

Ejecución del Fondo de Garantía en las Asociaciones Público-Privadas brasileñas*

André Saddy¹

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Las asociaciones con iniciativa privada en la Administración Pública. 3. Fundamento de las Asociaciones Público-Privadas (APPs). 4. Concepto de las APPs. 5. Contraprestación en las APPs. 6. Ejecución del Fondo de Garantía por el socio privado en las APPs. Conclusiones. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE:

Asociaciones Público- Privadas (APPs), Fondo de Garantía para las Asociaciones Público- Privadas (FGP), Descentralización de los Servicios Públicos, APPs administrativas y patrocinadas, garantía al pago de obligaciones pecuniarias asumidas por asociados públicos federales, Silencio positivo.

KEYWORDS:

Public-Private Partnerships (PPPs), Guarantee Fund for Public-Private Partnerships (GFP), Decentralization of public services, administrative and sponsored PPP, guarantee the payment of monetary obligations assumed by federal public partners, positive Silence.

RESUMEN:

Ante la ineficiencia y carencia del Estado para la provisión de infraestructura y servicios públicos, surgió la necesidad de establecer un mecanismo nuevo que permitiera descentralizar las funciones del Estado e incentivar la colaboración de los privados para que inviertan sus capitales en la prestación de los servicios y obras públicas, sobre todo en los sectores estratégicos de baja rentabilidad económica. Dentro de este contexto, surgieron las Asociaciones Público- Privadas (APPs), mediante el cual se busca que el sector público y privado se asocien, con el objetivo de distribuir riesgos y recursos, en el cual el socio privado es el que asume el financiamiento, mientras que el Estado se convierte en

* Traducción del portugués al español, efectuada por los miembros de la Comisión de Publicaciones del Círculo de Derecho Administrativo - CDA.

¹ Doctor en "Problemas actuales de Derecho Administrativo" por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, con apoyo de la Beca Complutense Pre-doctoral en España. Máster en Administración Pública por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, con apoyo del Programa Albán, Programa de Bolsas de Alto Nivel de la Unión Europea para América Latina. Post-grado en Regulación Pública y Competencia por el Centro de Estudios de Derecho Público y Regulación (CEDIPRE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra Associate Research Fellow do Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Director Presidente del Centro de Estudios Empírico Jurídicos (CEEJ). Profesor Adjunto I del Instituto Brasileiro de Mercado de Capitales (IBMEC-RJ). Consultor y árbitro

el garante financiero. Por ello, ante la importancia de las APPs en los últimos años, en el 2012, el Gobierno de Brasil, con el objetivo de otorgar una mayor seguridad jurídica a las inversiones, estableció una serie de modificaciones legislativas, dentro de las cuales, resalta lo referente al Fondo de Garantías para las Asociaciones Público-Privadas (FGP), el cual es un patrimonio creado con el objetivo de permitir al socio privado ejecutarlo, cuando el sector público no honre sus obligaciones pecuniarias asumidas. Dentro de las principales modificaciones encontramos, por una lado, la reducción del plazo para la ejecución del FGP, cuando hayan vencidos facturas aceptadas expresamente por el socio público y; por otro lado, se introdujo la aceptación tácita (silencio positivo) para la ejecución del FGP, cuando no haya una aceptación o rechazo expreso por parte de la administración pública dentro de un plazo de cuarenta días, desde el vencimiento de las facturas.

ABSTRACT:

Given the inefficiency and lack of state for the provision of infrastructure and public services, it became necessary to establish a new mechanism that would decentralize state functions and encourage private collaboration to invest their capital in the provision of services and public works, especially in the strategic sectors of economic underperformance. Within this context, emerged the Public-Private Partnerships (PPPs), by which is intended that the public and private sector to partner with the aim of distributing risks and resources, in which the private partner is the one who assumes the financing, while the state becomes the financial guarantor. Therefore, given the importance of PPPs in recent years, in 2012, the Government of Brazil, with the aim of providing greater legal certainty for investment, established a series of legislative changes, within which, highlights the concerning the Guarantee Fund for public-Private Partnerships (GFP), which is a heritage created to enable the private partner to run, when the public sector does not honor its financial obligations assumed. Among the main changes found, on the one hand, the reduction of the period for execution of the GFP, when they defeated bills expressly accepted by the public partner and, on the other hand, was introduced tacit acceptance (positive silence) for the implementation of GFP, when there is no express acceptance or rejection by the public within forty days from the invoice due.

Introducción

Recientemente fue publicada la Ley N° 12,766, del 27 de diciembre del 2012, que modificó la Ley N° 11.079, del 30 de diciembre del 2004, que regula normas generales para la licitación y contratación de la asociación público-privada (APP), en el ámbito de la administración pública. Dentro de las modificaciones realizadas, una de las principales trata sobre el Fondo de Garantía para las Asociaciones Público-Privadas (FGP) que tiene por finalidad, prestar garantía de pago de obligaciones pecuniarias, asumidas no solo por las asociaciones públicas federales, sino también por las distritales, estatales o municipales en virtud de las asociaciones.

Debido a la importancia que tal fondo tiene para la seguridad jurídica del inversionista privado y aún en la búsqueda de atraer más inversionistas para las áreas, donde proyectos de asociaciones público-privadas están siendo desarrollados, tal cambio intentaba permitir al socio privado accionar el FGP en los casos de crédito líquido y cierto, constante de título exigible aceptado y no pagado por el socio público, después de

solamente quince días, contados desde la fecha de vencimiento. La ley anterior establecía que este plazo era de cuarenta y cinco días, contados desde el vencimiento. En los casos de deudas constantes de facturas emitidas y no aceptadas por el socio público, el socio privado podrá accionar el FGP, después de cuarenta y cinco días, contados desde la fecha de vencimiento, desde que no ha habido rechazo expreso. La ley anterior indicaba el plazo de noventa días, contados desde el vencimiento de las facturas.

Ahora, dentro de las modificaciones de mayor relevancia con respecto al socio privado, se tiene la inclusión de dispositivos que otorgan mayor posibilidad de eficacia de accionamiento del FGP, al prever que está obligado a honrar facturas aceptadas y no pagadas por el socio público, así como estipulaba que le está prohibido pagar las facturas rechazadas expresamente por acto motivado. Por otra parte, estableció que existiendo la ausencia de aceptación o rechazo expreso de factura por parte del socio público en el plazo de cuarenta días, contando desde la fecha de vencimiento, implicará aceptación tácita, es decir, el silencio positivo.

Es exactamente sobre este punto que el presente artículo pretende abordar, sin la pretensión de agotar el tema, sino apenas con la ilusión de enriquecer los debates sobre las Asociaciones Público-Privadas.

1. Las asociaciones con iniciativa privada en la Administración Pública

La titularidad de los servicios públicos, a pesar de pertenecer al Estado, puede tener una ejecución compartida con los particulares. Así, posible la asociación, pueden los servicios ser prestados en forma directa o indirecta.

La ejecución directa es aquella en la que el propio Estado presta el servicio, acumula la situación de titular y prestador del servicio. Hay ejecución indirecta cuando los servicios son prestados por entidades diferentes de las personas federales. A pesar de transferir a otra persona la prestación del servicio, el Estado continúa con el deber de controlar y regular los mismos.

La transferencia de la ejecución de actividad estatal a determinada persona, integrante o no de la Administración, se denomina descentralización, que puede ser territorial, cuando involucra la transferencia de funciones de una persona federativa a otra, o también del poder central a la colectividad local, o institucional que representa la transferencia del servicio de poder central a una persona jurídica propia, de carácter administrativo, nunca de carácter político. Tal delegación puede ser legal, o sea, formalizada a través de la Ley (artículo 37°, XIX, del CRFB/88) o negociada, porque su institución se hace efectiva a través de negocios jurídicos regulados básicamente por el derecho público (por ejemplo, la concesión y permiso del servicio público).

Hoy, para que el Estado se adapte a la modernización ocurrida en los últimos años, creó nuevas formas de prestación de los servicios públicos. Luego, teniendo la actividad espacio para la exploración privada y sabiendo que Brasil necesita realizar inversiones sustanciales para disminuir la brecha que existe entre la demanda de servicios de infraestructura y la capacidad para proveerlos, más allá de estar situados en un contexto de fuertes restricciones fiscales con las que el Estado debe operar, se volvió imprescindible la búsqueda y adopción de mecanismos que permitan incrementar la colaboración del sector privado en la prestación de tales servicios.

Usualmente, y ya bastante difundido el término asociación después de la reforma del Estado partir de la década de 1990, viene siendo utilizado por la Administración Pública en la forma de concesión, permiso o autorización principalmente, existiendo otras formas de prestación, tales como la tercerización, la franquicia, los acuerdos de programa, términos de asociación, contrato de gestión, sin hablar de los convenios y consorcios.

Ocurre que tales regímenes presuponen que la inversión sea amortizada por el cobro de tarifas de los usuarios finales de los servicios. Así, por venir el Estado mostrándose incapaz de atraer inversiones para proyectos poco rentables o que tengan un alto riesgo de mercado y teniendo éste que buscar mecanismos que solucionaran tales problemas, es que recientemente surgió la idea de las Asociaciones Público-Privadas (APPs).

Las APPs ya son utilizadas por diversos países para obtener más recursos para ser invertidos en la ejecución o ampliación de obras y servicios de interés para la sociedad, o para prestar servicios a la Administración.

2. Fundamentos de las Asociaciones Público-Privadas

El mayor fundamento de la Ley N° 11.079, del 30 de diciembre del 2004, es el déficit público que, por consiguiente, ocasionó una total incapacidad del Estado en realizar inversión en infraestructura en sectores estratégicos para el desarrollo del país. No hay, por lo tanto, cómo el Poder Público asuma el compromiso de realizar nuevas inversiones, sin la participación del capital privado.

Las APPs viabilizaron, por medio de asociaciones del poder público con la iniciativa privada, las inversiones que el Estado solo no tiene cómo permitirse por falta de recursos. Esta forma de asociación se contraponen a modelos que fracasaron o se tornaron inviables, como el adoptado por varios países en la post-guerra, en los que la característica principal era la fuerte presencia del Estado.

Se busca el crecimiento sustentable realizable por gobiernos y empresarios de forma conjunta. O sea, los proyectos de Asociaciones Público-Privadas reflejan una conjugación de intereses de las dos principales partes involucradas: sector público y sector privado. Con ellos, el sector público asegura la contribución del conocimiento técnico y tecnológico, innovación y sistemas sofisticados de administración de riesgos y, sobre todo, la satisfacción del interés público. Por su parte, el sector privado encuentra en ellos oportunidades reales de negocios y retorno adecuado para sus inversiones. La utilización de las APPs contribuirá a la satisfacción de las necesidades dictadas por el interés público, así como contribuirá a la reactivación de la actividad económica, no debiendo ser olvidado su potencial de generación directa e indirecta de empleos.

Se tiene todavía otro fundamento. Hasta la creación de la Ley de las APPs, las inversiones públicas podían ser realizadas de dos formas. Por la Ley de Licitaciones, donde el Estado contrata y paga por una obra, por un periodo limitado de máximo cinco años; o, por la Ley de Concesiones, donde el sector público transfiere un patrimonio para la iniciativa privada que asume la responsabilidad de explorarlo, de acuerdo con las reglas y metas de inversión fijadas en el contrato.

No había, a pesar de todo, un mecanismo institucional para fomentar el financiamiento de emprendimientos sin retorno económico inmediato, más rentables a mediano y largo plazo, de ahí otro motivo para las APPs.

Así, por ser una tendencia mundial, las Asociaciones Público-Privadas obedecen a una tendencia de descentralización estatal. Aunque de forma menos drástica que las privatizaciones, la APP propone la delegación al sector privado de actividades antes realizadas directamente por el Estado, lo que se pasará a analizar.

3. Conceptos de las asociaciones público-privadas

La Ley N° 110.79, del 30 de diciembre del 2004, conceptualiza las APPs como el contrato administrativo de concesión, en la modalidad patrocinada o administrativa (artículo 2°).

Se observa, así, que tenemos dos modalidades de Asociaciones Público-Privadas: la patrocinada y la administrativa. La primera es la concesión de servicios públicos o de obras públicas de las que trata la Ley N° 8.987, del 13 de febrero de 1995, cuando involucra, aparte de la tarifa cobrada a los usuarios, contraprestación pecuniaria del socio público al socio privado; y, la segunda, es el contrato de prestación de servicios del que la Administración Pública sea usuaria directa o indirecta, aunque involucre la ejecución de obra o el suministro e instalación de bienes. De esta última, dos tipos de contrato de prestación de servicio pueden ser vistos: la APP administrativa de servicios públicos (la administración en la posición de usuaria indirecta), y la APP administrativa de servicios al Estado (la administración en la posición de usuaria directa).

Cualquiera de esos tipos pueden involucrar la ejecución de obra pública, es decir, de la construcción, total o parcial, conservación, reforma, ampliación o mejoramiento de cualquier obra de interés público, delegada por el poder concedente mediante licitación, a la iniciativa privada que demuestre capacidad para su realización, con riesgos compartidos con la entidad pública, de forma que la inversión de la concesionaria sea remunerado mediante contraprestación pecuniaria por la gestión del servicio en un plazo determinado.

Además, cuando no se involucre contraprestación pecuniaria del socio público al socio privado, no será APP (artículo 2°, §3°). Es esa contraprestación el elemento fundamental y diferenciador de las concesiones especiales (APPs), en comparación con las concesiones comunes.

La APP es, por lo tanto, una delegación de la gestión de determinada infraestructura en que se debe asegurar al concesionario autonomía empresarial, contraprestación pecuniaria directamente relacionada a la cantidad y/o calidad de las utilidades concretamente prestadas a la Administración o a la población.

De esa forma, en los programas de APP, el Estado asume el liderazgo y busca alianzas con el sector privado para que este participe en una o más etapas de un proceso de inversión. Deben ellos ser vistos como programas de reducción de costo del aparato administrativo de los gobiernos, por lo tanto, fuertemente pro-superávit fiscal. Se trata de un programa de sustitución de proveedores de la Administración Pública, que pasaron a proveer soluciones integrales para las actividades fin del sector público, abandonando la

actual práctica de suministrar insumos no integrales. Esa compra de soluciones integrales exigirá la formación de una nueva categoría de proveedores, capaces de combinar capacitación técnica, financiera y operacional en un único ente.

Es en realidad un esquema legal, sobre el cual se establece un vínculo jurídico entre el Estado y la iniciativa privada, en que el financiamiento y la responsabilidad por la inversión permanecen con el sector privado, ya no más con el Estado o una empresa pública. La empresa privada presta el servicio público o realiza la obra pública con enorme libertad de acción y con garantías financieras del Estado. Por lo tanto, no es más que una delegación del sector público al privado de la responsabilidad por la ejecución y operación de determinada obra y/o servicio, sujeta a obligaciones, por el Poder Público, de pago solamente por los resultados efectivamente alcanzados o pre-establecidos. Es importante y fundamental saber que la APP es una obligación de resultados y el particular solo recibe si es eficiente.

Significa decir que en una APP, el riesgo es dividido entre las partes involucradas. Después de la ejecución de la obra, en caso esta exista, el particular colocará sus frutos a disposición del Estado para que éste indirectamente o directamente los utilice, mediante un contrato de prestación de servicio o de operación a largo plazo, teniendo derecho a una contraprestación pecuniaria, que puede ser fija o variable, del Estado, eso si es que atiende las metas y requisitos de calidad previamente acordados. De esa forma, el gobierno no “comprará” solo obras o instalaciones, sino servicios con alcance definido y calidad asegurada. La idea es que la iniciativa privada cargue con la inversión y solo después de concluida la obra, el gobierno comience a hacer desembolsos conforme la cantidad y calidad de los servicios colocados a su disposición o a disposición de los administrados (usuarios/consumidores).

Los programas de APPs, de hecho, se caracterizan por introducir en el área de actuación de la Administración Pública instrumentos dotados de mayor grado de flexibilidad. Procedimientos que irán a competir para incrementar la eficiencia de la atención de demandas de la sociedad. Exactamente ese atributo, todavía es el que indica la exigencia de la adecuada gobernabilidad de los programas de APPs, en razón de sus peculiaridades, en razón de la plasticidad que los vuelven extremadamente sensibles, al final, en razón de la responsabilidad que el Estado asume al transferir una atribución suya al particular, el cual, además de asumir el compromiso de obtención de financiamiento de la actividad, debe incorporar también la obligación de adecuado desempeño.

Así, con la Asociación Público- Privada, el gobierno invita al sector privado a hacer la inversión, y garantiza como única fuente de pago una contraprestación pecuniaria que se divide en dos: una contraprestación pecuniaria por la obra realizada, en caso esta ocurra, y otra contraprestación para la prestación, operación o gestión del servicio prestado.

Es así, un contrato que altera significativamente la inserción del gobierno en la economía política nacional, regional, o local, donde se combinan diferentes tipos de asociaciones: de simple concesión para operar un servicio público hasta un régimen de planeación, construcción, operación y financiamiento.

4. Contraprestación en las Asociaciones Público- Privadas.

Como pueden existir obras antes de la prestación del servicio, es posible la división o separación de la contraprestación para el pago de la realización de la obra y otra para el servicio, la gestión u operación prestada en nombre de la Administración. Así como también es posible la subdivisión o sub-separación de tales contraprestaciones para hipótesis de entera construcción, o de apenas una ampliación, reforma o manutención de determinada infraestructura, bien como de gestión/ operación/ prestación de la totalidad o de parte de las actividades administrativas prestadas por su intermedio.

Habrà, así, un pago posible para cada una de esas actividades, es decir, por la construcción, total o parcial, conservación, reforma, ampliación o mejoramiento de cualquier obra. Aquí la entidad pública realizará un pago fijo, posible de ser dividido, después de terminada la implementación o expansión de la empresa económica, objeto de la concesión. El otro pago deberá darse de forma variable y periódica, desde la entrada en operación, inicio de la gestión o comienzo de la prestación de servicio, sea en la totalidad o apenas en parte de la ejecución de la actividad, hasta el final del periodo de concesión, eso sí es que se atienden las metas y requisitos de calidad previamente acordados.

La parte fija deberá ser equivalente al monto necesario para que la iniciativa privada consiga efectuar el pago de amortización del objeto principal, cual sea, la obra en sí y, eventualmente, derechos de deudas contraídas. La parte variable y periódica deberá ser equivalente a la diferencia entre la contraprestación ganada por metas y requisitos establecidos en el contrato y la parte fija.

De este modo, la APP, a diferencia de las concesiones comunes, es una inversión privada amortizable a largo plazo, al fin del cual los bienes construidos o reformados y mantenidos por el particular regresan al Poder Público. La única diferencia es que esa amortización se hará con fondos públicos y no a través de tarifas de los usuarios en las APPs administrativas, y, en las patrocinadas se hará por tarifas y fondos públicos.

5. Ejecución del Fondo de Garantía por la parte privada en las APPs

Con el objetivo de fomentar las inversiones en infraestructura por medio de la Asociación Público- Privada (APP), el gobierno editó, el 07 de agosto del 2012, la Medida Provisoria N° 575 que fue convertida en ley por medio de la Ley N° 12.766, del 27 de diciembre del 2012, introduciendo modificaciones a la Ley N° 11.079, del 30 de diciembre del 2004, entre ellas, la reducción del plazo mínimo para que la parte privada pueda accionar el fondo garante y la posibilidad del silencio positivo en tal acción.

Se sabe que la iniciativa privada mantiene garantías en los contratos APP, una de ellas es el Fondo Garante de Asociaciones Público-Privadas (FGP) que viene estipulado en el artículo 8°, inciso V y en los artículos 16° al 21° de la Ley N° 11.079/04.

El FGP, inicialmente, estaba en el proyecto, después fue excluido para ser objeto de ley específica y, posteriormente, nuevamente incluido (artículo 16° al 21°). En el 2011, sufrió modificaciones por la Ley N° 12.409, del 25 mayo, y, ahora, tiene sus disposiciones modificadas por la Ley N° 12.766, del 27 de diciembre del 2012.

Según el artículo 16°, están la Unión, sus fondos especiales, sus autarquías, sus fundaciones públicas y sus empresas estatales dependientes autorizadas a participar, en el límite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis billones de reales), en el Fondo de Garantía de Asociaciones Público Privadas (FGP) que tendrá por finalidad prestar garantía al pago de obligaciones pecuniarias asumidas por asociados públicos federales, distritales, estatales o municipales en virtud de las asociaciones.

En comparación con las redacciones anteriores, se incluyó en el título del artículo 16° del Distrito Federal, los Estados y los Municipios. Tal FGP debe ser visto como una garantía más y no necesariamente necesita ser utilizado en todo y cualquier proyecto de APP. Tendrá naturaleza privada y patrimonio propio, separado del patrimonio de los partícipes y será sujeto de derechos y obligaciones propios.

El patrimonio del Fondo Garante de Asociaciones Público Privado (FGP) será formado por el aporte de bienes y derechos realizado por los accionistas, por medio del pago de cuotas y por los rendimientos obtenidos con su administración. Los bienes y derechos transferidos al FGP serán aprobados por una empresa especializada, que deberá presentar laudo fundamentado, con indicación de los criterios de aprobación adoptados e instruidos con los documentos relativos a los bienes aprobados.

El pago de las cuotas podrá ser realizado en dinero, títulos de deuda pública, bienes inmuebles, bienes muebles, inclusive acciones de sociedad de economía mixta federal excedentes al necesario para manutención de su control por la Unión, u otros derechos con valor patrimonial. Esta integración será hecha independientemente de licitación, mediante previa aprobación y autorización específica del Presidente de la República, por propuesta del Ministro de Hacienda.

Resalta la ley, que el FGP responderá por sus obligaciones con los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, no respondiendo los participantes por cualquier obligación del Fondo, salvo por el pago de las cuotas que suscribieran. El aporte de bienes de uso especial o de uso común en el Fondo Garante de Asociaciones Público-Privado será condicionado a su desafectación de forma individual.

El artículo 17° de la Ley N° 11.079/04 evidencia que el FGP será creado, administrado, gestionado y representado judicial y extrajudicialmente por institución financiera controlada, directa o indirectamente, por la Unión, con observación de las normas a las que se refiere el inciso XXII del artículo 4° de la Ley N° 4.595, del 31 de diciembre de 1964, y su estatuto y regulación serán aprobados en asamblea de los accionistas. A esta institución financiera, cabrá deliberar sobre la gestión y alienación de los bienes y derechos del FGP, velando por el sustento de su rentabilidad y liquidez.

Las garantías del Fondo Garante de Asociaciones Público-Privado (FGP), que, en la versión original de la ley, eran prestadas, en la forma aprobada por la junta de accionistas, proporcionalmente al valor de participación de cada accionista, siendo sellada a concesión de garantía cuyo valor presente líquido, sumado al de las garantías anteriormente prestadas y demás obligaciones, supere el activo total del Fondo Garante FGP, actualmente, son establecidas por el estatuto y por la regulación del FGP. Según la nueva redacción del artículo 18° de la Ley N° 11.079/04, es el estatuto y la regulación del FGP los que deben deliberar sobre la política de concesión de garantías, incluso en lo que se refiere a la relación entre activos y pasivos del Fondo.

Esa garantía será prestada por medio de: fianza; compromiso de bienes muebles o de derechos integrantes del patrimonio del FGP; hipoteca de bienes inmuebles del patrimonio del FGP; alienación fiduciaria; otros contratos que produzcan efecto de garantía; y garantía real o personal, vinculada a un patrimonio de afectación constituido en consecuencia de la separación de bienes y derechos pertenecientes al FGP (§1° de artículo 18°).

Como complemento a esas diferentes modalidades, se introdujo la Ley N° 12.766, del 27 de diciembre del 2012, el §4°, entonces, concediendo la posibilidad para el FGP de prestar, aún, garantía mediante contratación de instrumentos disponibles en el mercado. Se deseó, con eso, reforzar la idea de variabilidad de las formas de garantía por el FGP. Al final, el carácter ejemplificativo de las garantías ya estaba claro cuando afirmaba que "otros contratos" podrían servir como modalidades; sin embargo, ciertamente, tal inclusión servirá como incentivo para el inversionista privado que quiera participar en una APP.

Asimismo, podrá haber contragarantías a aseguradoras, instituciones financieras y organismos internacionales que garanticen el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias de los participantes en contratos de APP (inciso 2 del artículo N° 18).

La salida, por la parte pública, de cada parte de la deuda garantizada por el FGP, importará exoneración proporcional de la garantía. Y su salida definitiva importará su sub-rogación en los derechos de la parte privada (§3° del artículo 18°).

Los plazos para ejecutar el Fondo de Garantía fue otro punto modificado por la Ley N° 12.766, del 27 de diciembre del 2012. Mientras que la redacción original afirmaba que, en caso de crédito líquido y cierto, constante de título exigible aceptado y no pagado por la parte pública, la garantía podría ser ejecutada por la parte privada a partir del cuadragésimo quinto día (45°) de su vencimiento. Ahora, tales créditos pueden ser ejecutados después de quince días, contados desde la fecha de vencimiento. Así, las deudas constantes de facturas emitidas y aún no aceptadas por el socio público, desde que, transcurridos más de noventa días de su vencimiento, no conste su rechazo expreso por acto motivado, que también podría ejecutar el FGP, ahora, cuentan con plazos de cuarenta y cinco días, contados desde la fecha de vencimiento, desde que no se haya producido rechazo expreso por acto motivado (actual §5°, incisos I y II, del artículo 18°).

Es cierto, por lo tanto, que el socio público puede rechazar eventual factura y, por consiguiente, evitar que el socio privado ejecutados, en los plazos encima expuestos, el FGP. Puso en evidencia la Ley N° 12.766, del 27 de diciembre del 2012, ese aspecto al prever que el Fondo de Garantía está previsto para honrar facturas aceptadas y no pagadas por el socio público; asimismo, estipuló que el FGP está prohibido de pagar facturas rechazadas expresamente por acto motivado (§§9° y 10° del artículo 18°). Luego, en caso el rechazo no sea motivado, el Fondo de Garantía deberá efectuar el pago a la parte privada.

Con el fin de evitar, por lo tanto, la ejecución del FGP por la parte privada, se incluyó en el §11 del artículo 18°, que define el deber de la parte pública de informar al FGP sobre cualquier factura rechazada y sobre los motivos del rechazo en el plazo de cuarenta días, contados desde la fecha de vencimiento. Apenas, así, quedará el Fondo de Garantía advertido, evitando, de ese modo, el pago por el FGP a la parte privada.

Ahora, existiendo la ausencia de aceptación o rechazo expreso de la factura por parte de la parte pública en el plazo de cuarenta días, contando desde la fecha de vencimiento, implicará la aceptación tácita, es decir, el silencio positivo (§12 del artículo 18°). Todo ello significa que básicamente tres hipótesis podrán ocurrir para la ejecución del Fondo de Garantía.

La primera será la aceptación expresa. Conforme el inciso I del §5° del artículo 18°, en caso de que la parte pública haya aceptado expresamente la factura presentada por el privado, podrá éste ejecutar el Fondo de Garantía en el plazo de quince días, contados desde la fecha de vencimiento.

La segunda hipótesis podrá ocurrir en caso no se haya dado el rechazo expreso y motivado. Conforme el inciso II del §5°, del artículo 18°, en dicho supuesto, el particular podrá ejecutar el FGP en el plazo de cuarenta y cinco días, contados desde la fecha de vencimiento.

Por último, la tercera hipótesis ocurrirá siempre que haya "aceptación tácita", o sea, siempre, que no se produzcan los supuestos de la primera o segunda hipótesis en el plazo de cuarenta días, contando desde la fecha de vencimiento; o, cuando existiese la segunda hipótesis, es decir, el rechazo expreso, pero no motivado. El simple hecho de rechazar, no puede ser suficiente para la no ejecución por el particular del FGP. Debe ese rechazo ser motivado, de lo contrario, contendrá vicio de legalidad insubsanable, el cual llevará a su anulación y, por consiguiente, a la ausencia del acto. Como el efecto es *extinctio*, o sea, por anteponer la fecha de su realización, o que existirá en realidad, es una ausencia de aceptación o rechazo expreso de factura por parte de la entidad pública, pues traerá a la forma anterior aquello que el acto creó o modificó. O sea, si no se motivara, existirá, la "aceptación tácita", en otras palabras: el silencio positivo.

Con el fin de conceder eficacia al deber de decidir motivadamente y, por consiguiente, al silencio positivo aquí mencionado, incluyó la Ley N° 12.766, del 27 de diciembre del 2012, el §13, que responsabiliza civil, administrativa y penalmente al agente público que contribuye por acción u omisión a la "aceptación tácita" o que rechaza la factura sin motivación. A pesar de que esa norma es un avance para la doctrina del silencio administrativo brasileño, infelizmente, se vinculó a cualquiera de esas formas de responsabilidad (civil, administrativa y penal) la existencia de daño causado por el agente. Ahora, el simple silencio positivo puede parecer llevar al intérprete a un entendimiento de que no exista daño, esto es, el hecho de ocurrir la aceptación tácita, en principio, puede ocultar que ningún daño se generó. Es equivocado tal entendimiento, pues, como ya se observó, la administración posee siempre el deber de decidir y su ausencia, por sí, viola el orden jurídico que, por consiguiente, encierra el deber sucesivo de reparación. Resultaría lo optimó, la ausencia de la expresión "por los daños que causara", pues evitaría interpretaciones erróneas.

Finalmente, cabe recordar que, en caso de incumplimiento, los bienes y derechos del Fondo podrán ser objeto de ejecución judicial para satisfacer las obligaciones garantizadas (§7° del artículo 18°).

Conclusiones

Básicamente, tres hipótesis podrían ocurrir para la ejecución del Fondo de Garantía de Asociaciones Público-Privadas. La primera sería la aceptación expresa que permite a la parte privada ejecutar el Fondo de Garantía en el plazo de quince días, contando desde la fecha de vencimiento de la presentación de la factura. La segunda hipótesis podría ocurrir en caso no se haya dado el rechazo expreso y motivado que permite al particular ejecutar el Fondo en un plazo de cuarenta y cinco días, contados desde la fecha de vencimiento. Finalmente, la tercera hipótesis ocurrirá siempre que haya “aceptación tácita”, o sea, siempre que la primera o segunda hipótesis no ocurran en un plazo de cuarenta días, contando desde la fecha de vencimiento o cuando existiese una segunda hipótesis, es decir, el rechazo expreso, mas no motivado.

El silencio positivo se origina de la máxima romana “*qui tacet consentire videtur*” (quien calla, consiente). La atribución de efectos positivos al silencio administrativo legitima al administrado a realizar lo que fue pedido, solicitado, requerido o apelado, acabado el plazo para la autoridad para pronunciarse. La producción de tales efectos no autoriza que el administrado sobrepase los límites de lo que fue requerido, por eso, lo correcto sería que solo se hable de efectos positivos cuando la solicitud fuese precisa de tal forma que no permitiese dudas acerca de lo que se obtiene, eso porque se interfiere con tales efectos que no operan en medidas discrecionales, solo pudiendo tratarse de efectos positivos del silencio cuando la omisión administrativa sea de carácter vinculado, como en el caso del FGP.

Se considera al silencio positivo como un acto administrativo por ficción jurídica. Equivale decir que el acto que concede es como un acto expreso finalizador del procedimiento administrativo. Se entiende que no se trata de un verdadero acto administrativo, pero sí de una ficción jurídica, en la cual se aplica el régimen de acto administrativo. La ficción, se repite, funciona como un mecanismo legal destinado a asociar a una determinada realidad (o silencio) los efectos de un acto. Se finge la existencia de un acto expreso apto para producir efecto. Se trata, pues, de un caso de sustitución de voluntad de la Administración por la del legislador, del juez o de la propia voluntad expresa, prevista previamente en un contrato. Lo que se tiene son actos jurídicos (actos ficticios) con efecto positivo *ex lege* (por presunción *iure et de iure*), *ex juris* y hasta incluso *ex voluntate*.

La inexistencia del silencio positivo hasta la creación de la Ley N° 12.766, del 27 de diciembre del 2012, no puede (a pesar de considerarse un avance la creación de tal figura) dar origen a una contingencia para la parte privada, a no ser en relación a la objetividad y celeridad administrativa. No en tanto, ciertamente su utilización podría sin duda alguna transformarse en un beneficio del particular, pues, en el caso del silencio positivo, se proporciona agilidad administrativa a determinados sectores, evitando los perniciosos efectos de la desidia de la Administración; sin embargo, es evidente, que incentiva a ésta a resolver de manera expresa.

No obstante ello, “No todo es color de rosa”. El administrado debe poder decidir por sí mismo si su petición, solicitud, reclamación o recurso está o no de acuerdo con el Derecho. Esta decisión puede ser grave, pues, equivocándose, se podría ver el acto derivado del silencio positivo invalidado. Así, optar o no por considerar que existan efectos positivos en el silencio significa un riesgo para el administrado, pues podrá tener el acto derivado de ese silencio positivo declarado inexistente y no nulo o anulable.

Esa posibilidad lleva a algunos a argumentar que la actividad administrativa podría dejar de ser obra de la administración para convertirse en labor de los administrados, correspondiendo así a una atribución de competencia decisoria a los particulares.

Igualmente, se cuestiona la compatibilidad del silencio positivo con los principios de la motivación y del deber de decidir exigidos por la Administración, más el hecho de violar los principios de la "reserva de procedimiento", necesarios para la gran mayoría de decisiones administrativas.

Sumado a todo lo expuesto, se tiene que recordar que la parte privada no poseerá cualquier documentación que expresamente le conceda u otorgue lo deseado. Eso lleva a una ineficiencia, al final, en caso sea cuestionado por terceros, no tendrá cómo demostrar que es realmente detentor de tal derecho, dejándolo, así, vulnerable a las circunstancias, en caso tenga que comprobarlo. El problema acaba trayendo consigo una inseguridad jurídica porque nunca se sabrá si el silencio positivo produjo efectos o no. Inexistiendo acto expreso, el particular no tiene la garantía de que el acto sea legal.

Otro problema relativo al silencio positivo concierne al interés de actuar. Al administrado que tuviese su conflicto atendido en consecuencia de un silencio positivo, le faltará interés para, antes de verse amenazado por algún cuestionamiento de su posición jurídica, ampararse en el Poder Judicial para obtener aquello que ya le había sido concedido por ley, sentencia o contrato.

Con todo, a pesar de no existir en el ordenamiento jurídico eventual certificación, la Administración también podrá en cualquier momento, ofrecer una respuesta expresa, aunque tardía, a la petición, solicitud, requerimiento o recurso del administrado. Y siendo hipótesis de silencio positivo y habiendo la Administración decidido posteriormente de manera contraria a lo concedido ficticiamente por el silencio anterior, dejará al administrado sin interés para accionar judicialmente, a pesar de poseer eventual posibilidad de indemnización.

Aun existiendo todos esos aspectos contra el silencio positivo creado por el reciente cambio en la Ley de Asociación Público-Privada, se entiende que la institución del silencio administrativo es un mal necesario y ayudará mucho a captar inversionistas y, también, a conceder mayor seguridad jurídica y confianza legítima a los socios privados. Pero recuérdese que no se puede admitir el silencio como algo natural, debe ser visto como una anomalía a ser extirpada, un mal que ya no más debería producirse.

Bibliografía

ARAGÃO, Alexandre Santos de.

As parcerias público-privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, N.º 2, maio-jun-jul, 2005. Disponible en: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acceso el: 29 de enero de 2013.

BINENBOJM, Gustavo.

As Parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 2, 2005. Disponible en: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acceso el: 29 de enero de 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.

Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4 ºedición. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO, Jorge Vianna.

A conjuntura das escolhas públicas. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, vol. 38, N° 4, p. 659-669, julho/agosto, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari.

Guia jurídico das parcerias público-privadas. En: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

Recibido: 15/04/2013

Aprobado: 25/05/2013