida al MOPC; sin embargo, las Municipalidades son independientes al gobierno central.

No obstante, la respuesta debería ser que, sí pueden iniciar, promover y ejecutar proyectos de APP, como cualquier otra autoridad nacional. Sin embargo, eventualmente, se podrán suscitar un gran número de problemas en atención, a la independencia que tienen los gobiernos locales respecto al gobierno central y el alto grado de intervención en los proyectos de APP de las instituciones del gobierno central de acuerdo a la propia Ley.

(ix) Sociedad de Objeto Especifico y Fideicomiso

Además de las instituciones públicas que participan en un proyecto de APP la Ley contempla la figura de la *Sociedad de Objeto Especifico* que es una sociedad creada por el participante privado -donde este debe ser accionista mayoritario- al solo efecto de llevar adelante el proyecto. La duración de dicha sociedad será el tiempo que dure el contrato, más dos años y el tiempo que deba durar el plazo de garantía de las obras y servicios realizados. La sociedad debe estar conformada como una Sociedad Anónima.

El capital integrado de la *Sociedad de Objeto Especifico*, al momento de su constitución debe ser, al menos, equivalente al 20% del presupuesto oficial estimado por la Administración Contratante, salvo que las bases de licitación fijen un monto o porcentaje mínimo diferente. El capital social debe estar siempre constituido por acciones nominativas y su pago o integración debe acreditarse mediante el balance de apertura de la sociedad u otro mecanismo general y objetivo que se determine el pliego respectivo.

Igualmente, el pliego podrá establecer la obligatoriedad de que todos los recursos que se manejen en el proyecto sean administrados a través de un fideicomiso integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto.

Para ello, la Ley autoriza a los organismos y entidades del estado a constituir fideicomisos o encargos fiduciarios o participar en aquellos constituidos o a constituirse con personas de derecho privado y detallando, también, los bienes que pueden ser transferidos al patrimonio autónomo del fideicomiso.

#### (x) Consejo de Empresas Publicas

Este Consejo básicamente es el encargado de establecer y coordinar la política nacional de administración integral de las Empresas Públicas<sup>23</sup>. Este consejo está integrado por representantes del Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones; el Ministerio de Industria y Comercio y la Procuraduría General de la República.

El Consejo interviene en el análisis de los proyectos de APP que afecten a las empresas públicas y sociedades anónimas con participación accionaria mayoritaria del Estado Paraguayo, cuando se trate de proyectos que involucren a las empresas públicas.

#### (xi) Sumario

En resumen, la estructuración, selección, adjudicación y celebración del contrato de APP, así como del control de su correcta ejecución y del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los participantes privados está a cargo de cada institución o ministerio competente para la materia, salvo los de transporte y vías de comunicaciones en los que indefectiblemente el MOPC es la autoridad competente. En todos estos procesos la institución sigue las políticas y directrices dadas por la STP, quien se encarga de asesorar y coordinar los proyectos de APP con dichas instituciones. Se podría decir que esta es la rama operativa del proyecto.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda es la institución encargada de regular, controlar y fiscalizar todo lo relativo a las finanzas del proyecto de APP.

Durante todas estas etapas la Procuraduría General de la Republica tiene un rol sumamente activo, emitiendo dictámenes en cada una de ellas, prácticamente.

Finalmente, la institución competente, bajo supervisión de la STP y del Ministerio de Hacienda, lleva adelante el proyecto de APP con la Sociedad de Objeto Especifico y, eventualmente, estableciendo un fideicomiso.

---

<sup>23</sup> Creado por Ley Num. 5058/13.

### C. Fondo de Garantía y Liquidez

Una característica resaltante de la Ley es que establece la creación de un *“Fideicomiso de Administración y Pagos del Fondo de Garantía y Liquidez para Contratos de Participación Público-Privada”*, denominado también *“Fondo Fiduciario”*. Este Fondo Fiduciario tiene como objeto cumplir con las obligaciones derivadas de los compromisos firmes y contingentes cuantificables a que se podría obligar el estado y de los costos que le corresponden por la resolución de controversias de los proyectos de APP.

Dicho fideicomiso es administrado por la Agencia Financiera de Desarrollo (AFD), que actuara como Entidad Fiduciaria, en el marco de la Ley *“De Negocios Fiduciarios”* y su reglamentación<sup>24</sup>. El Estado Paraguayo, en calidad de Fideicomitente, actuará por medio del Ministerio de Hacienda.

La Ley establece igualmente que el fondo debe mantener un porcentaje mínimo del 10% de los pasivos contingentes cuantificables acumulados y el 100% de los pasivos firmes del próximo año calendario.

El contrato del *“Fondo Fiduciario”* aún no se ha firmado y hasta la fecha está en elaboración.<sup>25</sup> La creación de este fondo resulta sumamente interesante, sobre todo para los participantes privados. No obstante, podría haber sido una mejor decisión designar como entidad fiduciaria una entidad no estatal, ya que con la designación de la AFD (entidad estatal) como fiduciaria, el Estado actúa en carácter de fideicomitente y fiduciario al mismo tiempo. Con lo que se podría argumentar, incluso, que dicho fideicomiso es nulo.<sup>26</sup>

### D. Procedimiento para la firma de una APP

El proceso previo para la firma de un contrato APP consiste en varias etapas. Los proyectos pueden ser por iniciativa propia del Estado o por iniciativa privada. En general ambos procesos se rigen por las mismas disposiciones, pero con ciertas diferencias que se verán a continuación.

#### (i) Proyectos de iniciativa estatal

El proceso consiste en los siguientes pasos:

---

<sup>24</sup> Res. Num. 12/11 del Directorio del Banco Central del Paraguay.

<sup>25</sup> De acuerdo a la propia AFD.

<sup>26</sup> ver Art. 8 Num. 1 de la Ley De Negocios Fiduciarios.

## 1. Estudio de pre-factibilidad y factibilidad del proyecto

La Administración Contratante que tenga la intención de impulsar un proyecto de APP debe, en primer lugar, comunicar a la STP el perfil del proyecto que, luego, lo deriva al Ministerio de Hacienda para para debatir criterios generales sobre el proyecto y su relación con las políticas definidas por el Poder Ejecutivo.

Posteriormente, la Administración debe remitir a la STP un estudio de pre-factibilidad del proyecto que permita una primera evaluación de la viabilidad del mismo. El estudio de la pre-factibilidad del proyecto es realizado por la STP y el Ministerio de Hacienda.

Finalizado este estudio, la Administración debe presentar un estudio de factibilidad del proyecto que deberá nuevamente ser aprobado por la STP y el Ministerio de Hacienda. Finalmente, aprobados los estudios de pre-factibilidad y factibilidad, el proyecto es aprobado mediante un decreto del Poder Ejecutivo.

## 2. Etapa de Precalificación

Antes de la etapa de licitación pública propiamente dicha, la Administración prepara un “*Pliego de Precalificación*”. Esta etapa de precalificación tiene por objetivo “*filtrar*” a los posibles oferentes en base a aspectos jurídicos, de capacidad financiera, técnica o de experiencia de los mismos.

El pliego básicamente debe tratar, entre otras cosas, los siguientes puntos: descripción general y objetivos del proyecto de APP; etapas de la precalificación; requisitos de la precalificación y, también, pueden contemplar la obligatoriedad de presentar un proyecto técnico preliminar financiado por cada proponente.

Con posterioridad a la decisión de precalificación y antes del llamado a licitación pública, la Administración puede realizar un procedimiento de consultas y recepción de propuestas de mejoras, adiciones o ajustes que realice con los precalificados o una etapa un proceso de armonización técnica de propuestas.

Una cuestión fundamental de la etapa de precalificación es que, al finalizar la misma, la Administración tiene la potestad de cancelar la licitación del proyecto, previo dictamen de la STP y del Ministerio de Hacienda sin que esto genere derecho a indemnización alguna para los precalificados.

### 3. Licitación Pública

Una vez finalizada la etapa de precalificación los oferentes calificados participan de una licitación pública, que es la etapa final antes de la firma del contrato.

Antes de su publicación el Pliego de Bases y Condiciones de licitación y la proforma de contrato deben ser aprobados por la Administración Contratante previo dictamen de la STP, del Ministerio de Hacienda y de la Procuraduría General de la República.

Todos los oferentes deben presentar básicamente dos ofertas: la "Oferta Técnica", que debe contener los antecedentes generales y documentos técnicos exigidos por el pliego, y la "Oferta Económica".

Las ofertas son evaluadas por separado. No obstante, son evaluadas por la misma Comisión. La Comisión de Evaluación está formada por un representante de la STP, un representante del Ministerio de Hacienda y tres representantes de la Administración Contratante, pudiendo la Administración Contratante designar miembros adicionales antes de la apertura de ofertas.

Es necesario aclarar que la Administración Contratante, a solicitud de la Comisión de Evaluación, podrá requerir de los oferentes, hasta antes de la apertura de los sobres que contengan la oferta económica, aclaraciones, rectificaciones por errores de forma u omisiones, y la entrega de antecedentes, con el objeto de clarificar y precisar el correcto sentido y alcance de la oferta, evitando que alguna sea descalificada por aspectos formales en su evaluación técnica.

En primer lugar, se evalúa la "Oferta Técnica", para determinar si una oferta no es técnicamente viable el Decreto Reglamentario establece únicamente que *"serán técnicamente no aceptables las ofertas en las que uno o más de los aspectos presentados no cumplieren sustancialmente con lo dispuesto en el presente Reglamento y en el Pliego"*.

Una vez realizada la evaluación técnica, la Comisión cita a todos los oferentes, en la fecha indicada en el pliego, a fin de dar a conocer el resultado de la evaluación técnica de las ofertas, y debe abrir sólo los sobres de las ofertas que hayan sido declaradas técnicamente aceptables.

En la etapa de evaluación de las ofertas económicas, la Comisión de Evaluación verificará si las ofertas económicas se ajustan al Pliego y evaluará éstas atendiendo los factores de licitación establecidos en el Pliego (cuyos factores deberían ser los descritos

anteriormente en el punto B.3 bajo el título: *¿Cuáles son los elementos principales que deben tenerse en cuenta en un proyecto APP?*).

Una vez adjudicada la licitación, sin que existan impugnaciones, el oferente adjudicado debe constituir la Sociedad de Objeto Especifico de acuerdo a las exigencias de la Ley y del Decreto Reglamentario.

#### (ii) Proyectos de iniciativa privada

Los proyectos de iniciativa privada deben ser presentados ante la unidad especializada de la STP, que es la autoridad encargada de recibir, instruir y sustanciar las mismas.

Un proyecto de iniciativa privada no será tenido en cuenta por la STP si es que un proyecto similar: 1. fue presentado por un proponente anterior y se encuentre a estudio de la Administración Contratante; 2. la Administración Contratante estuviere realizando estudios previos para la promoción de un proyecto similar bajo régimen de iniciativa pública, y; 3. si la Administración Contratante lo hubiere identificado y previsto en su planificación con la mención expresa de que será promovido de oficio por su parte.

Tampoco se tendrá en cuenta los proyectos de iniciativa privada cuando contemplen aportes pecuniarios o renuncia a ingresos pecuniarios de las Administraciones Contratantes, cuyo valor presente exceda, en ambos casos, del 10% de la inversión inicial.

El Decreto Reglamentario establece básicamente cuatro etapas para el tratamiento de los proyectos bajo iniciativa privada:

#### 1. Presentación

En esta etapa la STP, luego de realizar el trámite descrito anteriormente, analiza si el proponente tiene la capacidad técnica, económico-financiera y legal para el desarrollo del proyecto en cuestión.

#### 2. Evaluación

Posteriormente, la STP y la Administración Contratante evaluarán el proyecto optando por la aceptación, con o sin modificaciones, o el rechazo del proyecto. El rechazo del proyecto en esta etapa no implicara responsabilidad alguna por parte del Estado. Sin embargo, la aceptación del proyecto implicará la declaración del proyecto como de iniciativa de interés público.

### 3. Factibilidad del proyecto

A diferencia de los proyectos de iniciativa pública, en estos casos el proponente privado es el que se encarga de elaborar y presentar los estudios correspondientes a nivel de pre-factibilidad y factibilidad, conforme a los requerimientos que disponga la STP con la Administración Contratante.

A la hora de estudiar la pre-factibilidad del proyecto se tendrá en cuenta si el proyecto incorpora prácticas innovadoras en el sector económico al cual corresponde el proyecto y respecto a la ejecución o provisión pública tradicional de la obra o servicio. También se considerarán preferentemente las iniciativas privadas que se desarrollen sobre bienes del dominio privado del Estado. Además, se tendrá en cuenta la evaluación social como de valor por dinero del proyecto indiquen la conveniencia de desarrollarlo como PPP, en vez de desarrollarlo por la opción de la contratación pública tradicional.

En tanto que el estudio de factibilidad debe contener, como mínimo, los mismos documentos que los exigidos para los proyectos de iniciativa pública.

Ambos estudios son analizados por la Administración Contratante, la STP y el Ministerio de Hacienda.

### 4. Precalificación y Licitación Pública

Una vez aprobados los estudios por medio de Decreto del Poder Ejecutivo, la Administración Contratante pasa a la elaboración del pliego, y realizar el procedimiento establecido para los proyectos de iniciativas públicas de precalificación, si así lo decidiere la Administración, y de licitación pública. Más allá de que se trate de un proyecto de iniciativa privada, de todas formas, debe realizarse la licitación pública, para que otros posibles oferentes puedan presentarse, a fin de que el proyecto pueda ser explotado de la mejor forma posible, como se refirió anteriormente, la competencia es un principio fundamental en las APP.

Ahora bien, a fin de incentivar que existan estos tipos de proyectos de iniciativa privada la Ley establece ciertos beneficios para los oferentes que hayan sido los propulsores de los proyectos. Los derechos son los siguientes:

1. Obtener el reembolso de los costos vinculados a la realización de los estudios previos (factibilidad) en caso de que no resultare adjudicatario del proyecto. Dichos costos estarán a cargo de quien resulte adjudicatario del proyecto.

2. Obtener un premio en la instancia de valoración de ofertas del procedimiento competitivo, consistente en una bonificación del 3 al 10% del puntaje obtenido con su oferta. Este porcentaje varía de acuerdo al valor del proyecto.

3. Igualmente, el promotor de la iniciativa no deberá abonar el costo de adquisición de las bases del procedimiento competitivo o documentos conexos.

4. En case de realizarse un proceso de precalificación al promotor del proyecto se le podrá otorgar hasta un 3% de bonificación sobre el puntaje obtenido con su oferta.

#### E. Naturaleza de participantes privados

Los participantes privados pueden ser tanto nacionales como internacionales, la Ley los define como *“las personas jurídicas de derecho-privado que participan en un proyecto de participación público-privada”*. Al parecer las personas físicas están excluidas, lo cual resulta razonable en atención a las complejidades que envuelven a los proyectos de APP.

En principio cualquier persona jurídica puede ser un oferente o participante privado. Al respecto, la Ley únicamente establece las limitaciones para ser un oferente o participante. Tales son: 1. Empresas donde funcionarios públicos o familiares de los mismos estén vinculadas por razones de dirección, participación o dependencia; 2. Las que hayan actuado como asesoras contratadas por la Administración Pública Contratante en la implementación del proyecto; 3. Las empresas que tengan proceso judicial en trámite por incumplimiento contractual con el Estado o que hayan sido condenadas por dicha causa dentro de los 5 años; 4. Las que encuentren en quiebra o en convocatoria de acreedores, y; 5. Los deudores del fisco.

#### F. Cuestiones contractuales esenciales

El Decreto Reglamentario enumera cuales son los requisitos mínimos que debe contener cada contrato de APP. Entre los puntos más resaltantes se encuentran, por ejemplo: el régimen financiero del proyecto; el régimen de distribución de riesgos; la remuneración del Participante Privado; las causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato; las fórmulas de pago; el sistema de control de la ejecución del contrato; los procedimientos de solución de controversias, entre otros.

Algunos de los puntos referidos, y otras cuestiones contractuales, están regulados expresamente por la Ley y el Decreto. Seguidamente se verán algunos de ellos: el mecanismo de pagos (i); la cesión y/o subcontratación (ii); el régimen de modificaciones

contractuales (iii); los distintos mecanismos de ajustes (iv); las causas de terminación del contrato (v); control de la ejecución del contrato (vi); el mecanismo de resolución de controversias (vii), y; procedimiento para el reclamo de usuarios (viii).

(i) El mecanismo de pagos

La Ley establece que la contraprestación del participante privado será determinada en cada contrato acorde con el tipo y características del proyecto de APP. En este aspecto la Ley es sumamente abierta y establece que del mecanismo de pagos pueden consistir en el otorgamiento de derechos de cobro a usuarios, aportes públicos u otras fuentes de ingresos.

(ii) Cesión y Subcontratación

La cesión del contrato de APP es posible y está contemplada expresamente en la Ley. Sin embargo, la misma solo podrá hacerse a una persona jurídica o grupo de ellas, que califique y cumpla con los requisitos que se exigieron para ser oferente del contrato original y que no esté sujeta a inhabilidades previstas en la Ley. Naturalmente, la cesión requiere la autorización previa de la Administración Contratante, previo dictamen de la STP y del Ministerio de Hacienda.

La subcontratación de terceros para desempeñar las actividades del Participante Privado también está contemplada en la Ley, salvo que el Pliego lo prohíba expresamente por alguna cuestión relacionada al tipo de servicio a ser prestado. La subcontratación puede ser de las actividades principales, accesorias, conexas, derivadas o complementarias de la actividad o actividades a cargo del Participante.

(iii) Modificaciones contractuales

Las formas de modificar el contrato de APP contempladas son las de mutuo acuerdo (1) y la modificación unilateral por parte de la Administración Contratante (2).

1. Modificación de mutuo acuerdo

La Ley establece que la Administración Contratante y el Participante Privado pueden acordar la modificación de las características de las obras y servicios contratados, a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en el Pliego. No obstante, la limitación es que esta modificación debe, en lo posible, respetar la naturaleza del contrato y las condiciones económicas y técnicas convenidas inicialmente. Además, en caso de que dicha modificación exija nuevas inversiones, en todos los casos, el monto

máximo total las mismas no puede exceder el 30% del presupuesto final de inversión de la obra.

Para el ejercicio de esta facultad, la Administración Contratante debe contar con dictámenes de la STP, la Procuraduría General y el Ministerio de Hacienda.

## 2. Modificación unilateral

La Ley establece la posibilidad de que la Administración Contratante modifique unilateralmente el contrato de APP por razones fundadas de interés público, debidamente respaldadas por dictámenes técnicos de la STP, la Procuraduría General y el Ministerio de Hacienda.

No obstante, las modificaciones que se introduzcan al contrato deben, en lo posible, respetar la naturaleza del contrato y las condiciones económicas y técnicas acordadas inicialmente.

Además, en caso de realizarse la modificación unilateral la Administración Contratante estará obligada a reequilibrar la ecuación económico-financiera del contrato de APP, compensando integralmente al participante privado por los daños y perjuicios que eventualmente resultaren de dicha alteración de la ecuación.

En caso de que dicha modificación requiera nuevas inversiones, el Decreto Reglamentario establece que la Administración Contratante podrá requerir al privado que realice las inversiones correspondientes. Sin embargo, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 15% del presupuesto final de inversión de la obra o del servicio. Además, la modificación no podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de los 2/3 del plazo del contrato de APP.

### (iv) Mecanismos de ajustes

La Ley contempla la posibilidad de que ocurran hechos externos imprevisibles y extraordinarios que ocasionen un grave perjuicio al Participante Privado y alteren sustancialmente el equilibrio económico financiero del contrato. De darse esto, el participante privado tiene derecho a obtener una compensación de la Administración Contratante. Los hechos expresamente contemplados son:

1. Las modificaciones unilaterales al contrato de APP dispuestas por la Administración Contratante por razones de interés público.

2. Eventos de caso fortuito o fuerza mayor de acuerdo a la definición dada por el Decreto Reglamentario<sup>27</sup>, siempre que el derecho a la compensación por estos eventos se encuentre expresamente previsto en el contrato.

3. Actos de carácter particular del Estado que produzcan efectos directos sobre el contrato de participación público-privada.

4. Actos de carácter general del Estado que produzcan efectos directos sobre el contrato de APP, siempre que el derecho a la compensación por estos actos se encuentre expresamente previsto en el contrato.

5. Otros eventos expresamente previstos en los contratos de APP que no sean imputables al participante privado.

La compensación puede implementarse a través de las siguientes formas: una extensión del plazo del contrato que no podrá exceder los 10 años, la variación del régimen de inversiones previsto inicialmente, la modificación del régimen tarifario, el pago de subsidios, entre otros.

#### (v) Causas de terminación del Contrato

La Ley también contempla los casos en los que el contrato de APP quedara sin efecto. Entre ellos se encuentran los siguientes supuestos como el vencimiento del plazo de vigencia; por incumplimiento grave del Participante Privado de la Administración Contratante; por rescate dispuesto por la Administración Contratante, por razones de interés público; por imposibilidad de cumplimiento del contrato de APP; por el inicio de un proceso de quiebra o convocatoria de acreedores del Participante Privado; por mutuo acuerdo entre el Contratante y el Participante Privado.

Lo más resaltante de los supuestos establecidos es la terminación por incumplimiento grave de las obligaciones del Participante Privado. El marco regulatorio de las APP no define ni refiere en qué casos existe un incumplimiento grave, solo establece que

---

<sup>27</sup> Art. 94: *Se considerarán como causas de fuerza mayor o caso fortuito todo acto o acontecimiento imprevisible, irresistible y fuera del control de las partes. Las situaciones que se considerarán como causa de fuerza mayor o caso fortuito pueden incluir, sin estar restringidas a, catástrofes naturales, incendios, explosiones, guerra, insurrección, movilización huelgas, y decisiones gubernamentales.*

*No se considerarán como casos de fuerza mayor o caso fortuito, los actos o acontecimientos cuya ocurrencia podría preverse y cuyas consecuencias podrían evitarse actuando con diligencia razonable. De la misma manera, no se considerarán casos de fuerza mayor o caso fortuito los actos o acontecimientos que hagan el cumplimiento de una obligación únicamente más difícil o más onerosa para la parte correspondiente.*

el mismo debe fundarse en alguna de las causales establecidas en el respectivo contrato o el pliego.

La Ley establece que la declaración de incumplimiento grave de las obligaciones del Participante Privado debe ser solicitada por la Administración Contratante ante la instancia de solución de controversias prevista en el contrato. Este requerimiento da un mayor grado de seguridad al Participante Privada, en atención a que la terminación no ocurre de manera automática, como en la generalidad de los contratos.

Una vez declarado el incumplimiento serán exigibles las garantías otorgados por el Participante Privado.

#### (vi) Control de la ejecución del contrato

Tanto la Administración Contratante como la STP están facultadas a controlar la ejecución del contrato de APP y pueden utilizar diferentes instrumentos para el ejercicio de dichas funciones, tales como el requerimiento de información, auditorías externas, evaluación de desempeño, inspecciones y peritajes.

La Administración Contratante puede realizar un control respecto a los aspectos técnicos, operativos, legales, económicos, financieros, contables, ambientales u otros que puedan ser necesarios de acuerdo a la naturaleza del contrato.

El Participante Privado está obligado a proporcionar, a requerimiento de la Administración Contratante o la STP, toda la información y documentación relativa al cumplimiento del contrato le requieran, sin poder oponer a su respecto el secreto comercial.

#### (vii) Mecanismo de solución de controversias

La normativa en materia de APP contempla tres niveles para la solución de controversias que surjan de un contrato de APP. Ellos son:

##### 1. Primer nivel: negociaciones directas.

Este procedimiento se inicia mediante una notificación del reclamo por escrito de la parte agraviada a la otra parte, con la descripción de los hechos controvertidos y una propuesta de negociación para resolver los mismos.

La Administración Contratante debe informar de esta notificación a la Procuraduría General de la República, la cual tiene la facultad de participar en las negociaciones.

## 2. Segundo nivel: tratamiento del asunto ante el Panel Técnico

El Decreto Reglamentario establece que caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo en el marco de las negociaciones iniciadas, en el plazo de 30 días a partir de la notificación o en el plazo previsto en el contrato y/o pliego de bases y condiciones, la parte agraviada someterá la controversia a consideración de un Panel Técnico, siempre que la índole de la controversia sea técnica o económica.

El Panel Técnico es permanente. Es decir, durante la ejecución del contrato, y aun antes del planteamiento de cualquier controversia, puede realizar visitas periódicas al emplazamiento del proyecto, reunirse con las partes y mantenerse informado del progreso de las obras y de todos los aspectos que hacen a la ejecución del contrato. A la firma de cada contrato de APP, las partes deben seleccionar tres expertos en la materia relacionada al proyecto a fin de que constituyan el Panel Técnico.

Debe aclararse que el Panel Técnico no ejerce jurisdicción, y solo está facultado a emitir una recomendación técnica y no jurídica. No obstante, la recomendación no tiene carácter vinculante para las partes.

## 3. Tercer nivel: sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral

Como nivel final de solución de controversias se establece el arbitraje. Algunos aspectos esenciales del proceso son los siguientes:

1. La ley aplicable al procedimiento arbitral debe ser la Ley Num. 1879/02 “De Arbitraje y Mediación”, salvo previsión distinta del Pliego de Bases y Condiciones.
2. El arbitraje podrá ser institucional o ad-hoc, según lo establecido por el pliego y el contrato.
3. El Tribunal debe estar integrado, en principio, por tres árbitros. Cada parte debe elegir a un árbitro y luego dichos árbitros eligen al tercero.
4. Los árbitros pueden ser paraguayos o extranjeros.
5. La sede del arbitraje debe ser la ciudad de Asunción. Sin embargo, por razones fundadas en la envergadura del proyecto y otros factores relevantes las partes pueden acordar establecer otra sede.
6. El proceso arbitral debe ser público.

7. La representación del Estado Paraguayo será ejercida por la Procuraduría General, salvo que se trate de un ente autónomo, autárquico o sociedad anónima con participación estatal mayoritaria.

8. En caso de invalidez o ausencia de una cláusula arbitral las controversias deben ser sometidas a la jurisdicción de los juzgados y tribunales ordinarios de la ciudad de Asunción.

(viii) Reclamo de usuarios

Para finalizar este pantallazo de la Ley de APP del Paraguay, en materia de los derechos y deberes que eventualmente puedan tener los usuarios de los bienes o servicios prestados en el marco de los contratos de APP, la Administración Contratante debe elaborar un Reglamento de Usuarios para cada proyecto, el cual debe ser aprobado por la STP.

La Administración Contratante es la encargada de verificar el cumplimiento de las obligaciones del Participante Privado para con los usuarios del bien o servicio que forma parte de un contrato de APP.

Adicionalmente, el Participante Privado debe establecer un sistema de atención al público para recibir las quejas y evacuar las consultas de los usuarios, y para brindar información adecuada al público. El sistema deberá ser aprobado por la Administración Contratante para su funcionamiento.