

## El marco institucional de la Ley APP (2ª parte)<sup>1</sup>

Lila Molinier/Seppy \*/

Esta segunda parte es continuación de la primera entrega<sup>2</sup> en la que habíamos planteado que la llamada Ley de Alianza Público Privada (Ley APP)<sup>3</sup> establece su marco institucional en un contexto en el que en su primer artículo vulnera la institucionalidad del Estado paraguayo, al abrir en forma indiscriminada la totalidad del campo de intervención estatal en la producción de bienes y servicios públicos a la inversión privada, y a ese efecto, establece nuevas figuras jurídicas como la de los contratos de participación público-privada según dos formas, por iniciativa pública y por iniciativa privada, y regula la gestión de los fideicomisos.

En relación con el marco institucional de la Ley señalamos que establece cinco instituciones e instancias que estarán directamente involucradas en los proyectos y contratos PPP<sup>4</sup>: (i) Administraciones competentes y contratantes; (ii) Unidad de Proyectos de PPP; (iii) Ministerio de Hacienda; (iv) Fondo de Garantías y Liquidez para contratos con PPP, y (v) Registro Público de Contratos de PPP/STP.

En dicha ocasión, nos hemos concentrado sólo en las dos primeras instituciones, por lo que en ésta, seguimos con la presentación de las otras tres, además de las dos instituciones incorporadas por el decreto reglamentario.

### 2.3 La Unidad de Proyectos de Participación Público Privada

La Unidad de Proyectos de PPP es la dependencia especializada de la Secretaría Técnica de Planificación (STP) de la Presidencia de la República, creada por la Ley APP, para promover y coordinar con las Administraciones Contratantes, los proyectos bajo la modalidad de contratos PPP. Además, para asistirles en la elaboración de pliegos de bases y condiciones generales, y asesorarlas en la preparación de los pliegos particulares, así como en su proceso de selección, adjudicación y ejecución<sup>5</sup>. El decreto regulatorio la estructuró en tres direcciones: General, Jurídica, y en Formulación y Evaluación de Proyectos PPP. Su estructura orgánica y funcional deberá ser formulada por ella misma<sup>6</sup>. Esta Unidad también tiene a su cargo llevar el Registro Público de los contratos de PPP y de iniciativa privada, como se verá más adelante.

---

<sup>1</sup> Artículo publicado en: Revista ACCIÓN, N° 345, junio 2014, Asunción, p. 26 - 31

\*/ Sociedad de Economía Política del Paraguay

<sup>2</sup> Ver ACCIÓN, N° 343, abril de 2014, pp. 19 - 24

<sup>3</sup> La Ley N° 5102, de Promoción de la Inversión en Infraestructura Pública y Ampliación y Mejoramiento de los Bienes y Servicios a Cargo del Estado, fue sancionada por la Cámara de Diputados el 28 de octubre, y promulgada por el Presidente Horacio Cartes el 1 de noviembre de 2013

<sup>4</sup> Dto PR-MH N° 1350/14, Capítulo II, Sección I al VII

<sup>5</sup> Ley APP, Art. 9º. Disponible en: [www.stp.gov.py/alianzapublicoprivada](http://www.stp.gov.py/alianzapublicoprivada).

<sup>6</sup> Dto. N° 1350/14 de reglamentación de la Ley APP, Art. 10º, plazo cumplido el 12 de abril pasado. Disponible en: [www.stp.gov.py/alianzapublicoprivada](http://www.stp.gov.py/alianzapublicoprivada).

## 2.4 El Ministerio de Hacienda

Las funciones del Ministerio de Hacienda (MH) son establecidas por la Ley APP en relación con la estructuración y desarrollo de los contratos PPP, a partir de los requisitos que deben de cubrir para su evaluación inicial; los compromisos fiscales (presupuestarios) derivados de los contratos; el Sistema de Inversión Pública, y la constitución y el funcionamiento del Fondo Fiduciario de Garantías y Liquidez. La Dirección de Inversión Pública del MH será la instancia técnica encargada de orientar a las Administraciones Contratantes (públicas) sobre los estudios previos requeridos sobre los proyectos y contratos para su aprobación, sin llegar a condicionar los resultados del dictamen de evaluación<sup>7</sup>.

En cuanto a los compromisos fiscales, fundamentalmente debe evaluar los riesgos e impactos fiscales previstos en la etapa preparatoria y de análisis de los contratos PPP; emitir dictámenes técnicos vinculantes al respecto, así como sobre la factibilidad de la implementación de los proyectos<sup>8</sup>. También, velar por la consistencia de los pagos futuros, firmes y contingentes<sup>9</sup>, derivados de la aprobación de cada proyecto, y llevar el registro de los mismos. Igualmente, debe evaluar e informar sobre el monto global autorizado a transferir al Fondo de Garantías y Liquidez, en ocasión del estudio y aprobación del Presupuesto General de la Nación, en forma anual. Además, verificar que la Administración Contratante incluya en cada proyecto de presupuesto anual, la asignación correspondiente a los recursos necesarios derivados de los compromisos asumidos en los proyectos PPP<sup>10</sup>. Asimismo, el MH deberá contratar auditorías externas, cada cuatro años, de los pasivos contingentes y firmes de los contratos PPP, y una auditoría internacional para evaluar la calidad de los servicios producidos<sup>11</sup>.

Todos estos procedimientos a ser seguidos por el MH, que impliquen la previsión y uso de los recursos presupuestarios, se cruzan con las atribuciones y funciones del Congreso Nacional, en relación con el estudio y aprobación del presupuesto público anual y de sus modificaciones, por lo que el Poder Legislativo estará involucrado en la asignación de los recursos para los proyectos y contratos APP. Pero el MH, junto con el MOPC, serán los dos

---

<sup>7</sup> Dto. Nº 1350/14. Art. 11º

<sup>8</sup> Dichos dictámenes técnicos deben concentrarse sobre: (i) los pliegos de bases y condiciones de los proyectos previos a su aprobación; (ii) los contratos y sus modificaciones, en forma previa a su suscripción; (iii) las solicitudes de indemnización o compensación planteadas por el participante privado por cualquier causa; (iv) las terminaciones anticipadas del contrato, antes de asumir la decisión, y (v) cualquier otra circunstancia que pueda comprometer los recursos del Estado (Ley APP, Art. 10º).

<sup>9</sup> Los “compromisos firmes” se refieren a las obligaciones a cargo del Estado que impliquen el pago, al participante privado, de una contraprestación por la realización de los actos previstos en el contrato PPP, incluidas sus modificaciones. Mientras que “los compromisos contingentes” se refieren a los pagos potenciales a cargo de la Administración Contratante y a favor del participante privado, correspondientes a las garantías que el primero haya otorgado a fin de mejorar la relación riesgo-retorno del proyecto e incentivar la participación privada. Ambos tipos de compromisos cuantificables deberán ser considerados para fines del registro (Ley APP, Art. 14º)

<sup>10</sup> Ley APP, Art. 10º

<sup>11</sup> Idem.

ministerios del Poder Ejecutivo más involucrados en cuanto al contenido de los contratos y los compromisos asumidos por el Estado como responsable de la política fiscal, por un lado, y de obras públicas y comunicaciones, por el otro lado, ante los participantes y la iniciativa privada.

## **2.5 El Fondo Fiduciario de Garantías y Liquidez para contratos con PPP**

La Ley APP crea este fondo fiduciario con el objetivo de generar las condiciones financieras para asumir los compromisos firmes y contingentes cuantificables derivados a los que se obliga al Estado, y de los costos por resolución de controversias por medio de la firma de los contratos de PPP<sup>12</sup>. Será administrado por la Agencia Financiera para el Desarrollo (AFD) en calidad de Fiduciario (encargado) siendo el Estado paraguayo el Fideicomitante (propietario), representado por el Ministerio de Hacienda<sup>13</sup>. La AFD percibirá una remuneración por la administración del fideicomiso, según el acuerdo establecido en el contrato con el MH.

En cuanto a los recursos del Fondo la Ley APP enlista seis posibles fuentes<sup>14</sup>, sin embargo, la primera es la más importante de todas, consistente en un aporte del Estado constituido por los recursos establecidos en el Art. 3º, inciso (a) de la Ley N° 4758/12 Fonacide/FEEI<sup>15</sup>. Se refiere a los recursos asignados por el Fonacide al Tesoro Nacional, para la inversión en infraestructura pública, de los cuales serán transferidos gradualmente al Fondo Fiduciario de Garantías y Liquidez hasta un máximo del 25% del total percibido en el año 2013, para volverse una suma constante a reponer en el caso en el que fuera utilizado para efectuar los pagos debidamente aprobados. Las demás fuentes hacen referencia a un porcentaje de los pagos de los participantes privados efectuados a las Administraciones Contratantes, según lo estipulado en los contratos de PPP en cada caso, como aporte y/o sobre los superávits logrados; aportes de otras entidades; la rentabilidad obtenida por la administración de los recursos del Fondo, y las multas aplicadas a los participantes privados en concepto de sanciones previstas en la Ley.

Los pagos que deben ser realizados con los recursos del Fondo se regirán por la Ley 921/96 de los “Negocios Fiduciarios”, con lo cual los recursos no utilizados en cada año fiscal no serán devueltos al Tesoro Nacional, y permanecerán afectados al Fondo para los ejercicios

---

<sup>12</sup> Ley APP, Art. 11º

<sup>13</sup> La AFD es un banco público de segundo piso, creado por Ley N° 2640/2005, para canalizar el financiamiento para el sector privado a través de las Instituciones Financieras Intermediarias (IFI), como bancos, financieras y cooperativas. En el 2009, le fueron otorgadas nuevas funciones y atribuciones por Ley N° 3330, con la modificación de los Art. 1º, 3º, 5º, 6º y 14º de la anterior, mediante las cuales asume la función de fiduciario en el caso del Fondo para la Excelencia de la Educación y la Investigación (Ley Fonacide/FEEI, N° 4758/12, y en este caso, por disposición de la Ley APP.

<sup>14</sup> Art. 11º.

<sup>15</sup> El Fondo Nacional de Inversión Pública y Desarrollo (Fonacide) y del Fondo para la Excelencia de la Educación y la Investigación (FEEI), integrado con los ingresos en concepto de compensación por cesión de la energía paraguaya de la Itaipú al Brasil, acrecentados por los acuerdos firmados por los gobiernos de Fernando Lugo y Luiz Ignacio “Lula” Da Silva en julio de 2009. La Ley asigna dichos recursos en porcentajes diferenciados a cinco instancias institucionales, entre ellas, al Tesoro Nacional, en un 28% del total, para inversiones en infraestructura pública.

siguientes. Sin embargo, las programaciones de los pagos deberán ser previstas por el MH. En los casos en que el Fondo no pueda responder por la totalidad de los pasivos, el MH deberá determinar la forma en el que serán cubiertos. Los recursos del Fondo podrán ser depositados en instituciones financieras públicas o privadas, nacionales e internacionales, calificadas, y aprobadas por el BCP<sup>16</sup>, lo cual se expande aún más la gestión de los contratos PPP hacia su apertura y articulación con el capital financiero.

Además, la Ley APP también establece otros pagos, en porcentajes destinados a las gobernaciones y municipalidades, en los siguientes casos: (i) el 2% de los pagos establecidos en los contratos, como pago ofrecido por el oferente a la Administración Contratante, y que se encuentren previstos en los contratos<sup>17</sup>, y (ii) el 7% de la asignación del Fonacide/FEEI para el Tesoro Nacional<sup>18</sup>, que podrán ser destinados a proyectos de PPP a ser desarrollados en Asunción y su área metropolitana<sup>19</sup>.

## 2.6 El Registro Público de Proyectos de PPP

Es una función e instancia asociada con la Unidad de Proyectos PPP de la Secretaría Técnica de Planificación de la Presidencia de la República, que consiste en llevar el registro de todos los proyectos PPP, por iniciativa pública y por iniciativa privada, ya ejecutados y en ejecución. Este registro es de carácter público y deberá garantizar el acceso a la información por medios electrónicos<sup>20</sup>. Además de las funciones del Registro Público de Proyectos PPP, la Ley APP dispone que esta Unidad deberá presentar anualmente un informe al Poder Ejecutivo, al Legislativo y a la Contraloría General de la República, y publicarlo “en el sitio electrónico oficial que se determine en la reglamentación”, detallando los mecanismos y acciones de transparencia implementados en cada uno de los proyectos, incluyendo los resultados e indicadores de verificación<sup>21</sup>.

El decreto reglamentario determinó que el sitio electrónico oficial de publicación de dicho informe de transparencia sea el portal del Sistema de Contrataciones Públicas, de la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), dependencia especializada del Ministerio de Hacienda en materia de contrataciones y adquisiciones públicas, cuya intervención sólo fue prevista en la Ley APP en relación con difusión de la convocatoria a concursos de proyectos PPP mediante licitaciones públicas en el Sistema<sup>22</sup>. El listado de los documentos a ser publicados definidos en la Ley, y detallado en el decreto, deberán ser facilitados por Administraciones Contratantes para su difusión en el portal<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> El Dto. Reglamentario, Nº 1350/14, Art. 25º.

<sup>17</sup> En el Art. 24º, Adjudicación y firma de contratos, inciso e) Pagos ofrecidos por el oferente a la Administración Contratante del Estado.

<sup>18</sup> Art. 3º, inciso a) de la Ley Nº 4758/12 Ley Fonacide/FEEI, ver nota pie de página 26.

<sup>19</sup> Ley APP, Art. 11º.

<sup>20</sup> Ley APP, Art. 13º

<sup>21</sup> Ley APP, Art. 15º.

<sup>22</sup> Ley APP, Art. 22º.

<sup>23</sup> Dto. Nº 1350/14, Art. 27º. En la Ley APP también se incluye las decisiones de terminación de contratos en forma anticipada, Art. 15º.

## 2.7 El decreto reglamentario incorpora la intervención de la Procuraduría General de la República y del Banco Central del Paraguay

Las importantes omisiones del marco institucional de la Ley APP son evidenciadas por el decreto reglamentario con las disposiciones que agregan estas dos instituciones del gobierno central en dicho marco, la Procuraduría General de la República (CGR) y el Banco Central del Paraguay (BCP). La cuestión preocupante es que el Decreto no tiene la misma jerarquía que la Ley, y puede ser modificado por el Ejecutivo sin intervención del Congreso Nacional.

En el caso de la PGR, el Decreto dispone que dicha institución emitirá dictámenes, previo a los dictámenes vinculantes que dictará el Ministerio de Hacienda<sup>24</sup>, de conformidad al Art. 10º, Inciso (i) de la Ley, sobre los actos que puedan comprometer los recursos del Estado, tales como: los Pliegos de Bases y Condiciones con carácter previo a su aprobación; los contratos y sus modificaciones con carácter previo a su suscripción; las solicitudes de indemnización o compensación planteadas por el Participante Privado, por cualquier causa; las terminaciones anticipadas del contrato, antes de adoptar la decisión, y cualquier otra circunstancia que pueda comprometer directamente los recursos del Estado<sup>25</sup>.

En cuanto a la inclusión del BCP, el Decreto establece que en su carácter de organismo técnico encargado de la política económica y cambiaria deberá ser informado sobre el cronograma tentativo de desembolsos del fondo anual de cada proyecto aprobado; el monto total de la inversión prevista, y el estudio de factibilidad, a ser remitido por las Administraciones Contratantes, en forma previa a la suscripción del contrato de PPP pertinente. Además, de sus modificaciones en cuestiones referentes a montos o plazos de desembolsos. Asimismo, la STP deberá remitirle la lista desagregada por proyecto de los desembolsos previstos para el siguiente periodo fiscal, a más tardar el 30 de noviembre de cada año<sup>26</sup>.

Ambas incorporaciones están plenamente justificadas pues en el caso de la PGR, quien debe representar y defender, judicial o extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, así como dictaminar en los casos y efectos señalados en las leyes, y asesorar a la Administración Pública en la forma en que dichas leyes determinen<sup>27</sup> la tarea será sistemática, comprometedora y riesgosa, ya que la APP propone cambios en las reglas de juego en la intervención pública y privada, tradicionalmente malas, tratándose de intereses empresariales fuertes, con mucha capacidad de presión, incluyendo las transnacionales, así como por efectos de la corrupción público-privada. Mientras, que en el caso del BCP, el tipo de cambio fijado afectará el nivel de operaciones y rendimientos de las inversiones extranjeras, por lo que la presión sobre la política cambiaria será importante.

---

<sup>24</sup> Dto. Nº 1350/14, Art. 28º

<sup>25</sup> Los pedidos de dictamen deberán ser acompañados de la posición jurídica de la Administración Contratante y de los antecedentes correspondientes.

<sup>26</sup> Dto. Nº 1350/14, Art. 29º

<sup>27</sup> Constitución Nacional. Sancionada, promulgada y jurada el 20 de junio de 1992, Ed. Librería El Foro, Asunción, 1992.

## 2.8 Los riesgos y límites previstos

Las instituciones que asumen la mayor carga de responsabilidad por los proyectos y contratos PPP, y sus implicancias, son el MOPC, el MH, la PGR y el BCP. El decreto reglamentario establece la distribución de compromisos, riesgos y beneficios que los contratos PPP deberán consignar con claridad<sup>28</sup>, porque su consideración representa niveles de dificultad a superar en las negociaciones entre las partes acerca de dichos aspectos, para la definición, aprobación y firma de los contratos, así como su posterior administración, apegada a los términos acordados.

En cuanto a los riesgos, son ilustrativos los enunciados como riesgos de ingeniería y construcción (sobrecostos y retrasos que se generan en las obras por causas previsibles e imprevistas); riesgos operacionales (caída de la producción prevista, operaciones por encima del costeo, obsolescencia técnica, etc.); riesgos de mercado; medioambientales del proyecto; de conflictos sociales; de política económica y de la situación política; de fuerza mayor y casos fortuitos<sup>29</sup>. También, los relacionados con los retrasos en las autorizaciones, permisos, licencias que deberán ser identificados en forma previa a la aprobación del proyecto, por los costos, sobrecargas y diligencias requeridas<sup>30</sup>.

En relación con “los compromisos fiscales derivados de los contratos de PPP”, la Ley APP determina que el MH es responsable de las normas contables necesarias para la valoración y registro de los compromisos firmes y contingentes de los contratos PPP<sup>31</sup>. Además, que el monto acumulado de los pagos, netos de ingresos contingentes, asumidos a título de contratos de PPP, calculado a valor presente, no podrá exceder el 2% del Producto Interno Bruto (PIB) del año inmediato anterior. Y que el monto asumido como pagos firmes y contingentes cuantificables anuales no podrá exceder del 0,4% (menos de uno de cada cien) del PIB del año inmediato anterior.

Estos límites establecidos en cuanto al impacto de los proyectos y contratos PPP, sin embargo, son levantados por la propia Ley APP al otorgar al MH la atribución de revisar la conveniencia de los mismos, y en caso de estimarlo necesario, preparar la reforma legislativa. De ahí que fungirán como mecanismos de contención de los riesgos asumidos por las finanzas públicas hasta tanto sean modificados.

Otra novedad que deberá ser asimilada por la administración de la política fiscal por parte del MH es que los recursos que se generen por la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios públicos en el desarrollo de los proyectos de PPP, administrados bajo los contratos firmados por la Administración Contratante, no se contabilizarán en el Presupuesto General de la Nación, durante la ejecución del contrato. En otras palabras, los contratos PPP generarán gastos pero no recursos por proyectos. Los posibles ingresos

---

<sup>28</sup> Dto. N° 1350/13, Art. 5°

<sup>29</sup> Para ampliar, ver ídem, Art. 6°

<sup>30</sup> Idem, Art. 7°.

<sup>31</sup> Ley APP, Art. 14°

previstos son los pagos de la contraparte privada según contrato, que estarán blindados en el Fondo de Garantías y Liquidez.

La Ley APP tiene 57 artículos y 30 páginas, mientras que el decreto reglamentario tiene 145 artículos y 105 páginas, todos referidos al nuevo régimen jurídico contractual entre el sector público y privado, alternativo a los desarrollados bajo las diversas modalidades actualmente vigentes de la inversión y los servicios públicos en Paraguay, tanto en el área económica como social. No será fácil monitorear y evaluar los proyectos, ni administrar cada contrato PPP. Es probable que el experimento genere más que contratiempos, importantes pérdidas para las finanzas públicas y el aumento de las deudas públicas, tanto financieras como los pendientes en infraestructura y servicios públicos que necesitan los procesos y las comunidades postergadas por la debilidad estructural de la institucionalidad y gestión pública