

## El marco institucional de la Ley APP<sup>1</sup>

Lila Molinier/Seppy\*/

### 1. La apertura indiscriminada del campo de intervención del Estado a la PPP

La llamada Ley de Alianza Público Privada (Ley APP, en adelante) establece su marco institucional en el Capítulo II, artículos 7º al 15º, 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-privado (PPP, en adelante); contempla la figura de la iniciativa privada, y regula el uso de los fideicomisos.

El objeto de la Ley es establecer normas y mecanismos para **promover las inversiones en infraestructura pública y en la prestación de los servicios a los que sean destinados o complementados, así como en la producción de bienes y en la prestación de servicios que sean propios de los organismos, entidades, empresas públicas y sociedades en las que el Estado sea parte**<sup>2</sup>.

De este modo, los contratos de PPP podrán comprender proyectos de infraestructura y de gestión de servicios de las obras. También, la producción de bienes y la prestación de servicios que sean propios del objeto de organismos, entidades, empresas y sociedades con participación estatal<sup>3</sup>.

En cuanto a los compromisos del participante privado, serán establecidos en el contrato e incluirán como mínimo el financiamiento total o parcial de las inversiones, así como la operación y el mantenimiento de una infraestructura y de los servicios asociados, además de alguna de las siguientes alternativas:

- (a) El diseño y construcción de una infraestructura y el equipamiento necesario, o
- (b) La construcción o reparación y mejoramiento de una infraestructura y el equipamiento necesario o,
- (c) La gestión del objeto de operación, en el caso de empresas públicas y sociedades anónimas con participación estatal.

---

<sup>1</sup> Artículo publicado en: Revista ACCIÓN, Nº 343, abril 2014, Asunción, p. 19-24

<sup>2</sup> Art.1º, Ley Nº 5102, sancionado por la Cámara de Diputados el 28 de octubre, y promulgado por el Presidente Horacio Cartes el 1 de noviembre de 2013.

<sup>3</sup> Ley APP, Art. 3º. Las sociedades con participación estatal son aquellas empresas públicas como la COPACO S.A, que fueron preparadas a inicios del 2000, para la participación accionaria privada pero que continúan siendo enteramente públicas.

\*/ Sociedad de Economía Política del Paraguay.

El mínimo de inversión previsto para la realización de contratos PPP es de 12.500 (doce mil quinientos) salarios mínimos mensuales, es decir, unos 22 mil 800 millones de guaraníes, equivalente a 5.000 dólares<sup>4</sup>.

Se declara que todas las actuaciones relacionadas con la Ley APP deberán observar, entre otros, el principio de Supervisión y Control del Estado, en base al cual el Estado tiene competencia y facultades de planeamiento, control, sanción, regulación, supervisión y vigilancia de la ejecución de los contratos, objeto de la Ley<sup>5</sup>.

## **2. El marco institucional de la Ley**

La Ley APP establece cinco instituciones e instancias institucionales que estarán directamente involucradas en los proyectos y contratos PPP<sup>6</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; (v) Registro Público de Contratos de PPP/STP. También, establece los mecanismos y procedimientos que estas instituciones deben operar.

Todas ellas están asociadas con el proceso completo de los contratos PPP, desde su diseño inicial hasta su concreción como inversión ejecutada y operativa; su registro; el financiamiento previsto para el pago de resarcimientos a las empresas contratadas y la cobertura de riesgos.

Las instituciones públicas más directamente responsables de su aplicación son: el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, y las empresas públicas afectadas, la Secretaría Técnica de Planificación, y la Agencia Financiera de Desarrollo (AFD). Es decir, del Poder Ejecutivo, asociadas con el diseño y la gestión de la política económica, y de Entes Descentralizados, como la AFD, y Empresas Públicas, como la ESSAP, a juzgar por las inversiones priorizadas en esta primera etapa.

Aquí nos concentramos en la primera figura institucional, que está directamente relacionada con el proceso que está siguiendo actualmente la ejecución de la APP, y de la que la opinión pública está siendo informada actualmente.

## **3. Las administraciones competentes y contratantes**

Son los organismos y entidades del Estado con competencia para celebrar contratos de PPP<sup>7</sup>. Ellas dispondrán y estructurarán la organización que les resulte más apropiada para el logro de sus objetivos, y en el caso en que existiera un proyecto dirigido por dos o más administraciones, deberán concertar y firmar un convenio en el que se establezcan en

---

<sup>4</sup> El salario mínimo legal fue ajustado en marzo pasado a 1.824.055 guaraníes mensuales. El tipo de cambio actual es de 4.500 guaraníes por dólar.

<sup>5</sup> Art. 2º, inciso a.

<sup>6</sup> Dto PR-MH N° 1.350/13, Capítulo II, Sección I al VII

<sup>7</sup> Dto. Ídem, Art. 3º, 1.

detalle los aportes y compromisos a ser asumidos por cada una, así como nombrar a sus representantes.

El Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) será la entidad pública competente para el desarrollo, selección, adjudicación y ejecución de proyectos de PPP en el ámbito de los transportes y vías de comunicación, incluso en los casos en que existan entes descentralizados que tengan competencias relacionadas con esos proyectos. El MOPC asumirá las atribuciones necesarias para la elaboración del contrato y su ejecución, sustituyendo a dichos entes en el ejercicio de dichas competencias<sup>8</sup>. También, podrá dar asistencia técnica a otras en el diseño y la ejecución de sus proyectos de infraestructura, y en esos casos, podrán celebrar los convenios pertinentes. La decisión de impulsar un proyecto bajo la modalidad de contrato APP deberá ser aprobado por el P. Ejecutivo, una vez concluidos los estudios previos de pre-factibilidad y factibilidad<sup>9</sup>.

Las atribuciones de las Administraciones Contratantes se desarrollarán bajo la coordinación de la Unidad de Contratos de PPP, creada por la Ley APP. Incluyen la etapa previa de preparación, estructuración, selección, adjudicación y celebración del contrato de PPP, así como el control de su ejecución y cumplimiento, sin perjuicio a las atribuciones de regulación y control que correspondan a otros organismos estatales originales y las atribuidas por la Ley<sup>10</sup>. Es el caso de las entidades descentralizadas y empresas públicas, que actuarán bajo la Administración Competente del MOPC, como la ESSAP.

Las Administraciones Contratantes tienen establecidas por la Ley APP el listado de proyectos PPP autorizados por los legisladores, que sigue siendo muy amplio. También tienen establecidos procedimientos para tramitar iniciativas privadas y excepciones a la modalidad de contratos PPP en cuatro áreas de la función y prestación de servicios públicos, como pasamos a ver.

#### Listado de proyectos autorizados

Este listado está incluido en dentro de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Ley APP, como una “Autorización Legislativa” que “autoriza expresamente a las Administraciones Contratantes a estructurar, seleccionar, adjudicar y celebrar los contratos PPP en los términos de la Ley, de esta lista de proyectos (ver recuadro). Igualmente aclara que el Ejecutivo queda expresamente facultado a determinar, detallar, precisar, los términos, contenidos, condiciones y características de los proyectos específicos a ser ejecutados<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Ley APP, Art. 7º. Esto se aplicará en el caso de la empresa pública encargada del suministro y la administración de los servicios de agua y saneamiento ambiental (ESSAP), en las zonas urbanas, y que está vinculada con el MOPC

<sup>9</sup> Ídem, Art. 8º y 9º.

<sup>10</sup> Ley APP, Art. 8º.

<sup>11</sup> ídem, Art. 52º

### Listado de Proyectos APP autorizados por los legisladores. Ley APP, Art. 52º

1. Hidrovías, dragado, señalización y mantenimiento de la navegabilidad del río Paraguay y otros ríos navegables
2. Aeropuertos internacionales
3. Construcción, rehabilitación y mantenimiento de rutas y autopistas nacionales.
4. Construcción, extensión y operación del servicio de líneas ferroviarias.
5. Construcción y mantenimiento de puentes nacionales e internacionales
6. Provisión de agua potable, y servicios de saneamiento y tratamiento de afluentes
7. Generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica
8. Infraestructura vial de la capital de la República y su área metropolitana
9. Infraestructura social, hospitales, centros de salud, centros educativos.
10. Penitenciarías
11. Mejoramiento, equipamiento y desarrollo urbano, en los cuales participen las Administraciones Contratantes
12. Acueductos, poliductos, oleoductos, alcoductos, gasoductos
13. Provisión de bienes y prestación de servicios que sean propios de las empresas y sociedades, en las que el Estado sea parte
14. Producción y comercialización de cemento
15. Producción, refinamiento y comercialización de hidrocarburos, combustibles y lubricantes.
16. Servicios de telecomunicaciones

### Proyectos por iniciativa pública y excepciones a los proyectos PPP

También el decreto reglamentario contiene Disposiciones Finales<sup>12</sup>, donde establece procedimientos para tramitar iniciativas privadas y excepciones a la modalidad de contratos PPP en cuatro áreas de la función y prestación de servicios públicos, como pasamos a ver:

- (i) **En relación con la competencia para tramitar iniciativas privadas<sup>13</sup>**. La Unidad de PPP está facultada a recibir, instruir y sustanciar iniciativas privadas para el desarrollo de proyectos, **siempre que su objeto no sea similar a otro que: “c. La Administración Contratante [pública] lo hubiere identificado y previsto en su planificación con la mención expresa de que será promovido de oficio por su parte”**.

De ahí que la STP identificó, en el plazo previsto, los proyectos incluidos en la planificación que serán impulsados por iniciativa pública, con base en la información de las Administraciones Contratantes, y aprobado por decreto del Poder Ejecutivo, previo dictamen del Equipo Económico Nacional<sup>14</sup>.

### Obras prioritarias de interés público aprobadas por el Equipo Económico Nacional<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Dto PR-MH N° 1.350/13, Título V, Art. 141º

<sup>13</sup> Ley APP, Título IV, Iniciativa Privada, Art. 48º

<sup>14</sup> Según requisito explicitado acorde con lo dispuesto en los artículos 7º (último párrafo), 49º (párrafo 4) y 52º (último párrafo) de la Ley.

<sup>15</sup> Disponible en: [http://www.stp.gov.py/?mid=Noticia&document\\_srl=492549#0](http://www.stp.gov.py/?mid=Noticia&document_srl=492549#0)

1. Duplicación de las rutas 2 y 7, circunvalación de ciudades, viaducto en Coronel Oviedo, hasta el comienzo de la concesión con Tape Porã.
2. Rehabilitación, mejoramiento y ampliación de las rutas 1 y 6.
3. Dragado de apertura, señalización, operación y mantenimiento de la Hidrovía del río Paraguay entre el río Apa y la confluencia con el río Paraná
4. Modernización total del Aeropuerto Silvio Pettirossi para convertirlo en un HUB regional de pasajeros y cargas.
5. Red de alcantarillado sanitario y plantas de tratamiento de efluentes de 21 comunidades de la cuenca del lago Ypacarai.
6. Red de alcantarillado sanitario y plantas de tratamiento de efluentes de la ciudad de Asunción.
7. Plantas de tratamiento de agua potable, red de alcantarillado sanitarios y plantas de tratamiento de efluentes de Ciudad del Este y 3 comunidades vecinas.
8. Tren de cercanía (TrenTran) ente Ypacaraí y la estación central de Asunción

(ii) En cuanto a las excepciones a los proyectos PPP, el decreto reglamentario advierte que en ningún caso, los contratos de participación público privada podrán implicar delegar en el Participante Privado las responsabilidades del Estado en<sup>16</sup>:

- (a) las funciones de policía, de control del tráfico y del transporte terrestre, fluvial y aéreo;
- (b) la dirección y prestación de los servicios de educación y salud en los establecimientos públicos, y
- (c) la dirección y prestación de los servicios de custodia y seguridad

#### **4. Conclusiones (me gustaría llamarle de otra forma)**

Es muy preocupante que el Congreso Nacional, además de aprobar en forma acelerada la Ley APP que cambia las reglas del juego en la relación entre el Estado y el sector privado de la inversión, en el campo de intervención pública, haya autorizado una lista tan amplia de proyectos a ser ejecutados bajo la modalidad APP. Sobre todo porque incluye áreas de interés estratégico para el país, que de existir una política apegada a los intereses nacionales, debería de ser potenciada y desarrollada de manera más conveniente, pues se trata de una de las riquezas y patrimonio público más importantes del país, como es el caso de la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, punto 7, donde no se justifica abrir a la inversión privada, por lo menos, no en este período de fortalecimiento de la soberanía energética recientemente desarrollado respecto de las hidroeléctricas binacionales.

Está por verse si las cuatro excepciones introducidas únicamente en el decreto reglamentario, como acabamos de ver, son contempladas y sostenibles. Pero el hecho de que hayan sido incorporadas en a nivel del decreto, son una muestra de la incidencia que ha tenido el rechazo y la movilización social respecto de la aplicación de los contratos PPP

<sup>16</sup> Dto. PR-MH N° 1.350/13, Título V, Art. 141º

en los servicios públicos elementales que el Estado debe preservar en relación con sus deberes y atribuciones, y las garantías a los derechos sociales de la población

Con la vigencia de la Ley APP, el Paraguay se inserta en la tendencia regional e internacional en la que las alianzas público-privadas constituyen una estrategia de inversión del capital privado en proyectos de inversión pública, por iniciativa pública o privada, para aumentar sus oportunidades de inversión y de lucro empresarial, explotando el patrimonio y la gestión pública. De ahí que modifica la lógica de la inversión y de la gestión estatal en la producción de bienes y servicios, que no están asociados con la extracción y acumulación de ganancias empresariales como finalidad. Su vigencia se complementa con las otras modalidades de concesión pública a la inversión privada, pero no es la única ni la mejor estrategia para el desarrollo de la inversión pública. Todas son de difícil manejo y resultados limitados en el contexto de la administración del Estado en el Paraguay, donde tienen mayor vigencia el amiguismo, prebendarismo y clientelismo, que los criterios de política institucional.

La Ley APP y el decreto reglamentario forman parte de los instrumentos legales y normativos que están en vigencia en los países donde esta modalidad de inversión está vigente, y también se cuentan modelos de contratos de inversión. A pesar de que por ese lado, las instituciones del Ejecutivo cuentan con dichos modelos que le permiten avanzar con rapidez en la implementación de esta modalidad, los riesgos institucionales que se asumen serán muy altos en el país, por la débil institucionalidad del Estado como dijimos antes, y porque los capitales e intereses privados que buscan asegurar y maximizar sus ganancias son exigentes con las condiciones requeridas para invertir y sostener los emprendimientos. Las sucesivas administraciones del MOPC no se han destacado por administrar sus contratos con las empresas privadas contratistas, para que éstas cumplan en tiempo y forma los contratos, y se han perdido muchos recursos y pagado muchas deudas públicas con escasos resultados. Por todo eso, es posible prever que la administración de los contratos APP en los ocho casos priorizados actualmente estresarán al máximo instituciones públicas involucradas, y los recursos públicos que estarán en juego como se puede ver en otro momento.

Finalmente, el Congreso Nacional no podrá alegar que no fue involucrado en las contratos aprobados y vigentes. Pues, es responsable de aprobar la Ley APP poniendo en riesgo el patrimonio, los flujos financieros y el poder administrativo, y tendrá incidencia en la aprobación del proyecto de presupuesto de ingresos y gastos de las instituciones involucradas, las reprogramaciones y ampliaciones solicitadas por ellas, por lo que no podrán evitar la responsabilidad de decidir en sostenerlas, suspenderlas, o cerrarlas, por días vías. Asimismo, la Contraloría y la Fiscalía General de la República, así como el Poder Judicial. Si esto no es así, igualmente son responsables de atender los efectos de la vigencia de la Ley APP, desde la primera hora.

Fdo de la Mora, 07 de abril de 2014.-