

Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano

Víctor Sebastián Baca Oneto*¹
Eduardo Ortega Sarco²

SUMARIO

1. El concepto y justificación de la colaboración entre el sector público y el privado para alcanzar la satisfacción del interés general. 1.1. La justificación de la intervención pública en la satisfacción de necesidades sociales y la conveniencia de la colaboración privada en dicha tarea. 1.2. Propuesta de un concepto estricto de la colaboración público-privada: el riesgo compartido como criterio diferenciador con otras formas de colaboración. 1.3. De la concesión a los otros mecanismos de colaboración público-privada. 2. Los esquemas de colaboración público-privada en Derecho peruano

PALABRAS CLAVES

Poder Público, Colaboración público-privada, Contratos de obra y de servicio, Contrato de concesión, Contrato de gestión patrimonial, Distribución de riesgos, Libro Verde, Asociaciones Públicas- Privadas (APPs).

KEYWORDS

Public Power, Public-Private Partnerships, construction and services contract, concession contract, property management agreement, risk distribution, Green Paper, Public-Private Partnerships (PPPs).

RESUMEN

El Estado siempre ha tenido la función de regular las conductas de sus súbditos y garantizar el orden público; pero, también, desde civilizaciones antiguas, ha buscado satisfacer las necesidades básicas de su organización, brindándole infraestructura y servicios esenciales. Es así que, a lo largo de la historia, ha surgido diversos mecanismos,

* Miembro del Consejo Consultivo de la REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

¹ Abogado por la Universidad de Piura. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesor de Derecho administrativo en la Universidad de Piura, donde es también Director del Programa Académico de Campus Lima y Director de la Maestría en Derecho. Jefe del Área de Derecho administrativo en Ferrero Abogados. Presidente de la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 del INDECOPI.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con un Post-grado en concesiones por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor adjunto del curso de Derecho administrativo 2 en la PUCP. Abogado asociado en Ferrero Abogados.

a través de los cuales el Estado ha hecho efectivo dicha función. Una primera opción fue mediante la prestación directa, sin la participación de los particulares. Sin embargo, como el Estado entendió que su rol principal era el de garantizar la existencia de estos servicios y obras, y ante la escasez de sus recursos, fomentó la colaboración de los particulares para la satisfacción del interés general, surgiendo con ello los diversos mecanismos de colaboración público-privada. Ahora, este fenómeno de colaboración es muy amplio y comprende diversos tipos de contratos, por lo que se plantea que el criterio diferenciador radicaría en la forma de distribución de riesgos entre la Administración y los particulares. En los últimos años, en el mundo y en el Perú se ha desarrollado novedosos medios de colaboración público-privado, permitiendo al Estado ser más efectivo en su rol de prestador.

ABSTRACT

The State has always had the function of regulating the behavior of their subjects and ensures public order but also from ancient civilizations has also sought to meet the basic needs of your organization, providing essential services and infrastructure. Thus, throughout history, there have been a number of mechanisms through which the state has fulfilled that function. The first option was the direct provision, without the participation of individuals. However, as the State understood that their primary role was to ensure the existence of these services and infrastructures, and given the scarcity of resources, encouraged the collaboration of individuals to the satisfaction of the general interest, emerging the various mechanisms public-private partnership. Now, this phenomenon of collaboration is very wide and includes various types of contracts, so it is suggested that the differentiating criterion lie in the form of risk sharing between government and individuals. In recent years, in the world and in Peru has developed novel forms of public-private partnership, allowing the State to be more effective in its role as provider.

1. El concepto y justificación de la colaboración entre el sector público y el privado para alcanzar la satisfacción del interés general.

1.1. La justificación de la intervención pública en la satisfacción de necesidades sociales y la conveniencia de la colaboración privada en dicha tarea.

El Estado es Poder público o, como sería más correcto afirmar, es una forma de concreción histórica del Poder público, especialmente cuando nos referimos al Estado constitucional. Es Poder, y por tanto, se justifica en el ejercicio de potestades, que implican la regulación de conductas, el establecimiento de penas, la solución de controversias y la defensa externa de la comunidad. Sin buscar profundizar en esta materia, el poder (la capacidad de modificar la situación jurídica de otro sujeto, incluso, sin su consentimiento) es un fenómeno natural en toda organización, para cuya conservación es necesario. Y así, es esencial al Estado moderno el monopolio de la fuerza, la potestad normativa, la función jurisdiccional y la potestad reguladora, entre otras.

Sin embargo, abordar el Estado únicamente desde esta perspectiva implica una visión parcial, que desconoce que el Poder público también tiene otra función, como es satisfacer (o, mejor dicho, garantizar la satisfacción) de las necesidades mínimas de la organización. El papel del Poder público no es únicamente dictar normas y asegurar

su cumplimiento, sino también garantizar que ciertas necesidades se vean cubiertas. Desconocer esta afirmación, en virtud de un dogmatismo conceptual, es negar la realidad y olvidar la historia, en la cual no pocas veces el Poder público, sea cual sea su concreción, se ha visto afectado porque sus ciudadanos pasaban hambre o carecían de servicios básicos. Conviene recordar que las civilizaciones antiguas son recordadas por sus grandes obras de infraestructura: desde la canalización egipcia del Nilo hasta los caminos romanos o incas, lo que quedan de éstas son los intentos del Poder para garantizar el interés público (y justificarse a sí mismo).

Así, el Estado debe garantizar que los servicios esenciales sean brindados, preocupándose por las condiciones de vida de sus ciudadanos, que generalmente requieren la construcción y mantenimiento de una serie de infraestructuras, que a veces tienen un costo muy alto. ¿Cómo puede hacer el Estado para cumplir esta función? Una primera opción es asumir que dichos servicios, en tanto están dirigidos a satisfacer el interés público, deben ser de titularidad estatal y además deben ser ofrecidos directamente por el Estado, sin la participación del mercado, mientras que las infraestructuras deben ser construidas y financiadas por el Estado (ya sea mediante mecanismos de ejecución directa o mediante contratos de obra pública, en la cual los particulares ejecutan la obra)³. En el caso de estas últimas, el fundamento de la intervención directa del Estado se fundamentaría en su condición de «bienes públicos» según la teoría económica, al ser indivisibles y tener un gran número de beneficiarios.

Sin embargo, el papel del Estado no es necesariamente la provisión directa de dichos servicios e infraestructuras, sino que debe garantizar su existencia. En el caso de los primeros, el papel regulador del Estado ha sustituido en gran parte de su rol de prestador directo, y el concepto de servicio público tradicional (en donde el Estado asumía la titularidad del servicio y los particulares únicamente podían prestarlo mediante concesión) se ha visto superado y sustituido por el de servicio esencial, en el cual se pone el énfasis en la garantía estatal y en su intervención a efectos de garantizar que aquél se brinde en un régimen jurídico determinado (con regularidad, continuidad, calidad y universalidad). Por su parte, respecto de las infraestructuras, se ha admitido también la intervención de los privados en su provisión, no solamente como contratistas del Estado al momento de su construcción, sino también como encargados de su diseño, gestión, explotación y, especialmente, de su financiamiento (de allí que se haga referencia a estas técnicas como mecanismos de financiación privada de obras públicas).

Son muchas y muy variadas las razones que justifican esta «colaboración privada». Por un lado, tenemos algunas razones conceptuales, pues el hecho de que unos bienes sean públicos (económicamente hablando) y estén destinados a satisfacer un interés general no excluye necesariamente la intervención privada, pues interés público y privado no son realidades contrapuestas: se puede satisfacer el primero y obtener un beneficio al mismo tiempo. Por otro lado, a diferencia de lo que en algún momento ocurrió, los grandes capitales (aquellos que son necesarios para construir las grandes infraestructuras) no están en manos del Poder público, sino en manos de los privados, que pueden acceder a ellos y asignar más eficientemente los recursos, provenientes del ahorro. Las infraestructuras requieren dinero, y éste finalmente (también cuando el Estado

³ "Si el Estado ya no construye carreteras, podría preguntarse, entonces, ¿para qué está?" TAMAMES, R., *Estructura económica de España*, Vol. II, Madrid, 1973, pp. 394 y 395; citado por RUIZ OJEDA, A., *La concesión de obra pública*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 46.

lo gasta) proviene del ahorro privado, por lo que es necesario buscar que se asigne eficientemente, lo que muchas veces coincide con aquellas infraestructuras que serán utilizadas por los ciudadanos, en las cuales puede existir también un interés privado por invertir (y compartir el riesgo con el sector público)⁴. Adicionalmente, en el Derecho comunitario se ha utilizado esta figura – en esto radican algunas de sus principales críticas – como un mecanismo para escapar de los rígidos controles presupuestarios, mediante fórmulas más o menos imaginativas⁵.

1.2. Propuesta de un concepto estricto de la colaboración público-privada: el riesgo compartido como criterio diferenciador con otras formas de colaboración.

Por tanto, el privado se convierte en un colaborador en la satisfacción del interés público, lo que no es una tarea excluyente del sector público, y aparece así la referencia a la colaboración pública-privada. Sin embargo, éste no es un concepto nuevo, ni tampoco exclusivo de aquellos casos en donde se puede afirmar que, técnicamente, estamos ante los fenómenos de colaboración público-privada a los que se refiere la doctrina y la legislación en la actualidad.

Así, en la ya tradicional clasificación de ZWHALEN de los contratos públicos se distinguía entre los contratos de colaboración y los de atribución, según la posición que asumía el contratista y la obligación principal del contrato, caracterizándose los primeros justamente porque la prestación de aquél servía para alcanzar el interés general (como sucede en algunos contratos de gestión patrimonial, como los contratos de obra y de servicios, pero también en los contratos de concesión)⁶. Además, uno de los principios básicos de la contratación pública, que incide sobre la relación contractual y que incluso puede llegar a justificar excepciones al principio de riesgo y ventura, es el principio de colaboración, según el cual la Administración no considera al contratista como un antagonista, sino como un colaborador voluntario⁷. Por tanto, si siempre se ha entendido que el particular colabora con la Administración en la satisfacción del interés general (también cuando contrata⁸), ¿qué hace especiales a unas fórmulas de colaboración público-privada respecto de otras, que pueda justificar la aplicación de un régimen jurídico diferenciado? En realidad, la colaboración público-privada es un fenómeno amplio, como lo indica el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia

⁴ Véase RUIZ OJEDA, A., *La concesión...*, cit., pp. 102 y ss., en especial pp. 115 y ss. En todo caso, como se trata de una justificación en la eficiente asignación de recursos, tiene gran importancia en estas modalidades la motivación de la razonabilidad de la decisión, para lo cual se han establecido métodos (como el llamado *public sector comparator*). Véase GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., "Contrato de colaboración público-privada", en *Revista de Administración pública* 170, 2006, pp. 24 y ss. y CARLÓN RUIZ, M., "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", en *Revista Española de Derecho administrativo* 140, 2008, pp. 668 y ss.; entre otros.

⁵ Según MIGUEZ MACHO (Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", en *Revista de Administración pública* 175, 2008, p. 167), esta es la principal razón del auge de las fórmulas de colaboración público-privadas para obras públicas en el Derecho comunitario.

⁶ ZWHALEN, H., "Le contrat de droit administratif", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1958-II, pp. 611a y ss.

⁷ VILLAR PALASÍ, J. L. y ARIÑO ORTIZ, G., *Lecciones sobre contratación administrativa*, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid, pp. 175 y ss.

⁸ Así, por ejemplo, CARLÓN RUIZ ("El nuevo contrato de colaboración...", cit., p. 655) critica la denominación de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado dado por la legislación española a ciertos contratos nominados, pues "en rigor, cualquier contrato en que sea parte contratante una Administración pública es, por definición, una forma de colaboración público-privada: si la Administración decide contratar un bien, servicio y obra con un particular, está solicitando su *colaboración* en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública".

de contratación pública y concesiones (en adelante, el Libro Verde)⁹, según el cual esta figura “se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”. Es decir, existen diferentes formas de colaboración público-privada, las cuales pueden ser contractuales o institucionales¹⁰, incluyendo las primeras esencialmente (aunque no únicamente) a las técnicas concesionales, mientras que las segundas aluden a la “creación de entidades en las que participa el sector público y el sector privado, y las privatizaciones mediante las cuales las empresas privadas toman el control de entes instrumentales de la Administración, cuando no van acompañadas de una correlativa devolución al mercado de las tareas que aquéllos tenían encomendadas”¹¹.

De acuerdo a dicho Libro Verde, cuatro son las características de estos mecanismos de colaboración:

- (i) *La duración relativamente larga de la relación*, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.
- (ii) *El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado*, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, *la financiación privada puede completarse con financiación pública*, que puede llegar a ser muy elevada.
- (iii) *El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto* (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.
- (iv) *El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público*. No obstante, las operaciones de colaboración público-privada (CPP) no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

Por tanto, estas modalidades de colaboración están vinculadas a la provisión de un servicio o de una infraestructura, respecto de los cuales se pretende su financiación, construcción, renovación, gestión o mantenimiento a cargo de un privado, para lo cual se establecerá una relación de larga duración, en cuyo diseño éste participará activamente (de allí que en algunos casos se utilicen procedimientos como el dialogo competitivo¹²), comprometiéndose con su financiamiento (al menos parcial), y asumiendo un porcentaje

⁹ COM (2004) 327 Final.

¹⁰ En ocasiones se hace referencia a esta clasificación distinguiendo entre los supuestos de colaboración público-privada de tipo colaborativo y de tipo asociativo. HUAPAYA TAPIA, R. y VERGARAY D'ARRIGO, G., “Algunos apuntes con relación a la «participación público-privada» y su vinculación con el Derecho administrativo y la inversión en infraestructuras y servicios públicos”, en *Administración pública, Derecho administrativo y regulación. Estudios y cuestiones*, Ara Editores, Lima, 2011, pp. P. 563. En el caso de las Asociaciones público-privadas de tipo asociativo, mencionan HUAPAYA y VERGARAY aquellas en donde se constituye una sociedad de propósito específico, entre el privado y el Estado.

¹¹ MIGUEZ MACHO, L., “Las formas de colaboración...”, cit., p. 159.

¹² Pone especial énfasis en esa característica GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Contrato de colaboración...”, cit., pp. 12 y ss. En el fondo, se trata de contratos donde el objeto está peor delimitado (en gran parte se delimita durante el procedimiento), por lo que la negociación es mucho mayor que en otros casos.

de los riesgos (de la construcción y del desarrollo de la actividad, que pueden ser de demanda y de disponibilidad¹³). Sin embargo, la propia terminología empleada por el Libro Verde se ha encargado de matizar la relevancia de estos elementos, al indicar que la duración es *relativamente* larga, que la financiación privada puede ser elevada o que el sector público puede asumir la mayor parte de los riesgos.

Por tanto, cabe preguntarse si existe algún criterio que permita definir ciertos mecanismos de colaboración público-privada, especialmente en el caso de los contratos, y distinguirlos de otros en donde el contratista también actúa como colaborador de la Administración, como sucede tanto en los contratos de gestión patrimonial tradicionales como en las concesiones. La cuestión, en realidad, es determinar si todos los contratos de colaboración público-privada son, alternativamente, concesiones o contratos de gestión patrimonial, a los que se debe aplicar el régimen jurídico previsto en cada caso, o si existe una categoría especial de contratos de colaboración público-privada, de la que se pueda predicar un régimen jurídico propio, de modo que, por ejemplo, no sería aplicable lo dispuesto por la legislación de contratos públicos.

La respuesta a estas preguntas no carece de importancia, porque a partir de ella es que se podría determinar la existencia y aplicación de un régimen jurídico específico para los mecanismos (al menos contractuales) de colaboración público-privada, pues de otra manera nos enfrentaríamos a dos opciones: (i) entender que tanto las concesiones como los contratos de gestión patrimonial (en el caso de ciertos servicios y obra pública) son modalidades de colaboración público-privada, por lo que se aplicará en cada caso el régimen correspondiente, que no puede ser uniforme; y (ii) entender que los contratos de colaboración público-privada pueden ser objeto de una regulación específica que, con ciertas diferencias, establezca un procedimiento especial para sus distintas modalidades, ya sean concesionales o no. Sin embargo, para llegar a esta última conclusión, es necesario establecer en qué se distinguirían estos contratos de los contratos de gestión patrimonial, pues de otro modo sería muy fácil escapar de la legislación aplicable a estos últimos, generalmente mucho más rígida.

Evidentemente, la cuestión no es nada pacífica, y lo demuestra los propios términos en que está redactado el Libro Verde. Así, de acuerdo a dicho documento, dentro de las formas de colaboración público-privada de carácter contractual están aquellas en las cuales el acto de adjudicación es una concesión y aquellas en las cuales es un contrato público, supuesto en que serían aplicables las normas comunitarias que regulan la materia, incluyendo las que admiten que en supuestos excepcionales se utilice el procedimiento del diálogo competitivo, en caso de contratos particularmente complejos (cuando el organismo adjudicador no sea capaz de definir los medios técnicos que pueden responder a sus necesidades y objetivos, y cuando no sea objetivamente capaz de establecer la organización jurídica o financiera, o ambas, de un proyecto). Es decir, la colaboración público-privada se realiza a través de contratos de

¹³ Sobre estos riesgos, GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., "Contrato de colaboración...", cit., pp. 19 y ss.; y RUIZ OJEDA, A., *La concesión...*, cit., pp. 543 y 544. El riesgo de construcción comprende los retrasos en la ejecución de las obras, consecuencias del no cumplimiento de los estándares ofrecidos, costes adicionales de construcción, deficiencias técnicas y efectos externos negativos; el riesgo de demanda deriva del uso de los servicios o bienes objeto del contrato debido a factores independientes al contratista; y el riesgo de disponibilidad se refiere a las consecuencias que se derivan para el contratista de no suministrar los servicios especificados en el contrato en la cantidad o calidad requerida, de modo que los pagos realizados por la Administración deben depender de forma sustancial del efectivo cumplimiento por el éste de las condiciones establecidas en el contrato.

obra o de servicios en el marco de las Directivas comunitarias sobre la materia. Sin embargo, más adelante el propio Libro Verde, luego de sostener que la principal diferencia entre los contratos públicos y las concesiones es el traspaso del riesgo de la explotación en estos últimos, afirma que “si se confirma que, en el marco de la adjudicación de determinadas operaciones de CPP puramente contractual, con frecuencias se produce una situación de inseguridad jurídica derivada de la dificultad de identificar *a priori* los riesgos de explotación entre las partes, la Comisión podría plantearse someter la adjudicación de todas las CPP contractuales, tanto si se consideran contratos públicos como concesiones, a un régimen de adjudicación idéntico”¹⁴. Es decir, se plantea si existe un criterio que permita definir a los contratos de colaboración público-privada, que permita someterlos a un régimen único, y se plantea si éste consiste en la asunción de mayores riesgos por parte del contratista (o incluso, siendo más preciso, en una distribución del riesgo).

Al respecto, y a modo de planteamiento inicial, que seguramente requerirá de un mayor análisis, creemos que, más allá de la complejidad de estos contratos y de su vinculación a obras de infraestructura y a servicios públicos, coincidimos en que, si existe un criterio que permita distinguir a ciertos supuestos de colaboración público-privada contractual y establecer un régimen jurídico diferenciado, éste radicaría en la forma de distribución del riesgo, que en el caso de ciertos mecanismos de colaboración público-privada (a los que podríamos llamar colaboración público-privada en sentido estricto o especial) es asumido, al menos conjuntamente, por la Administración y por el administrado.

En los tradicionales contratos de obra y de servicio, el contratista recibirá su remuneración sin importar si el bien o servicio finalmente son necesarios o empleados por la Administración para alcanzar el interés general, mientras que en otros casos el colaborador comparte el riesgo *del destino* del bien o servicio, de modo que su remuneración depende en

¹⁴ Por su parte, el Comité de las Regiones, además de reconocer que la colaboración es un fenómeno más amplio que la colaboración público-privada en un sentido estricto, ha propuesto que “la definición de «colaboración público-privada» se restrinja a las relaciones a largo plazo que impliquen una asunción de riesgos conjunta y sean de cierta envergadura desde el punto de vista económico”. Dictamen del Comité de las Regiones sobre el «Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones», Diario Oficial de la Unión Europea C 71/05, de 22 de marzo de 2005. Es igualmente interesante lo que se establece en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre Colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, 2006/2043(INI), en la cual se indica que la colaboración pública privada “puede describirse como una cooperación a largo plazo regulada por contrato entre las autoridades públicas y el sector privado con el fin de llevar a cabo proyectos públicos en los que los recursos requeridos se gestionan en común y los riesgos vinculados al proyecto se distribuyen de forma conveniente sobre la base de la capacidad de gestión de riesgos de los socios del proyecto”. La preocupación principal de esta Directiva es evitar que estos contratos sirvan como una fórmula de escape a la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública, por lo que propone limitar la aplicación de los procedimientos de diálogo competitivo a los contratos con «complejidad técnica financiera», como serían aquellos en los cuales aparecen características típicas de la CPP, “como son el concepto de ciclo de vida y la transferencia de riesgos a largo plazo a los operadores privados”. Es decir, la colaboración público-privada se puede realizar mediante técnicas institucionales, concesiones y contratos públicos, correspondiendo en el caso de estos últimos la aplicación de un régimen jurídico diferenciado cuando estemos ante una colaboración público-privada en sentido estricto (caracterizada porque se trata de proyectos de largo plazo en los cuales hay una distribución del riesgo). En el caso canadiense, por ejemplo, se dice expresamente que una *public-private partnership* exige dos elementos: *it relates to the provision of public services or public infrastructure. Second, it necessitates the transfer of risk between partners*” (<http://www.pppcouncil.ca/resources/about-ppp/definitions.html>). Sobre este tema, con un breve análisis de los requisitos de esta figura en distintos ordenamientos, véase URETA ROJAS, J. M., *El contrato de concesión de obras públicas*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 38 y ss.

alguna medida del correcto uso o aprovechamiento de éste, o de la calidad del servicio prestado. Mientras que en el caso del contrato de obra o de servicios el principio de riesgo y ventura se limita a la construcción de la obra o a la prestación del servicio (de modo que salvo en los casos de fuerza mayor o de ejercicio del *ius variandi* el contratista asume una variación en los costos o en el plazo)¹⁵, en otros casos, que no se limitan a los supuestos que podemos incluir en el concepto de concesión, el colaborador asume también (al menos en parte) el riesgo de la gestión y explotación del bien o servicio, de lo cual depende, en alguna medida, su remuneración¹⁶. Estos contratos, con el reparto del riesgo como criterio diferenciador, podrían llamarse contratos de colaboración público-privada en sentido estricto o especial, e intentar predicar un régimen común a todos ellos, al menos diferenciado de los contratos de gestión patrimonial.

Existe cierto acuerdo respecto de la importancia que tiene el riesgo compartido como criterio delimitador de las fórmulas de colaboración público-privada, aunque no respecto de cuándo este existe. No habría ningún problema en las concesiones tradicionales, en donde el usuario paga por el servicio (incluso cuando éste pueda ser en parte subvencionado por el Poder público¹⁷). Por otro lado, en el extremo contrario estarían aquellos conciertos, en donde el prestador privado recibe un pago fijo sin importar cuántos usuarios tenga ni tampoco el nivel de satisfacción con su servicio, en los cuales no estaríamos propiamente ante un mecanismo de colaboración público-privada especial (pese a que sea uno de los mecanismos tradicionales en España de prestación indirecta de servicios públicos, junto a la concesión y la gestión interesada)¹⁸.

Sin embargo, el Libro Verde, junto a las concesiones, se refiere también a aquellos tipos de organización en donde “la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo es la organización de tipo IFP. En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino

¹⁵ Sobre la asignación de riesgos en un contrato de obra pública, véase AGUILERA BECERRIL, Z., “Los riesgos en los contratos de obra pública”, en *Actualidad Jurídica* 223, 2012, pp. 241 y ss.

¹⁶ Sobre el riesgo como criterio delimitador de estos contratos, pues véase, entre otros, a GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Contrato de colaboración...”, cit., pp. 13 y ss. En palabras de MIGUEZ MACHO (“Las formas de colaboración...”, cit., p. 164), que compartimos plenamente, “para que haya colaboración público-privada en el sentido del Libro Verde, una parte, por pequeña que sea, del riesgo de la operación tiene que ser asumida por el colaborador privado”.

¹⁷ Así, en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (Diario Oficial de las Comunidades europeas núm. C 121/02, de 29 de abril de 2000), se hace expresa mención a los precios sociales, que no impiden consideraran a una operación como una concesión (y no como un contrato de gestión patrimonial) “siempre y cuando no se elimine el riesgo inherente a la operación”.

¹⁸ En la concesión, el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, en la gestión interesada él y la Administración participarán en los resultados de la explotación comercial, mientras que en el concierto se caracteriza por celebrarse con una persona que viene realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. En realidad, la gestión interesada sería una modalidad de concesión, mientras que el concierto se define por el sujeto que presta el servicio, por lo que en principio cabe que se realice como una concesión o como una gestión interesada (MIGUEZ MACHO, L., “Las formas de colaboración...”, cit., p. 175. Sin embargo, en los casos (que se darían en ciertos conciertos de servicios asistenciales, como salud o educación) en donde el usuario del servicio no paga nada por lo que recibe (sino que lo hace el Estado), no parece que exista una asunción del riesgo por parte del contratista (Ibídem, pp. 176 y 177).

de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra". Si se trata de pagos periódicos fijos efectuados por el sector público a favor del privado, ¿de qué tipo de riesgo compartido estamos hablando? En realidad, si no hay riesgo compartido, en nada se distinguen estos contratos de los tradicionales contratos de servicios o de obra (que implican colaboración en un sentido más amplio)¹⁹.

Por otro lado, también ha sido objeto de cuestionamiento si realmente estamos ante un caso en donde se traslade el riesgo al contratista cuando es la Administración la que tiene a su cargo el pago de la contraprestación mediante los llamados peajes a la sombra, en los cuales la remuneración se establece en función del efectivo uso del servicio o infraestructura. Así, algunos autores entienden que en realidad se trata de un contrato de obra con una especie de pago diferido²⁰. Sin embargo, como se dijo en la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (en adelante, la Comunicación Interpretativa), en estos casos "el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación"²¹. Por tanto, el contratista sigue asumiendo el riesgo, por lo que no habría mayor problema en asumir que estamos ante un supuesto concesional (y, por tanto, ante una fórmula de colaboración público-privada especial). En realidad, no es la existencia de peajes a la sombra lo que puede poner en duda la existencia de una distribución de riesgos, sino el otorgamiento de garantías de ingresos mínimos o, más aún, la remuneración del servicio mediante un pago fijo, que no depende ni de su nivel de frecuentación ni tampoco de su calidad²².

1.3. De la concesión a los otros mecanismos de colaboración público-privada.

Como decíamos más arriba, la colaboración público-privada no es un fenómeno nuevo, como tampoco lo es el recurso a la financiación privada para la provisión de servicios e infraestructuras públicas, pues la figura tradicional de la concesión ha cumplido este papel (con mayor o menor éxito, dependiendo del entorno social y político de cada momento) durante al menos los últimos dos siglos²³. Se trata de un contrato en donde

¹⁹ De allí que según el propio Libro Verde, para que los activos considerados en una operación de colaboración público-privada no se consideren como públicos, el socio privado debe soportar el riesgo de construcción al menos uno de los dos riesgos siguientes: de disponibilidad o vinculado a la demanda.

²⁰ Véase GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "El contrato de concesión de obras públicas", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, 2ª edición, Madrid, 2003, p. 1005; citado por GONZÁLEZ GARCÍA J. V., "Contrato de colaboración...", cit., p. 15, quien coincide con él (véase también p. 37).

²¹ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario. Diario Oficial de las Comunidades europeas núm. C 121/02, de 29 de abril de 2000.

²² Así, en palabras de SANZ GANDESEGUI ("El concepto de contrato de concesión de obras públicas", en "El significado actual del contrato de concesión de obras públicas", en *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., 2ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 108), en la regulación sobre concesiones (las principales formas de colaboración público-privada), a diferencia del modelo clásico, en donde la retribución debía ser únicamente por cuenta del usuario, se admite que ésta corra a cargo de la Administración, "en función de la utilización de la obra, abonando las tarifas que debería satisfacer el usuario, subvencionando parte de su importe, o asegurando un mínimo de rentabilidad a la inversión del concesionario. Ha de insistirse, en este último supuesto, que la opción nunca debe hacer desaparecer el riesgo del concesionario – efecto que como se ha indicado desnaturalizaría la concesión – aunque ese riesgo pueda ser compartido".

²³ Para la historia y antecedentes de esta figura, véase MENÉNDEZ GARCÍA, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública", en "El significado actual del contrato de concesión de obras públicas", en *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., 2ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, pp. 51 y ss.

el concesionario recibe su contraprestación a través de la gestión y explotación de un servicio o de una obra, asumiendo así al menos una parte del riesgo del contrato (excluyéndose, claro está, el riesgo derivado del *factum principis* o riesgo regulatorio, y el derivado del ejercicio del *ius variandi*), a diferencia de los contratos de servicios o de obra pública, en donde recibe un pago de la Administración (previamente establecido) si cumple con su prestación con ella.

Así, en la concesión se dan dos rasgos que la definirían: existe un vínculo directo entre el concesionario y el usuario final del bien o servicio (que no es, al menos no exclusivamente, la Administración concedente), obteniendo el primero su remuneración del segundo, al menos en parte, ya sea directa o indirectamente (en el caso de peajes en la sombra). En realidad, estas dos características pueden resumirse en que en el contrato de concesión (a diferencia de los contratos de servicios o de obras públicas), se transfiere el riesgo al concesionario²⁴, responsable de la explotación del bien o servicio, constituyendo el carácter público (dominio público en el caso de los bienes y *publicatio* en el caso de los servicios) de éstos otro elemento de la definición.

Sin embargo, si la concesión existe desde hace tanto tiempo, ¿qué ha aportado de nuevo entonces el fenómeno de la colaboración pública-privada? ¿Se trata únicamente de una nueva etiqueta de una figura tradicional o implica algo más? En realidad, incluir a la concesión como un mecanismo (seguramente el principal) de colaboración público-privada permite poner de manifiesto que existen otros medios por los cuales es posible que los privados participen en el financiamiento de infraestructuras y servicios públicos, ya sea mediante figuras institucionales o contractuales, que incluso han sido objeto de regulación específica, como el llamado contrato de colaboración público-privada en el Derecho español y el contrato de *partenariat* francés²⁵.

Además, existe otra ventaja, que cabe resaltar, porque no siempre se pone de manifiesto de modo suficiente. La expresión colaboración público-privada, como contrato de financiamiento de infraestructuras y servicios públicos en los cuales existe una óptima asignación de riesgos entre el sector privado y el sector público, es de origen anglosajón, pues implica casi una traducción de las *Public Private Partnerships*, que a su vez se originan

²⁴ Entre muchos otros, respecto de la importancia del riesgo en la concesión, puede verse a RUIZ OJEDA, A., *La concesión...*, cit., pp. 264 y ss. Por otro lado, la transferencia del riesgo como elemento clave para el concepto de concesión ha sido puesta de relieve también por la Comunicación Interpretativa, la cual insiste en que la concesión implica el traslado al concesionario de los riesgos inherentes a la explotación.

²⁵ Sobre el contrato de colaboración público-privada en España (cuya definición en el art. Texto Refundido de la Ley de Contrataciones del Sector público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, es casi una traducción de la francesa *Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat*), como un contrato nominado que no incluye todos los casos de colaboración público-privada según el concepto comunitario, puede verse CARLÓN RUIZ, M., "El nuevo contrato...", cit., pp. 653 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C., "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", en *Revista Española de Derecho administrativo* 132, 2006, pp. 609 y ss.; y PALOMAR OLMEDA, A., "El contrato de colaboración público-privado", en *La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Dir. PALOMAR OLMEDA, A., Coord. DE ÁLVARO MONTERO, A., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 85 y ss. Al respecto, cabe indicar que la definición del contrato de colaboración público-privada en Derecho español no incluye dentro de sus elementos definidores la asunción de un riesgo por parte del contratista, limitándose a indicar que "La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento". La norma francesa dice lo mismo, pero agrega en su art. 11 que dichos contratos deben incluir cláusulas relativas a "*aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant*".

en las *Private Finance Initiative* (PFI)²⁶. Sin embargo, más allá de su origen, se trata de una expresión que actualmente se encuentra incorporada al acervo conceptual común, tanto anglosajón como continental europeo, lo que ha permitido un diálogo entre ambas tradiciones, enriqueciendo la figura de la concesión al confluir dos enfoques diferentes y complementarios de ella.

Así, mientras que en la tradición anglosajona se “carga la mano en el carácter regulador de la concesión y, por consiguiente, en su consideración como instrumento de ayuda y potenciación del mercado y de la competencia en la producción de ciertos recursos; la tradición europea pone el énfasis en la delegación de poderes hecha por la Administración en el concesionario, que actúa frente a terceros como agente de aquella y, por tanto, como sujeto asistido de prerrogativas que se consideran propias del Estado por ir dirigidas a la satisfacción del interés general”²⁷. Así, el contrato de concesión como mecanismo de colaboración público-privada, producto de la confluencia de estas dos tradiciones, es al mismo tiempo menos inflexible y más rico, al incorporar también la visión anglosajona y matizarse en algo el peso de la visión francesa.

Sin embargo, más allá de esta renovada y revitalizada noción de concesión, lo cierto es que la referencia a la colaboración público-privada en general han permitido la introducción de una serie de mecanismos novedosos, no anclados en la noción de concesión, la cual no puede ampliarse tanto hasta perder todos los límites que la definen. Así, en el caso que el servicio no se preste directamente a los usuarios, sino a la Administración y ésta sea la responsable de pagarlo, es difícil entender que estamos propiamente ante la figura de una concesión, pero sí puede ser un mecanismo de colaboración público-privada especial²⁸, siempre y cuando, nos permitimos agregar, no se trate simplemente de un contrato de servicios o de obra tradicional (en los cuales, conviene no olvidarlo, el contratista también es un colaborador de la Administración). De allí la importancia de la búsqueda de un criterio delimitador entre ambas figuras, que, como hemos indicado más arriba, no sería otro que la distribución de riesgos, la cual implica, sin embargo, un criterio poco claro, pues finalmente será necesario determinarla en el caso concreto²⁹.

²⁶ Sobre éstas, puede verse con detalle NIETO GARRIDO, E., “La financiación privada de obras y servicios en el Reino Unido (de *Private Finance Initiatives* a *Public Private Partnerships*), en *Revista de Administración pública* 164, 2004, pp. 389 y ss.; y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “El significado actual del contrato de concesión de obras públicas”, en *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Dir. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., 2ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 30 y ss.

²⁷ RUIZ OJEDA, A., *La concesión...*, cit., p. 125.

²⁸ En el caso de las “concesiones hospitalarias” existentes en Derecho español, tanto para los casos de gestión de servicios hospitalarios (el servicio médico forma parte del contrato) como de explotación de obra pública hospitalaria (el servicio médico no forma parte del contrato), se ha cuestionado que sean concesiones en sentido estricto (al menos según la legislación y jurisprudencia de la Unión Europea), en tanto los concesionarios no reciben tarifas de los usuarios (no explotan el bien o servicio, por tanto), más allá de que el Derecho español permita que la retribución de un concesionario de obra pública provenga en exclusiva de la Administración (VILLAR ROJAS, F. J., “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en *Revista de Administración pública* 172, 2007, p. 159). En realidad, serían supuestos de “concesiones gratuitas”, que este autor identifica con los PFI. No obstante, debe aclararse que el término “gratuito” no se emplea porque el concesionario no cobre por su servicio, sino porque no se lo cobra a los usuarios. Es decir, siempre y cuando en la remuneración exista un riesgo vinculado a la prestación del servicio, podrían ser una modalidad de contrato de colaboración público-privada especial, aunque no una concesión en sentido estricto. De allí que, por ejemplo, VILLAR ROJAS (Ibidem, p. 161) afirme que no se trata de una concesión para la normativa comunitaria, pero sí de un supuesto de asociación público-privada.

²⁹ En Perú, ponen de manifiesto también la importancia de la asignación de riesgos como elemento definidor de los contratos de colaboración público-privada HUAPAYA TAPIA, R. y VERGARAY D'ARRIGO, G., “Algunos apuntes...”, cit., pp. 558 y ss.

No obstante, la dificultad existente para identificar una categoría de contratos de colaboración público-privada, que los distinga de los contratos de gestión patrimonial (que también son contratos de colaboración), explica que en muchas de las enumeraciones de dichos contratos se incluyan figuras como el contrato de gestión de servicios o como el contrato de obra pública llave en mano³⁰. En realidad, dependiendo del riesgo asumido, se tratará de contratos de gestión patrimonial o de esta «nueva» modalidad a la que hemos hecho referencia, que, si se identificaran sus elementos comunes y distintivos, podría tener un régimen jurídico propio (pero que en Derecho comunitario europeo, conviene no olvidarlo, no lo tiene)³¹.

2. Los esquemas de colaboración público-privada en Derecho peruano

La necesidad de contar con la colaboración de los privados en el financiamiento de obras públicas no es un fenómeno nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien es más antiguo, es en los años noventa del siglo pasado que se pretendió darle un impulso definitivo, mediante la regulación de la concesión, como un mecanismo de “promoción de la inversión privada” en obras de infraestructura y de servicios públicos, como lo indicaban los Decretos Legislativos N° 758 y N° 839, luego refundidos en el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM (en adelante, TUO CONCESIONES), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM (en adelante, REGLAMENTO CONCESIONES).

En este esquema original, “la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es *la concesión*” (artículo 2° TUO-CONCESIONES), la cual podía ser otorgada a título oneroso (si el concesionario debía retribuir al Estado), a título gratuito (si no debe efectuar dicha retribución), cofinanciada por el Estado (con una entrega inicial durante la etapa de

³⁰ Sobre los modelos contractuales de participación público-privada, y cómo algunos de estos son directamente retribuidos por la Administración, véase CONCHA JARABA, M., “La participación pública-privada en la ejecución de las infraestructuras”, en *Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública*, Hispalax, Sevilla, 2005, pp. 55 y ss. En el caso del contrato de mantenimiento y rehabilitación, sostiene este autor que el contratista asumirá un riesgo mayor cuando su remuneración se fije independientemente de los costes que suponga el mantenimiento y rehabilitación (porque no sabe cuántas veces tendrá que dar el servicio). Sin embargo, entiendo que se trata del riesgo típico de un contrato de colaboración (que puede ser de gestión patrimonial), al que le debería ser aplicable sin más la legislación sobre contratos públicos.

³¹ En Derecho español, además de la concesión, se ha usado el arrendamiento operativo como un mecanismo de colaboración público-privada, en aquellos casos en donde por la naturaleza de la operación impide recurrir a la concesión de obra pública, al no ser posible una explotación económica de la obra. Esta figura, que se puede emplear para distintas infraestructuras, es un contrato mixto en el sentido de que tiene dos elementos necesarios: por un lado, el encargo de construcción o reparación de una infraestructura y, por el otro, su arrendamiento a la Administración encomendante. A ello se añade un tercer pilar frecuente pero no imprescindible: el otorgamiento de un derecho de superficie en el terreno en el que se va a erigir el edificio, algo que en ocasiones poco usuales, suele ser sustituido por el medieval censo enfiteutico” (GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Contrato de colaboración...”, cit., pp. 32 y 33). En Derecho comunitario se exige, para admitir este contrato y no considerar el costo de la infraestructura (construida para satisfacer las necesidades de la Administración y según sus requerimientos) dentro de las cuentas públicas, que el riesgo del financiamiento sea íntegramente asumido por el contratista. Además, éste asume también algún riesgo operativo, porque al menos parte de su retribución está vinculada a la calidad del servicio, porque no se compromete únicamente a arrendar un bien inmueble, sino a mantenerlo equipado y en funcionamiento, para lo cual se obliga a la prestación de servicios complementarios, como limpieza, lavandería, cafetería, catering, etc. (Ibidem, p. 35).

construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no) y mixta, si concurren más de una de las modalidades señaladas. Evidentemente, el caso más interesante es el de las concesiones cofinanciadas, pues es en ellas que podría llegar a ponerse en cuestión la naturaleza concesional del contrato, pues no basta que el contratista asuma la explotación de la obra o servicio y que éste sea aprovechado por un usuario diferente al Estado, sino que además debe participar (esencialmente, agregaríamos) del riesgo.

De allí que cobre gran importancia la omisión en el TUO-CONCESIONES de una norma referida a la asunción del riesgo por el concesionario, lo cual incluso sería contradictorio con lo establecido por el Decreto Supremo N° 108-2006-PCM, cuyo artículo 2° establece que el concesionario percibirá como contraprestación por el servicio prestado una retribución que puede consistir en tarifas, precios o peajes por los usuarios, y, de no ser éstas suficientes, en “un cofinanciamiento consistente en un pago *total* o parcial a cargo del Estado, para cubrir las inversiones y/o la operación y mantenimiento, a ser entregado mediante una suma única o de manera periódica conforme lo establece el TUO-CONCESIONES”. En realidad, si el pago es *total* no estaríamos propiamente ante una concesión, sino ante un contrato de obras o de servicios.

La perspectiva de la inversión privada como mecanismo para impulsar la construcción de infraestructuras y la provisión de servicios públicos fue también la que inspiró a la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (LMPID), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2004-PCM (RLMPID). Destacan dos principales novedades de dicha norma: (i) la regulación (siquiera embrionaria) de las iniciativas privadas para el desarrollo de obras de infraestructura (frente a la regulación precedente, que no otorgaba ningún tipo de preferencia ni derecho al proponente); y (ii) el reconocimiento de una modalidad general de “contratos de participación de la inversión privada”, que no se limitan a la concesión, sino que incluyen también la venta de activos, la asociación en participación, el contrato de gerencia, el *joint venture* y la especialización de servicios o *outsourcing*.

El RLMPID define estas formas de participación, aunque relaciona las modalidades de inversión privada distintas de la concesión *con la actividad empresarial del Estado*, ya sea porque se transfieren bienes o acciones de una empresa (venta de activos), porque se otorga una participación en el resultado y/o en las utilidades de uno o de varios negocios *de una empresa estatal*, a cambio de una determinada contribución (asociación en participación); porque se cede temporalmente la dirección, administración y/o gestión de *una empresa estatal*, transfiriendo el manejo o gerenciamiento de la misma (contrato de gerencia); porque se acuerde llevar a cabo de manera conjunta, *una operación económica empresarial* y por el cual, ambas partes adquieren el compromiso de compartir, por un plazo determinado, costos de inversión, costos operativos, riesgos empresarios, entre otros (contrato de *joint venture*); y porque se transfiere una parte integral del proceso productivo de una o varias *empresas estatales y/o de las actividades de las mismas*, bajo la condición que el inversionista privado asuma las tareas contratadas por su cuenta y riesgo (contrato de *outsourcing*).

Finalmente, el año 2008 se dictó el Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada

(en adelante, Ley APP) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF (Reglamento APP). De acuerdo al artículo 4° de la Ley APP, las Asociaciones público-privadas (APPs) se definen como “modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos”.

Las APPs pueden ser autosostenibles o cofinanciadas, según requieran o no del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos. Además, frente a lo dispuesto originalmente por el Reglamento APP (todavía vigente en algunos ámbitos³²), que proscribía las iniciativas privadas que no fueran autosostenibles (en probable contradicción con lo dispuesto por la Ley APP), éstas ahora ya son admisibles³³. No obstante, ya sea que la APP nazca de una iniciativa pública o de una privada³⁴, debe tomarse en cuenta el principio de asignación adecuada del riesgo, según el cual “deberá existir una adecuada distribución de los riesgos entre los sectores público y privado. Es decir, que los riesgos deben ser asignados a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto”.

A diferencia de la versión original de las normas, que virtualmente limitaban los contratos de APPs a las concesiones (cuyas normas son supletoriamente aplicables), el Reglamento APP, a partir de la modificación introducida por el Decreto Supremo N° 106-2011-EF indica que “las modalidades de APP incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, *joint ventures*, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley”. En realidad, dado que esta norma no hace referencia a la inversión en empresas públicas, sino en la provisión de infraestructura pública, cabría entender que el ámbito de aplicación de estos contratos es distinto (y más general) que en la LMPID.

Por tanto, junto a las APPs que se materializan en concesiones, es posible admitir otras alternativas, en las cuales se utilizan otros contratos diferentes³⁵. Como se ha indicado más arriba, para que estemos ante un mecanismo de colaboración público-privado especial, es necesario que exista una asunción del riesgo por parte del empresario privado, y así lo

³² Así lo establece, por ejemplo, el Reglamento de Promoción y Gestión de Inversión en Obras de Infraestructura y Servicio Social, aprobado por Acuerdo N° 50-16-ESSALUD-2010

³³ Véase la Ley 29951, que aprueba el presupuesto público para el año 2013, el Decreto Supremo 005-2013-EF y la reciente RD 006-2013-EF/63.01, que aprueba la Directiva del Sistema Nacional de Inversión Pública para iniciativas privadas cofinanciadas previstas en la Ley 29951.

³⁴ Sin pretender profundizar en este tema, es preciso aclarar que no todas las iniciativas privadas llevarán a una asociación público-privada, pues las primeras pueden recaer sobre bienes del Estado, sin que esto implique la construcción de una infraestructura pública o la prestación de un servicio público, como sucede cuando el objeto es la construcción de un centro comercial o de viviendas, como sucedió en el caso de la (discutida) iniciativa denominada “Mega Proyecto de Techo Propio, Mi Hogar y Mi Vivienda Ciudad Sol de Collique”. No obstante, un proyecto inmobiliario sí podría encajar en la definición legal de APP cuando se va a construir una infraestructura pública, habiéndose usado incluso en este caso la técnica de la concesión. Al respecto, véase GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “Algunas experiencias prácticas de colaboración público-privada en España”, en *La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Dir. PALOMAR OLMEDA, A., Coord. DE ÁLVARO MONTERO, A., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 358 y ss.

³⁵ No obstante, en el caso de la asociación en participación, el Decreto Supremo 146-2010-EF establecía que éste sería un contrato accesorio a la concesión.

establece la Ley APP, cuando en su artículo 5° establece como un principio la asignación adecuada de riesgos. No serían concesiones en tanto su objeto no consistiría en la explotación de una infraestructura o servicio público en favor de unos usuarios (quienes pueden tener a su cargo o no el pago, siempre y cuando la remuneración se establezca en función del aprovechamiento o utilización del bien o servicio), sino en la realización de una prestación a favor de la Administración, que se remunera incorporando un factor de riesgo (como, por ejemplo, la calidad del servicio)³⁶.

Al respecto, quizá la Entidad pública que más ha explorado el empleo de mecanismos de APP distintos a la concesión ha sido ESSALUD, ya sea mediante los contratos de concesión o mediante los que llama contratos de “asociación público-privada”. En este sentido, destacan las APPs para la ampliación de la red hospitalaria en el Callao y Villa María del Triunfo³⁷, así como una para la gestión de los almacenes de la Entidad, mediante el contrato con SALOG. Estos tres contratos tienen en común que no emplean la concesión, sino que se indica que el objeto del contrato es la “constitución de un derecho de superficie, diseño, construcción de infraestructura, dotación de equipamiento, operación y mantenimiento” en el caso de los dos primeros, y “constitución de un derecho de superficie, construcción de infraestructura, implementación y prestación de servicios de gestión de almacenamiento, distribución y entrega de materiales en la red de almacenes y farmacias de Lima”, en el último.

En el caso del contrato con SALOG, este consorcio se obligó a construir los almacenes (el almacén central y el almacén Sabogal), los cuales debe mantener y conservar equipados, así como a prestar los servicios de almacenamiento, distribución y entrega de materiales (tanto de uso médico como de uso no médico), así como a equipar e implementar las farmacias y almacenes de la Red de Almacenes y Farmacias de Lima. Por tanto, la primera característica de este contrato (fruto de una iniciativa privada) es su evidente complejidad, la cual a su vez se manifiesta en el régimen económico del contrato. Así, la Retribución por el servicio (RPS) incluye dos conceptos: la retribución por inversión (RPI) y la retribución por mantenimiento y operaciones (RPMO). A su vez, la RPI comprende la retribución por inversión en equipamiento (RPI-E) y la retribución por inversión en infraestructura (RPI-I). Por su parte, la RPMO incluye la retribución por operación de almacenamiento y distribución (RPMO-AD), la retribución por entrega de materiales en consulta hospitalaria (RPMO-CH) y la retribución por operación de entrega de materiales en consulta externa (RPMO-CE).

³⁶ Sin ánimo de profundizar en el análisis de la regulación de las iniciativas privadas y sus distintas modalidades, es preciso indicar que el objeto de éstas no coincide necesariamente con el de las APPs. Así, mientras que el objeto de estas últimas es “crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener *infraestructura pública o proveer servicios públicos relacionados a ésta*”, las iniciativas privadas se desenvuelven dentro de un marco más amplio, ya que se trata de proyectos de inversión “en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”. De allí que, por ejemplo, abunden iniciativas privadas que, mediante el otorgamiento de un derecho de superficie, pretendan la construcción de una infraestructura comercial o de servicios.

³⁷ Como explica VILLAR ROJAS (“La concesión...”, cit., pp. 152 y ss.) la utilización de técnicas de colaboración pública privada en materia de salud implica romper con muchos tabúes, debido al carácter asistencial de este servicio, y los temores asociados a las consecuencias que podría tener el deseo de ganar dinero en este sector. El mismo autor (Ibidem, pp. 173 y ss.) realiza un análisis de las ventajas y desventajas del uso de esta técnica, especialmente cuando implica la prestación de servicios hospitalarios (respecto al riesgo de selección de pacientes, clausula de progreso y continuidad del servicio).

Esta disgregación de los distintos elementos del contrato es importante a efectos de analizar si en algún momento el contratista asume una parte del riesgo del contrato. Al respecto, cabría indicar que el RPI la remuneración de SALOG está fijada previamente, en función del cumplimiento de las prestaciones del contrato, más allá de que sea posible realizar algunos reajustes (por variaciones en los precios, esencialmente). Es decir, el monto a pagar no depende del nivel de utilización de un servicio, ni tampoco del nivel de satisfacción. En el caso del RPMO, la retribución es algo más flexible, pues se incluyen otros factores a considerar (además de los cambios en los precios o en las remuneraciones). Así, en el caso de la RPMO-CH se considera como uno de los factores el incremento en la cantidad de paciencias-día atendidos por mes. Es decir, si este varía, la remuneración deberá recalcularse. Por su parte, el RPMO-CE varía en función de la demanda de Ítems receta por consulta externa y la RMMO-AD lo hace de acuerdo a los cambios en la población adscrita. Por tanto, cabría concluir que al menos una parte de la remuneración del contratista depende de factores variables, y el contrato efectúa una distribución de los riesgos entre las partes, más compleja que en los tradicionales contratos de servicios, objeto de regulación en la legislación de contratos públicos.

Por su parte, en el caso de los contratos para la construcción y operación de hospitales la complejidad es incluso mayor (porque incluyen servicios sanitarios y no sanitarios), lo que también se pone de manifiesto en la forma de retribución del servicio. Así, la retribución por el servicio (RPS) incluye la retribución por inversiones (RPI), tanto en equipamiento (RPI-E) como en infraestructuras (RPI-I), y la retribución por operación (RPO), que a su vez incluye la retribución por mantenimiento y operación de los servicios no sanitarios (RPMO) y la retribución por operaciones asistenciales (RPOA). Al igual que en el caso del contrato con SALOG, es en la RPO donde encontramos algunos factores que podrían indicar que existe una distribución del riesgo más compleja que en los contratos de servicios tradicionales.

Así, en el caso de la RPOA, ésta se determinará estableciendo un “presupuesto anual de costos de operación asistencial, referido a los niveles de operación”, que incluirá costo del personal de servicio médico, gastos del personal asistencial no sanitario, costos de medicinas, costo de material fungible, costo de insumos, gastos generales y utilidad”. Por su parte, la RPMO se calcula “estableciendo un presupuesto anual de los gastos en mantenimiento y operación administrativa referencial”, el cual incluirá el costo del personal administrativo, el costo de los procedimientos, el costo del servicio de apoyo al diagnóstico, el costo del servicio de atención intermedia, los gastos de servicio y mantenimiento, los gastos de servicios generales, los gastos generales y la utilidad. Además, en este caso se establece el pago de penalidades a cargo del contratista si se incumplen los protocolos sobre calidad del servicio.

Es interesante señalar que estos presupuestos son elaborados a partir del número de usuarios acreditados del Centro Asistencial de Salud (en función del cual pueden ajustarse el RPOA y PMOA, tomando en cuenta sus variaciones a partir del establecimiento, en este caso sí, de un pago capítativo, es decir, por usuario), tomando en cuenta lo que el contratista prevé que gastará en cada uno de los elementos que forman parte del presupuesto. Además, de acuerdo al contrato (expresamente en lo que se refiere a los servicios sanitarios), el contratista asume el coste económico de las prestaciones objeto del contrato, debiendo además mantener el Centro Asistencial de Salud y gestionar los servicios sanitarios “según el progreso de la ciencia o de la normatividad técnica,

medioambiental, accesibilidad y eliminación de barreras y seguridad que resulten aplicables”.

Finalmente, al regular el equilibrio económico del contrato, se establece expresamente que únicamente darán lugar a una eventual modificación del contrato los supuestos de *factum principis*; es decir, los cambios en las normas o en la interpretación de éstas. Por tanto, el riesgo que asume la Administración es el riesgo regulatorio, no el riesgo del servicio propiamente. Por tanto, cabría entender que en este caso en contrato, las APPs en las que interviene EsSalud, si bien no son concesiones, sí constituyen mecanismos de colaboración público-privada en un sentido estricto, no meramente supuestos más complejos de contratos de gestión patrimonial (como sería un contrato de servicios).

Recibido: 26/09/2013
Aprobado: 30/09/2013