

Asociaciones Público Privadas (APP): Entre lo Público y lo Privado – El Empresario Como Cogobernante

Edgardo Mercado Neumann*
Flavia Abusada Chehade**

Resumen:

El presente documento nos introduce a la problemática suscitada en torno al rol del Estado en nuestros tiempos y su papel como impulsor del desarrollo y crecimiento del país. Para entender dicho rol, se hará un recuento desde la evolución del concepto de Estado, pasando por el auge del principio de colaboración público privada, la acogida de las asociaciones público privadas y la re configuración del rol del estado y el inversionista privado como cogobernante del Estado.

Palabras clave:

Asociaciones Público Privadas – Colaboración Público Privada – Cogobierno – Derechos Humanos – Estado – Particulares – Rol del Estado

Abstract:

This document introduces us to the problems regarding the role of the state in our times and its role as a driver of development and growth of the country. To understand the mentioned role, a brief description of the evolution of the concept of State will be done, addressing the rise of public-private partnership principle, the host of public-private partnerships and the reconfiguration of the role of the state and the private investor and co-governor of such role.

Keywords:

Public Private Partnerships – Co government – Human Rights – State – Individuals – Role of the State

Sumario:

1. Introducción – 2. El estado como organización social: desde Macchiavello hasta nuestros días – 3. El surgimiento de lo privado en la esfera de lo público – 4. El desborde de lo privado y el quiebre del principio de autoridad – 5. El diálogo: de mecanismo de solución de controversias a mecanismo de cogobierno – 6. Los derechos humanos y la recuperación de los espacios perdidos – 7. El auge de la colaboración público privada – 8. Las APP: el nuevo rol del empresario en el cogobierno – 9. Conclusión

* Profesor de Asociaciones Público Privadas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio Fundador del Estudio Mercado Abogados. Consultor legal, Arbitro y Profesor Universitario.

** Egresada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Docencia en el Curso Asociaciones Público Privadas y Administrativo 1.

1. Introducción

Entre la esfera de lo público y lo privado, se vienen resolviendo viejas tensiones que suscitaron revoluciones y golpes de Estado. Entre lo público y lo privado, se van ideando también soluciones a las nuevas tensiones que adoptan otras formas de violencia y conflictividad. Entre lo público y lo privado, el Derecho va perfilando nuevos cimientos y fronteras a la Teoría del Estado y el contrato social, con una clara tendencia al empoderamiento del individuo libre frente a la autoridad del Estado, planteando serios cuestionamientos al concepto de soberanía y nuevos retos al orden democrático. Entre lo público y lo privado, la relación de los individuos con el Estado que los gobierna, va imponiendo una nueva forma de gobernar.

La concepción del Estado, incluso la del Estado moderno, no ha sido siempre la misma. Como sabemos, en un inicio, se concebía al Estado como una entidad omnipotente, omnipresente en la vida económica, entidad que centralizaba el poder político de la sociedad. Pero, con el transcurrir del tiempo, se instaura una lucha silenciosa del individuo contra ese Estado absolutista y controlador, lucha que con el transcurrir de los siglos se fue extendiendo y convirtiéndose en un fenómeno social, con importantes episodios de violencia. Como resultado de esta pugna, el Estado ha ido retrocediendo y dando paso a una nueva configuración de su estructura hasta nuestros tiempos.

2. El Estado como organización social: desde Macchiavello hasta nuestros días

Para **Nicolás Maquiavelo**, la naturaleza egoísta de los hombres, genera la necesidad de una entidad fuerte que los gobierne para asegurar la seguridad y el bienestar de los pueblos. Solamente un **Estado con presencia imponente, fuerte y sólido es capaz de ordenar, gobernar y controlar a la sociedad con eficacia**. Atribuimos a este pensador político el uso de la concepción del Estado en su acepción moderna, como ordenamiento u organización política permanente, distinta y diferenciada de la sociedad civil y de los individuos pertenecientes a ella. Con Maquiavelo no sólo nace el Estado moderno, sino también el deslinde entre lo público y lo privado, y la supremacía de lo primero sobre lo segundo. Como sostiene Kelsen¹ el principio Maquiavélico consiste en que el Príncipe debe determinar su accionar mirando únicamente al interés del Estado, y el interés del Estado es lo que el Príncipe declara en cada momento, lo que estima es el interés estatal.

En palabras de Maquiavelo:

*“Procure un príncipe conservar el Estado, los medios que emplee serán siempre considerados honrosos y alabados por todos; porque el vulgo se deja siempre coger por las apariencias y por el acierto de la cosa, y en el mundo no hay sino vulgo; los pocos no tienen lugar en él, cuando la mayoría tiene donde apoyarse”.*²

Maquiavelo separa la política de la moral y fue el primer pensador político en enunciar todo aquello permitido y prohibido para un Jefe de Estado. Así pues, entendemos que el gobernante –encarnado en la figura del príncipe para Maquiavelo– tiene como objetivo primordial lograr la felicidad de sus súbditos, misión que no sería posible sin la existencia de un Estado fuerte y sólido que permita controlar a los súbditos ante cualquier situación.

Posteriormente, **Hobbes justifica esta idea de un Estado fuerte en la necesidad de protección del individuo**. Afirma que para la protección de la vida, los ciudadanos debemos entregarle todos nuestros derechos, incluso el derecho a la vida. Hobbes fundamenta la presencia de una organización social –Estado– en el hecho que previo a ello no existía orden y era la fuerza el mecanismo que dominaba las relaciones entre las personas (estado de naturaleza).

Este autor parte de la premisa que en determinado momento de la historia, los hombres se dieron cuenta que no podían vivir en una lucha constante, que ello no conducía a ninguna situación productiva. Es por ello que el surgimiento del Estado se da en base a un pacto o contrato social, donde son los ciudadanos quienes ven la necesidad de un tipo de gobierno que imponga un orden en la sociedad para una convivencia pacífica.

A Locke se le reconoce el asentar las bases filosóficas para entender que no es necesario ni conveniente entregarle todos nuestros derechos al Estado, ya que debe ser tarea de éste proteger nuestros derechos fundamentales (principalmente la vida, la libertad y la propiedad). Con Locke, podríamos sostener, comienza la pugna moderna entre lo público y lo privado.

Finalmente, Rousseau expone que el hombre en su estado de naturaleza no es un ser malo, sino que con el tiempo se da cuenta que debe unir fuerzas para vivir en sociedad. Consideramos que el principal aporte de Rousseau es dar paso

1 Ver Teoría General de Estado de H. Kelsen

2 MAQUIAVELO. El Príncipe. Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 8a. edición, 1998, p. 130.

al concepto de hombre civil: término que inspira lo que actualmente conocemos como sociedad civil.

En definitiva, las teorías esbozadas apuntan hacia la necesidad de la existencia de una entidad u organización fuerte y sólida para liderar la sociedad y proteger a los individuos. Sin embargo, como contrapartida a la “creación” de esta entidad, los individuos se percataron que debían desprenderse de facultades en favor de un ente supra individual para gobernarlos – surgiendo así un incipiente idea de democracia. La historia de la moderna concepción del Estado de derecho es el resultado de esa pugna entre el individuo y esa entidad creada por él mismo. Es fruto de una relación “*do ut des*” concebida en forma oral y plasmada luego en las constituciones del mundo.

En efecto, las modificaciones o enmiendas constitucionales, no pretenden otra cosa sino recoger los cambios que se van observando en la relación de lo público y lo privado en general y en **la estructura tradicional y concepción original del Estado que emana del contrato social**. Por ello, los principios fundamentales del contrato social –entendidos como Constitución Política– y las competencias del Estado como entidad que emana del mismo, deberían ser revisados al amparo del contexto de cada época y realidad. Alternativamente, dicha revisión puede hacerse a través de una diversidad de pactos especiales o locales, es decir, existen fórmulas alternativas a la constitución que pueden ser utilizadas. Estas nuevas formas se evidencian, por ejemplo, en la nueva relación entre el hombre y la ciudad.

En efecto, desde la aparición de las ciudades industriales del siglo XIX, se ha producido un fenómeno que los especialistas consideran una mega tendencia global³. Este fenómeno, caracterizado por el constante crecimiento de las ciudades, y el exponencial aumento de la población urbana⁴, ha generado nuevos modelos productivos y afectado seriamente lo que hoy se denomina como “brecha de la infraestructura” en el ámbito del transporte, salud, educación, comunicaciones, etc. Asimismo el urbanismo moderno, plantea serios retos al uso de los espacios territoriales y a la redefinición de lo rural.

Pero a su vez, las metrópolis exigen el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales y sociales, al tiempo que afectan seriamente la gobernabilidad:

“La gobernabilidad, la capacidad de gobernar, es uno de los componentes centrales en el análisis de los distintos niveles de gobierno y, en consecuencia, lo es para la comprensión del gobierno de las ciudades”⁵

3. El surgimiento de lo privado en la esfera de lo público

Desde la aparición de este concepto de Estado Moderno, resulta evidente la tendencia a reducir esa omnipresencia del Estado y permitir una mayor injerencia o colaboración de la ciudadanía. Ha sido uno sólo el resultado de dichos enfrentamientos filosóficos o ideológicos.

No estamos hablando sólo del ámbito económico, donde el liberalismo y el neoliberalismo (matizados por el péndulo Keynesiano) focalizaron su atención en el mercado, exigiendo la no intervención del Estado. Ni de su contrapartida, las políticas estatistas que buscaron captar para el Estado el monopolio del mercado. Estamos hablando de un proceso mucho más sutil que tiene que ver con una nueva demarcación de los límites entre lo público y lo privado. Estamos hablando de la necesidad de no ver esas esferas como una mera dicotomía (como en el Derecho Romano), sino en una yuxtaposición donde se vienen produciendo varios fenómenos distinguibles.

Unos que sin afectar la dicotomía entre lo público y lo privado, son iniciativas que provienen del sector privado como contribuciones a la problemática social; y otros que sí cuestionan esa dicotomía por originarse en un traspaso de responsabilidades que parte desde lo público a lo privado, y que han terminado perforando el concepto clásico de lo público o superponiendo áreas comunes como quien establece un nuevo límite a las fronteras tradicionales o crea territorios compartidos.

Entre estos fenómenos encontramos, por un lado, al movimiento de organizaciones no gubernamentales y a la responsabilidad social empresarial como modelos de complementariedad. Por el otro, a la participación ciudadana y las Asociaciones Público Privadas como modelos de cogestión. Mención aparte merece el movimiento de los derechos humanos o derechos fundamentales. Veamos brevemente estos fenómenos.

En el Estado Moderno, el ciudadano comienza a participar y a involucrarse de manera incipiente en

3 Según el Informe anual 2014 de PWC, entre las principales cinco tendencias que impactaran al mundo en el futuro, encontramos el cambio demográfico y la urbanización acelerada.

4 Según estudios del BID, más del 80% de la población en América Latina vive en ciudades.

5 Ziccardi Alicia, Las Ciudades y la Cuestión Social (2009), p.81

actividades que se encontraban esencialmente a cargo del Estado a partir de finales del siglo XIX. Así pues, un claro ejemplo de ello es el surgimiento del Comité Internacional de la Cruz Roja en 1863⁶, y toda la secuela que hoy conocemos como Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) que ponen en evidencia vacíos en ámbito de lo público y que comprueban que **siempre ha sido necesaria** una suerte de “ayuda extra” o **la intervención de los privados** en situaciones de gran importancia y relevancia para la comunidad. El **Estado** –como entidad que concentra el poder en la sociedad– **no se da abasto para cubrir todas las necesidades esenciales de los particulares**. Es así que este ente no es capaz de gobernar todo aspecto de la vida en sociedad y se acepta internacionalmente la concurrencia o ayuda prestada por los privados para fortalecer las funciones estatales.

La responsabilidad social se enmarca en una línea similar o paralela a la de las ONGs, El reconocimiento de intereses en la empresa que van más allá de sus accionistas y trabajadores, al incluir a las comunidades vecinas o a su zona de influencia, termina siendo también una ayuda extra que recibe el Estado en su tarea de llevar bienestar a todos los individuos. Al igual que las ONGs, esta “ayuda extra” llega sin perforar la clásica distinción de lo público y lo privado.

La **participación ciudadana, en cambio, sí** puede ser entendida como:

*“...Un proceso gradual mediante el cual **se integra al ciudadano** en forma individual o participando en forma colectiva, **en la toma de decisiones**, la fiscalización, control y ejecución de las acciones **en los asuntos públicos y privados**, que lo afectan en lo político, económico, social y ambiental para permitirle su pleno desarrollo como ser humano y el de la comunidad en que se desenvuelve.”⁷ (énfasis agregado).*

Como podemos apreciar, con mayor notoriedad, la actuación de los privados en actividades reservadas inicialmente a la esfera pública ha ido cobrando fuerza, hasta el punto que la línea divisoria entre ambos se vuelve difusa.

En buena cuenta, la concurrencia del privado en actividades que esencialmente deben ser brindadas por el Estado, permite al Estado y concurre con el mismo en diversos aspectos de la vida diaria. la concurrencia o ayuda prestada por los privados último menc la organización de la Sociedad Civil –o **sociedad civil organizada**–

como **nuevo protagonista que pone límites a la actuación del Estado y concurre con el mismo en diversos aspectos de la gobernabilidad y la esfera de lo público**.

Expuesto ello, estamos en la capacidad de afirmar que el **Estado va retrocediendo en sus competencias y actuaciones**, motivo por el cual poco a poco se reinventa el concepto de Estado tradicional que ha sido explicado líneas arriba. Lo privado, a través de las ONGs primero y de la Participación Ciudadana después, va reclamando protagonismo y poder frente a los gobernantes tradicionales, siendo que con el paso del tiempo se van imponiendo mecanismos de consulta popular y de diálogo para decisiones que originalmente eran potestad exclusiva del “Príncipe”. Esto ya supone una **revolución dentro del sistema de gobierno o modo de gobernar**.

Hasta el momento nos hemos referido a la sociedad civil organizada como un sector que se contrapone al poder y la autoridad absoluta que emana del Estado, pero aún no hemos hecho un deslinde entre lo público y lo privado como una realidad perforada, con invasiones y espacios liberados que es la nueva tónica que parece imperar en nuestros días.

Con el uso de las APP como mecanismo de promoción de la inversión privada, el inversionista privado/empresario/socio entra a trabajar en proyectos de gran envergadura que estarían tradicionalmente reservados a la Administración Pública como consecuencia de brindar los servicios básicos que exige un Estado de bienestar.

Como podemos apreciar, **el ámbito de actuación de la actividad estatal de carácter prestacional retrocede ante la evidente fuerza del sector privado y su capacidad para la provisión/diseño/financiamiento/construcción/operación/mantenimiento de infraestructura pública y/o servicios públicos**. En pocas palabras, esta vez los mensajes vienen del mercado que hasta la fecha acredita al inversionista privado como el más apto para realizar las funciones u obras que esencialmente las debe hacer el Estado pero no puede por diferentes motivos.

4. El desborde de lo privado y el quiebre del principio de autoridad

Según algunos analistas de la situación política, el Perú empieza a ser visto como un Estado fallido en el tema minero⁸. En realidad, la gobernabilidad

6 El Comité Internacional de la Cruz Roja surge como iniciativa de Henry Dunant, junto con un grupo de ciudadanos suizos con la finalidad de prestar ayuda a los heridos de guerra en un inicio y luego esta ayuda se extiende a toda situación y no solamente en época de guerra. http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=638,12290168&_dad=portal30&_schema=PORTAL30

7 González Ballar, Rafael en: Consolidación de la participación ciudadana en Honduras, en: <http://rds.org.hn/participacion-ciudadana/>

8 Ver (De Althaus, Jaime, El comercio p. A-6)

del Estado es cuestionada en muchos otros temas como el de la seguridad ciudadana, la planificación de las ciudades, la lucha contra el narcotráfico y la corrupción, el caos del transporte público, entre otros que son vistos periódicamente como fracasos de la política estatal. Debemos aclarar que el concepto de estado fallido en términos periodísticos tiene relación con la poca o nula efectividad de garantizar los servicios básicos, mientras que en términos jurídicos tiene que ver con la pérdida del monopolio en el uso de la fuerza.

Para poder entender el fenómeno que ocurre en nuestros días respecto al protagonismo y auge de la sociedad civil organizada, es menester acercarnos al **principio de autoridad** y al quiebre del mismo.

Podemos definir a este principio como **aqué elemento arraigado en todo ordenamiento jurídico mediante el cual** –a través del uso de la fuerza u otros medios de control sobre la sociedad– **se establece como criterio general la obediencia al gobernante de turno dentro de las reglas propias del Estado de derecho**, teniendo como justificación que es el gobernante quien actúa en todos los casos –o debería hacerlo– en aras del interés público que lo legitima.

En base al principio de autoridad, la sociedad –ya sea porque cree firmemente en lo que el gobernante propone, por respeto al Estado de Derecho, por convicciones políticas o democráticas o simplemente por miedo– obedece a toda “orden” que emana del poder sin cuestionamiento alguno. Antes, se creía en un Estado todopoderoso y dueño de la verdad, el cual se impone en la sociedad a través del uso de la fuerza en caso de desobediencia o desacato a las órdenes que emanan del poder.

Hasta mediados del siglo XX, el principio de autoridad era indiscutido y se encontraba en su máximo apogeo, puesto que no había sido cuestionado por la sociedad civil y otros actores. Sin embargo, en los países latinoamericanos, con el impresionante crecimiento de las ciudades y la pugna de los modelos económicos, como el rural y el minero en el caso del Perú, podemos situar emblemáticamente al **quiebre del principio de autoridad con el surgimiento de los conflictos sociales que tienen entre sus mayores exponentes el caso Conga y más recientemente el de Tía María**.

Con las protestas desatadas a raíz de la oposición a los Proyectos Mineros, evidenciamos que el Estado va perdiendo fuerza y autoridad frente a los

privados, quienes reclaman una rápida solución a un conflicto social de gran envergadura como el ya explicado. Cabe notar que el privado (o la sociedad) ya no se muestra sumisa y obediente ante la fuerza y poder utilizado por el Estado para repeler o controlar a la sociedad. Es la clara manifestación que el Estado ya no se respeta porque sí y sin más cuestionamiento, sino que ahora el Estado debe justificar y cuidar su actuar.

5. El diálogo: de mecanismo de solución de controversias a mecanismo de cogobierno

Para poder entender el auge del diálogo actualmente, debemos comprender que la realidad social es compleja e interdependiente; siendo que el contacto humano genera conflicto y surge el diálogo como mecanismo de solución de conflictos o controversias. Ante el conflicto, la crisis y la violencia, lo que debemos rechazar ante toda circunstancia es la violencia, pero no el conflicto; porque de todo conflicto siempre surge una experiencia positiva enfatizando el diálogo. El conflicto debe ser visto como una oportunidad que conlleve a la producción de una transformación de una realidad cuestionada a través del uso del diálogo.

Según Lederach:

*“Un conflicto surge cuando dos o más actores en una relación de **interdependencia** no están de acuerdo sobre la distribución de recursos **materiales o simbólicos** y **actúan** basándose en estas incompatibilidades **percibidas**”⁹*

Como hemos podido apreciar, hasta el momento, entendíamos que el diálogo era utilizado exclusivamente como mecanismo alternativo de solución de controversias o conflictos, un mecanismo oculto tras la negociación o la conciliación, pero no habíamos advertido que el **diálogo tiene un importante alcance social y en nuestros días es el principal componente para el cogobierno entre las autoridades y la sociedad civil**.

Sobre el particular, en los casos de los proyectos de inversión, el diálogo necesita utilizarse en el cogobierno, como una pieza clave para que dichos proyectos se lleven a cabo en medio de un país con alta incidencia de crisis o conflictividad social. Esto se evidencia de manera indubitable cuando ante un conflicto social, la población toma y cierra las carreteras obligando a los gobernantes a sentarse a dialogar con ellos para llegar a una solución viable y aceptada por ambas partes.

9 Lederach, J. P. 1996. Preparing for Peace. Conflict Transformation Across Cultures. Syracuse University Press.

En definitiva, **el diálogo es sin duda usado como un método de resolver conflictos sociales**, que dista mucho de su acepción en esta relación con el Estado; ente s dar paso al concepto de hombre civil - ter da cuenta que debe unir fuerzas bre su imparción en el arbitraje. Por ende, la sociedad civil organizada comienza a tener una presencia cada vez más activa en esta relación con el Estado; cumpliendo diferentes roles y evidenciando distintas capacidades de actuación.

6. Los derechos humanos y la recuperación de los espacios perdidos

Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario han sido sin duda el verdadero motor de la perforación del ámbito público por el sector privado, en especial desde la creación de cortes e instancias supranacionales y el sometimiento de los Estados a sus decisiones.

La doctrina de los derechos humanos tiene origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 luego de la Revolución Francesa. Con el auge de esta doctrina y la evolución de los derechos humanos –así como su globalización– los ciudadanos asumen y comprenden que no se debe entregar todos sus derechos o facultades a disposición del gobernante de turno o el Estado como tal, sino que existen determinados derechos que deben y pueden reservarse para exigir el respeto de los mismos.

Y mientras todo esto ocurre, los derechos humanos y los fallos de las Cortes Internacionales de justicia, van cambiando poco a poco “el Contrato social original”. Desde el ámbito más íntimo del ser humano, va surgiendo una voz que protesta contra los Estados, exigiendo cada vez más derechos y recuperando mayores espacios perdidos.

Un claro ejemplo de lo expuesto son los nuevos derechos fundamentales que se le van reconociendo a las personas por el sólo hecho de vivir en una ciudad. Por un lado, derechos de primera generación como el derecho al libre tránsito y a la no detención, va evolucionando para dar forma a un derecho nuevo como el derecho a la movilidad urbana, que exige la necesidad de una infraestructura que permita a los individuos transportarse en una ciudad, para poder abastecerse de alimentos, ir a su centro educativo, trasladarse a su centro laboral o ir a un hospital entre otros.

Aterrizando todo lo esbozado hasta el momento en la actualidad, el ejemplo por excelencia de la asunción de roles del privado en la esfera de lo

público son las APP, tema que será abordado en un acápite posterior.

7. El auge de la colaboración público privada

El presente siglo parece estar marcado por un cambio sustancial en las relaciones de poder. El fantasma de los estados fallidos perseguirá a los gobernantes, especialmente de América. Su ineficiencia para el manejo de las ciudades determinará que las relaciones Estado-Ciudadano cambien, en algunos casos para bien y en otros para mal.

El auge del nuevo espacio para la colaboración público–privada tiene como factor promotor las necesidades de infraestructura y la creciente brecha motivada por las llamadas megatendencias mundiales¹⁰. Como vimos, sólo en el caso de las ciudades latinoamericanas, se estima hoy que habitan en ciudades más del 80% de la población. En el caso del Perú, casi un tercio de los peruanos viven en la ciudad Lima, a un ritmo de crecimiento causado por la mayor dinámica poblacional urbana.

Pero este crecimiento no ha sido un crecimiento equitativo. Los contrastes territoriales, elevados índices de pobreza, desigualdad social e injusticia, se agregaron la proliferación de la delincuencia y el narcotráfico, generando fuertes sensaciones de inseguridad y vulnerabilidad en sus habitantes.

En nuestras frágiles democracias, la estabilidad política se ve además seriamente afectada por la corrupción que existe en todos los niveles de gobierno. Como lo reconoce el Banco Mundial (1991), la corrupción aunada a la ineficacia de las burocracias son verdaderos obstáculos para la promoción del desarrollo económico y social.

Ante esta realidad, el sector público se muestra inoperante y termina por convocar al sector privado, pero ya no para que le brinde la “ayuda extra” que tanto necesita, sino para que asuma un rol central en la gobernabilidad.

8. Las APP: El nuevo rol del empresario en el cogobierno

En todo este marco, las APP han abierto un nuevo camino de colaboración público privada. No porque reedite las viejas pugnas entre las corrientes liberales y estatistas por el mercado, sino porque por primera vez el mercado se abre o se expande para incluir a los servicios públicos, con toda la logística e infraestructura que ello

10 Ver el Estudio sobre Mega-tendencias Globales (2013) de PWC

supone, espacio que siempre fue sin discusión, competencia de lo público.

No sólo eso; el “achicamiento” del Estado por el éxito de las Asociaciones Público Privadas comienza a disputar zonas del llamado “núcleo duro del Estado”, en donde sin duda se acentuará el debate sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

No hay que olvidar que el régimen económico de la Constitución, recoge por un lado a la iniciativa privada, proclamando el principio de libertad que la sustenta y, por el otro, a la iniciativa pública, restringiéndola por la exigencia de ley expresa, de acuerdo a los siguientes artículos:

Artículo 58°.- *La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.*

Artículo 59°.- *El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. 15*

Artículo 60°.- *El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.*

Por su lado, la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas¹¹ señala en sus considerando:

“Que, resulta indispensable contar con un marco legal que regule la participación del sector privado en la operación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, con el fin de determinar los principios y procedimientos aplicables a dicha participación mediante la

modalidad de Asociación Público Privada, con la finalidad de viabilizar su implementación, generar empleo productivo y mejorar la competitividad del país.”

Por definición legal, las Asociaciones Público Privadas – APP, son 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, proveer servicios públicos y/o prestar los servicios vinculados a éstos que requiera brindar el Estado.

Los riesgos “preferentemente privados” son atribuidos contractualmente aplicando el principio de “Asignación adecuada” que conforme al Artículo 5 de la referida Ley Marco significa 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”.

Resulta claro entonces que si los riesgos deben ser preferentemente privados, hay que dotar al privado de las facultades necesarias para **administrarlos** con la mayor capacidad y al menor costo posible. Estas facultades de cogobierno en la operación de infraestructuras y servicios públicos, suelen establecerse en los contratos que permite la ley, entre los que destaca nitidamente el contrato de concesión.

9. Conclusión

Entre lo público y lo privado viene surgiendo con lo social el empoderamiento de lo individual. La cuestión social afecta tanto el Sistema Político como el Estado de Derecho, rompiendo en este último caso no sólo las esferas atribuidas a lo público y lo privado, sino también la tradicional dicotomía entre el Derecho Público y el Privado. Un nuevo Estado de Derecho con nuevas fronteras, nuevas formas de integrar e interpretar las normas y sobre todo un nuevo rol para el inversionista y empresario privado en el cogobierno de infraestructuras y servicios públicos son elementos esenciales para entender las Asociaciones Público Privadas y su futuro. ☒

11 Decreto Legislativo No 1012 y su modificación dispuesta por la Ley N° 30167.