INVERTIR EN INFRAESTRUCTURAS EN BRASIL: LAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

Javier Valle Zayas Abogado (*)

1. Introducción

A menudo, la Administración Pública no tiene los recursos financieros ni la capacidad técnica para construir, operar o mantener proyectos de infraestructura o de servicios sociales, mucho menos en un entorno que proscribe el déficit público y prohíbe la asunción de gastos con cargo a presupuestos públicos a medio o largo plazo. Brasil no es ajeno a los problemas y tendencias apuntados: es una realidad indudable que Brasil necesita realizar inversiones importantes en infraestructuras y en servicios sociales si quiere entrar definitivamente en la senda del crecimiento económico sostenible. Hay mucho por hacer en materia de redes de comunicaciones (carreteras y ferrocarriles), de puertos, saneamiento, infraestructura hidráulica o energía, por citar sólo las áreas más relevantes; los fondos disponibles son escasos y la capacidad de endeudamiento futura está fuertemente limitada por una rigurosa Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementar 101, de 4 de mayo de 2000, sobre la que se dará una pincelada en el apartado 6.2 siguiente). En particular, las necesidades de infraestructura y servicios sociales, dentro de las competencias de la Unión, son las que se relacionan en el Plan Plurianual de Inversiones 2004 -2007 (PPA 2004-2007) elaborado por el gobierno federal¹.

Dentro de este contexto de escasez de recursos y restricciones normativas, el PPA 2004 - 2007 contiene una novedad importante: prevé la posibilidad de abrir a la iniciativa y la participación privadas un número importante de los proyectos enumerados en el propio documento. En particular, el Ministro de Planeamiento, Guido Mantega, estima abrir a la iniciativa privada proyectos por valor de 3.000 millones de Euros en el citado período. Y a los proyectos federales habrá que añadir los proyectos de infraestructuras que sean competencia de los diferentes Estados y, en este apartado, merece mención especial el Estado de São Paulo, para el que su Secretaría de Planeamiento prevé necesidades de inversión privada de aproximadamente 2.000 millones de Euros para el mismo período 2004 - 2007.

Constituye una novedad la forma en que los gobiernos federal y estaduales quieren dar entrada en los proyectos de infraestructuras a la iniciativa privada: mediante el empleo de las denominadas parcerias público-privadas («PPPs»), más conocidas por su denominación en inglés, public-private partnerships. Las iniciativas legislativas se suceden tanto en el plano federal como en el plano estadual. Así, cuentan ya con leyes propias en la materia los Estados de São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina y Goiás, en tanto que se encuentra en avanzado estado de discusión parlamentaria el proyecto de ley federal

Destacado en la Oficina de Uría & Menéndez en Sao Paulo.

Disponible en: http://www.sigplan.gov.br/arquivos/portalppa/26_(listagerallivrovermelho).PDF

(el «Proyecto de Ley Federal») y proyectos estaduales correspondientes a algunos de los Estados mas desarrollados, como Río Grande do Sul. También ha aprobado ya su propia ley de PPPs algún ayuntamiento, como el de Recife.

Algunos datos ayudarán a comprender la importancia de las leyes estaduales y, con ello, los motivos que han llevado a escribir el presente artículo aún antes de la inminente aprobación de la ley federal. Brasil está dividido 5 regiones, dos de las cuales, la región Sur y la región Sudeste, concentran el 76% de la renta del país. Pertenecen a las mencionadas regiones, entre otros, los estados de São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina (los tres con leyes de PPPs en vigor) y Rio Grande do Sul (con un proyecto de ley muy avanzado). Entre los Estados citados, São Paulo merece capítulo aparte: se trata del mayor centro económico y el principal foco de desarrollo de América Latina. Con una población casi igual a la de España (unos 37 millones de habitantes, de los cuales aproximadamente 20 millones se concentran en la región metropolitana o Grande São Paulo), el Estado genera el 35% del PIB brasileño (es decir, 175.000 millones de dólares aproximadamente en 2003) y concentra el 30% de la inversión privada total realizada en el país. A la luz de estos datos, la ley de PPPs del Estado de São Paulo (Ley 11.688, de 19 de mayo de 2004, que establece el Programa de Parcerias público-privadas PPP y toma otras medidas, la «Ley del Estado de São Paulo») cobra especial interés, aún más si se tiene en cuenta que el Gobierno del Estado de São Paulo ya ha puesto en marcha los procedimientos para la adjudicación de los primeros proyectos en PPP, sin esperar a la aprobación de la ley federal². Dicha ley (cuya ausencia no limita las facultades de los Estados para licitar sus primeros proyectos) deberá traer modificaciones en algunas leyes tendentes a hacer las PPPs más atractivas para los inversores privados.

2. Derecho comparado

La experiencia brasileña cuenta con numerosos precedentes comparados tanto en Europa como en América. Por su proximidad cultural y por su desarrollo, merecen una breve mención los modelos inglés, portugués y francés. Se verá que, siempre, el elemento definidor, la característica fundamental de las PPPs es la distribución de riesgos y de tareas entre el sector público y el privado.

2.1. Asociaciones Público-Privadas en el Reino Unido

A pesar de que el programa de privatización británico se inició en 1979, hasta la década de los 90 el concepto de «asociación» entre los sectores público y privado no tuvo mucho reconocimiento. Las primeras experiencias de colaboración pública-privada consistieron en privatizaciones, delegación de la gestión de proyectos del sector público en entidades privadas y la financiación de proyectos estatales por el sector privado. Con posterioridad, se empezaron a desarrollar asociaciones más estrechas entre los sectores público y privado hasta que los entes privados pasaron a prestar los servicios públicos por su cuenta y riesgo. Esa última forma de asociación dio origen a los institutos de la «Iniciativa de Financiación Privada» (o Private Finance Iniciative - PFI), que actúa en el ámbito nacional, y de las asociaciones público-privadas (o Public Private Partnerships -PPP), que se desarrollan en los niveles regionales.

Estas asociaciones han sido definidas como proyectos cuyos recursos son aportados en parte por la Administración y en parte por una o más entidades privadas, cuyo objeto es en todo o en parte auxiliar a un organismo público en el desempeño de sus funciones.

Dichas asociaciones presentan formas diferenciadas según el sector a que se refieren (salud, transportes, seguridad de las prisiones, etc.), pero todas tienen como características comunes la flexibilidad de la estructura y la dinámica de los contratos que les dan soporte.

La regulación de la PFI y de las PPP dejó de ser meramente legal y, desde 1999, fue complementada por regulación contractual marcada por las reglas sobre estandarización de los contratos (Standardisation of PFI Contracts o SoPC) elaborados por las agencias reguladoras con competencias en la materia, principalmente la OGC (Office of Government Commerce) y la PUK (Partnerships UK), sociedad de economía mixta.

También se han iniciado los trámites para la adjudicación de 5 proyectos en PPP en el Estado de Minas Gerais.

El documento SoPC establece un conjunto de reglas generales y suministra modelos de cláusulas de contratos.

Las principales disposiciones del SoPC son las siguientes:

- (i) La responsabilidad y el riesgo por la construcción, instalación, mantenimiento y operación de la obra o servicio es exclusiva del contratado. El nivel de riesgo asumido por la entidad privada dependerá en gran medida de la forma en que se generen los ingresos del proyecto;
- (ii) El contrato podrá prever penalidades o premios, en caso de demoras o entregas antes del plazo estipulado; y
- (iii) Se recomiendan los medios alternativos de solución de controversias y el arbitraje para la solución de controversias entre las partes.

Los datos ponen de manifiesto la importancia y el éxito de los programas de PPPs en Inglaterra: en el período 1990-2003, se financiaron proyectos PFI por valor de 35.000 millones de Euros, a una media de 80 proyectos al año, principalmente en los sectores de transporte, salud y defensa.

2.2. Asociaciones Público-Privadas en Portugal

En Portugal, las asociaciones público-privadas tuvieron reflejo normativo por primera vez en agosto de 2002, por medio del Decreto-Ley número 185, que estableció principios y reglas para la constitución de asociaciones público-privadas en el área de salud; la norma de carácter general llegó en abril de 2003 por medio del Decreto-Ley número 86, de 26 de abril —«DL 86».

El DL 86 define las asociaciones público-privadas como el contrato o la unión de contratos a través de los cuales entidades privadas se obligan, de manera duradera, frente a una entidad pública, a garantizar el desarrollo de una actividad tendente a la satisfacción de una necesidad colectiva, y en el ámbito de los cuales la financiación y la responsabilidad por la inversión y por la explotación incumben, total o parcialmente, a la entidad privada. El DL 86 expresamente preceptúa que no constituyen asociaciones público-privadas los contratos de suministro de bienes o de prestación de servicios con plazo igual o inferior a 3 años que no establezcan la asunción

automática de obligaciones por la entidad pública durante el plazo o después del término del mismo.

Con relación a la asunción de los riesgos inherentes a la contratación, el DL 86 establece que el reparto de riesgos entre las entidades pública y privada debe estar claramente identificado en el contrato y, además, debe obedecer a los siguientes principios: (i) significativa y efectiva transferencia de riesgo para el sector privado; y (ii) el riesgo de inviabilidad financiera de la asociación, por razón no imputable a incumplimiento o alteración unilateral del contrato por la entidad pública, o a situación de fuerza mayor, debe ser, hasta donde sea posible, transferido a la entidad privada.

El resultado del programa de PPPs en Portugal es también notable, sobre todo en el ámbito de las autovías: el importe dedicado a la construcción de nuevas autovías asciende a casi 4.000 millones de Euros; la inversión se realizó esencialmente en la modalidad de peaje en sombra (shadow toll).

2.3. Asociaciones Público-Privadas en Francia (Partenariat Public-Privé)

La introducción legal de las asociaciones como contratos «*sui generis*» en el ordenamiento francés se realizó por medio de la Ley número 704 de 12 de julio de 1985 (*Loi MOP*) y su correspondiente reglamento, promulgado por Decreto número 1268 de 29 de noviembre de 1993.

Años más tarde, con inspiración en los modelos del Reino Unido, de los Países Bajos y de Portugal, el Parlamento publicó la Ley 591 de 2 de julio de 2003, que transformó los contratos de asociación en verdaderos contratos de cooperación público-privadas (contrats de coopération public-privé - CCPP).

La idea en la que se basan dichas normas es la de que las infraestructuras y la mejora de los servicios locales de una comunidad son de responsabilidad de ésta y no sólo del Gobierno central. Partiendo de esta premisa, la propia comunidad tiene derecho a elegir entre una gestión directa (en régie) o una gestión delegada, confiando los servicios a la explotación privada bajo el control de los órganos reguladores de cada sector. El órgano que regula este proceso de delegación de funciones públicas es el Instituto de la Gestión Delegada (Institut de la gestion déléguée - IGD), con competencia para interme-

diar, informar y proponer modificaciones en los instrumentos reguladores de las asociaciones público-privadas. Los sectores a los que aplica el esquema descrito son: infraestructura (reutilización y rehabilitación de obras de construcción), turismo, cultura, justicia, defensa y policía, tecnologías de información, comunicación, servicios y otros.

La principal nota característica de la Ley de 2003 ha sido la autorización para la creación de nuevos tipos contractuales para el desarrollo de los proyectos. Así, se creó una modalidad de contrato llamada *marché complexe à financement privé* que permite al contratado financiar el proyecto y la obra al mismo tiempo que desarrolla su concepción, realización y gestión; igualmente, se prevé la regulación de nuevos contratos a medio camino entre la concesión y el *marché public* aplicables a las obras de infraestructura y servicios, especificando los riesgos soportados por la entidad privada que quiera ser parte de ellos. No obstante, aún no se han dictado las reglas que deban regir tales modalidades nuevas de contratación: lo serán cuando se promulgue el Reglamento de la Ley de 2003.

Los proyectos que se han beneficiado de los programas de *partenariat public-privé* han sido básicamente proyectos de transporte urbano, autopistas, ferrocarriles (destaca especialmente la construcción de los 4.700 Km. de TGV), agua y electricidad.

3. CONCEPTO DE PPPS

Conforme al artículo 1 de la Ley del Estado de São Paulo, ésta tiene por objeto establecer «[...] el Programa de Parcerias público-privadas destinado a fomentar, coordinar, regular y verificar las actividades de los agentes del sector privado que, en calidad de colaboradores, actúen en la ejecución de las políticas públicas dirigidas al desarrollo del Estado y al bienestar colectivo [...]». En términos similares se pronuncia el artículo 1 de la Ley de Minas Gerais. Esta misma ley intenta dar una definición de las PPPs, como sigue: «[...] las parcerias público-privadas de que trata esta ley constituyen contratos de colaboración entre el Estado y el particular por medio de los cuales, en los términos establecidos en cada caso, el ente privado participa de la implantación y del

desarrollo de la obra, servicio o empresa pública, así como de la explotación y de la gestión de las actividades que se deriven de los mismos, debiendo los particulares contribuir con medios financieros, materiales y humanos y siendo remunerados según su desempeño en la ejecución de las actividades contratadas [...]».

Dentro del amplio abanico de posibilidades que ofrece la construcción, gestión y explotación de bienes de titularidad o de servicio público (desde la gestión directa hasta la privatización), las PPPs serían un género situado en un punto intermedio, pero un género amplio y difuso, que puede estar formado por diversas especies, tales como la concesión administrativa.

De hecho, todos los intentos doctrinales de dar con una definición precisa de lo que sea una PPP han acabado por reconocer ese carácter difuso ³, puesto de manifiesto en el texto positivo tanto de las normas estaduales como del proyecto federal; todos ellos, con palabras más o menos iguales, establecen que el contrato de PPP puede consistir en un contrato de concesión de obra y/o servicio público, una autorización administrativa, una subconcesión o en «otros contratos o instrumentos administrativos» (artículo 11 de la Ley de Minas Gerais y 8 de la Ley del Estado de São Paulo).

¿Cuál es, entonces, la particularidad de las parcerias público-privadas que les pueda conferir sustantividad propia, distinta de las meras concesiones o autorizaciones administrativas? ¿Por qué sería preciso crear una nueva categoría jurídica que reúna figuras ya conocidas y usadas en el tráfico junto a «otros contratos y figuras administrativos»? Conviene adentrarse un poco en el objeto de las PPPs para poder dar respuestas a estas preguntas.

4. EL OBJETO DE LAS PPPS

4.1. El objeto

Pueden ser objeto de las parcerias público-privadas:

(i) La ejecución de obras públicas, bien sea para la Administración actuante, bien sea para su enajenación o arrendamiento a la misma;

³ La literatura que se ha ocupado de la materia señala los problemas que presenta la definición de una PPP; cabe citar, por todos, el documento de trabajo de S. Harris, *Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services* (pág. 4), elaborado para el Departamento de Desarrollo Sostenible del Banco Interamericano de Desarrollo, disponible en: http://www.iadb.org/sds/conferences/infrastructure/conferencia_lima-publicaciones_E.htm.

- (ii) La prestación de servicios públicos;
- (iii) La explotación de bienes públicos; o
- (iv) La explotación de derechos de naturaleza inmaterial de titularidad de la Administración actuante, tales como patentes, marcas, bases de datos, métodos y técnicas de gestión, preservando la privacidad de las informaciones confidenciales.

Como se ve, la denominación PPP sirve para dar cobijo a un número significativo de fenómenos de cooperación público-privada o, en otras palabras, fenómenos de realización y explotación privadas de infraestructuras públicas, y en eso Brasil no difiere de los países que le precedieron.

Por otro lado, las *parcerias*, en su aspecto institucional, pueden adoptar la forma de consorcio o, y es ésta una novedad importante, de sociedad de propósito específico ⁴.

4.2. Los sectores y los tipos de proyectos

Conviene detenerse ahora, antes de repasar las características del contrato de *parceria*, en los proyectos susceptibles de ser ejecutados bajo esta modalidad de cooperación.

Los proyectos susceptibles de ser construidos o explotados en régimen de parceria público-privada, según el PPA 2004-2007, son los siguientes: carreteras, puertos, ferrocarriles, proyectos de generación y transmisión eléctricas, construcción de gaseoductos, saneamiento ambiental urbano y tratamiento de residuos sólidos urbanos. De su lado, la Ley 11.782 del Estado de São Paulo, de 22 de julio, sobre las directrices presupuestarias para el ejercicio 2005, en su artículo 27, enumera los proyectos específicos que podrán ser objeto de realización a través de parcerias público-privadas, resultando las siguientes categorías: carreteras, centros logísticos, puertos, infraestructura y modernización de sistemas de gobierno electrónico, líneas de metro y de tren, sistema penitenciario, núcleos residenciales y asistencia a municipios en materia de recursos hídricos, saneamiento y energía. En Minas Gerais, en fin, serán susceptibles de PPP aquellos proyectos que se encuentren contemplados en el Plan Minero de Desarrollo Integrado o en el Plan Plurianual de Acción Gubernamental. En resumen, habrá que acudir, dentro del ámbito de aplicación de cada una de las leyes, a los instrumentos públicos de planificación para poder determinar qué proyectos son susceptibles de PPP.

De los tipos de proyectos enumerados, algunos deben ejecutarse necesariamente en forma de concesión administrativa, según el artículo 1 de la Ley 9.074, de 7 de julio de 1995, que establece normas para la adjudicación y prórroga de concesiones y autorizaciones de servicios públicos. Entre tales proyectos, cabe citar las vías federales y la explotación de obras o servicios de contención, exclusas, diques e irrigación.

4.3. Criterios para la inclusión

Las directrices que deben seguirse para la inclusión de proyectos en el programa de PPPs son las siguientes⁵:

- (i) Eficiencia en el cumplimiento de las misiones de la Administración actuante y en el empleo de los recursos de la sociedad;
- (ii) Respeto a los intereses y derechos de los destinatarios de los servicios y de los entes privados a quienes incumba su ejecución;
- (iii) Indelegabilidad de las funciones de regulación, jurisdiccional y de ejercicio del poder de policía;
- (iv) Responsabilidad fiscal en la celebración y ejecución de las parcerias;
- (v) Transparencia en el procedimiento y en las decisiones;
- (vi) Reparto de los riesgos de acuerdo con la capacidad de los partícipes para gestionarlos; y
- (vii) Sustentabilidad financiera y ventajas socioeconómicas del proyecto en *parceria*.

De entre las citadas directrices, cobra especial relevancia el reparto de riesgos pues, como demuestran los precedentes comparados y ya han señalado tanto la doctrina internacional como los escasos autores que se ha ocupado de la materia en

⁴ La Ley del Estado de São Paulo matiza, sin embargo, que la constitución de sociedades de propósito específico se podrá autorizar sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del contratado.

⁵ Art. 2.º del Proyecto de Ley Federal, seguido con pequeñas variaciones por todas las leyes estaduales promulgadas hasta la fecha.

Brasil, debería ser éste el auténtico elemento característico de las PPPs 6. De hecho, la PPP se encuentra en un punto intermedio precisamente por la flexibilidad que ofrece para distribuir los riesgos. Frente a esquemas en que la totalidad o la mayoría de los riesgos permanecen en la Administración (contrato de obra pública) y frente a los esquemas inversos, en que la totalidad o la mayoría de los riesgos son traspasados al sector privado (privatizaciones, project finance, concesiones administrativas), cada PPP debe buscar el nivel óptimo de distribución de riesgos que, por supuesto, no debe ser el mismo ni para cada sector ni, dentro de cada sector, para cada proyecto. De ahí que parezca tan acertada la sencilla redacción del Proyecto de Ley Federal. La PPP no muda la naturaleza jurídica de los instrumentos ya existentes (concesión o autorización por lo general), pero les añadirá alguna característica peculiar tendente, precisamente, a repartir los riesgos del proyecto en función de las características del proyecto y las capacidades de los partícipes. Así, mientras en un proyecto típico de concesión administrativa, el concesionario asumirá prácticamente todos los riesgos (y, particularmente, el riesgo de demanda o riesgo comprador), en un proyecto PPP algunos de los riesgos (incluido el riesgo comprador) serán asumidos, total o parcialmente, por la Administración actuante (en el caso del riesgo comprador, mediante la complementación de la remuneración tarifaria o, en su caso, la asunción de la totalidad de la remuneración del contratado). Así, el ámbito natural de las PPPs serán aquellas obras o servicios públicos que no sean capaces de generar per se recursos suficientes para garantizar un adecuado retorno a la inversión del empresario privado.

También resulta particularmente importante el criterio de responsabilidad fiscal, sobre el que se volverá más adelante (*véase infra apartado* 6.2).

Para que un determinado proyecto sea susceptible de inclusión en un programa de PPP, deberá ser analizado, a la luz de los anteriores criterios, por un

organismo autónomo con competencia en la materia (similar al Partnerships UK existente en el Reino Unido). En São Paulo y en Minas Gerais se han creado a tal efecto dos órganos con idéntico nombre, Consejo Gestor de Parcerias Público-Privadas, vinculados ambos al Gabinete del Gobernador del Estado.

5. El contrato de parceria

5.1. Naturaleza. Normas de contratación pública

El contrato de parceria tiene una triple fuente normativa: la ley federal, la ley estadual que corresponda y la normativa administrativa sobre concesiones, autorizaciones y contratos públicos. Es contrato administrativo al que aplicarán, por tanto, las facultades exorbitantes que reconoce la legislación brasileña a la Administración. Sobre las relaciones entre ley estadual y ley federal se volverá más adelante (véase infra apartado 8).

El contrato de parceria se licitará y adjudicará según las leyes propias del instituto que se elija para el desarrollo del proyecto; esto es, normalmente serán de aplicación la Ley 8.987, de 13 de febrero de 1995, de Concesiones, si la forma elegida para el desarrollo del proyecto es la concesión administrativa, o la Ley 8.666, de 21 de junio de 1995, de Licitaciones y Contratos de las Administraciones Públicas, en otro caso. Es de destacar, en este punto, que las normas sobre contratación pública son competencia exclusiva de la Unión y, por tanto, los Estados deberán ajustar sus procedimientos de licitación y adjudicación a lo que se disponga en la ley federal, que determinará la obligatoriedad de someter la adjudicación del contrato a concurso público en la modalidad de concurrencia en régimen de precalificación (o clasificación administrativa previa). Los criterios para la adjudicación del contrato podrán ser el de menor valor de la contraprestación a cargo de la Administración, menor valor de tarifa a cargo de los usuarios, mejor solución técnica o una combinación de ellos.

En la literatura brasileña, J. A. Bozoti Pasin y L. F. Xavier Borges, «A nova definição de Parceria Público-Privada e sua aplicabilidade na gestão de Infra-Estrutura Pública», en Revista do BNDES (Rio de Janeiro), v. 10, núm. 20, págs. 173-196 (en pág. 181): «parece importante que la PPP sea una opción final, cuando no sea posible transferir el riesgo comercial al socio privado. No cabe la menor duda de que, en caso contrario, la PPP será, no una alternativa, sino la única opción aceptable por las contratistas del sector privado, que sólo consentirán en participar en concesiones sin riesgo de mercado».

5.2. Contenido

En este punto, debe retormarse la pregunta formulada en el apartado 3: ;por qué crear una nueva categoría jurídica? Y la respuesta es que las PPPs tienen por objetivo fundamental flexibilizar los mecanismos de contratación entre las Administraciones Públicas y los particulares, actualmente contenidos en Ley de Concesiones y en la Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos, de modo similar a como se vio que está ocurriendo en Francia. Esa flexibilización se manifiesta fundamentalmente en los siguientes aspectos:

- (i) El objeto de las PPPs es más amplio que el de las citadas leyes; permite tipos de contrato (como el contrato de gestión) no previstos en aquéllas;
- (ii) La remuneración en un contrato de concesión sólo puede venir de la tarifa que pague el usuario; las PPPs permiten ofrecer al contratado formas complementarias o alternativas de remuneración, como se verá en seguida;
- (iii) Se pretende la ampliación de los cortos plazos contractuales (5 años) para los contratos de ejecución de obra y de prestación de servicios públicos a la Administración;
- (iv) Se contempla la posibilidad de establecer una remuneración variable, determinada por los resultados del proyecto;
- (v) Se permite expresamente el arbitraje como medio de solución de controversias (aspecto éste que merece mención especial, dado el funcionamiento insatisfactorio del sistema judicial brasileño):
- (vi) Se reconoce al crédito del contratado una determinada preferencia frente a otras obligaciones de la Administración actuante; y
- (vii) Finalmente, se prevé la posibilidad de que la Administración actuante preste garantías en beneficio o en favor del contratado.

Como se ve, las novedades que quiere introducir la normativa de PPPs en Brasil son numerosas y significativas.

Desde el punto de vista positivo, el contenido mínimo del contrato de parceria, conforme al artículo 8 de la Ley del Estado de São Paulo, es el siguiente:

(i) Las metas y resultados que deben alcanzarse, el cronograma de ejecución y los plazos estimados para su consecución, así como los criterios objetivos de evaluación del desempeño que deban utilizarse.

La mención a las metas y resultados es esencial pues, como se verá, tales objetivos no se constituyen sólo en posibles causas de resolución del contrato por incumplimiento, sino que, además, las diversas leyes de PPPs permiten vincular la remuneración de contratado al desempeño del proyecto. La Administración actuante asume una determinada obligación financiera, es cierto, pero ésta no es incondicional, sino que viene ligada al cumplimiento de la calidad prometida.

En relación con el plazo de los contratos, es importante señalar que para determinadas modalidades de contratos existen en la normativa federal límites temporales que las leyes estaduales no podrán ignorar, salvo que las leyes federales correspondientes sean modificadas (p. ej., tal como se acaba de señalar, el contrato de la prestación de servicios a los poderes públicos no puede tener un plazo de duración superior a los 5 años). Igualmente importante es destacar que alguna norma estadual (Santa Catarina) y el propio Proyecto de Ley Federal limitan el plazo del contrato a un máximo de 30 años.

- La remuneración por los bienes o servicios puestos a disposición y, con observancia de la naturaleza de la institución elegida para la parceria, el plazo necesario para la amortización de las inversiones. También el Proyecto de Ley Federal vincula el plazo del contrato al plazo necesario para amortizar las inversiones).
- (iii) Dependiendo de la modalidad elegida, cláusulas que prevean:
 - La obligación del contratado de obtener recursos financieros necesarios para la ejecución del objeto de la parceria y de someterse a los riesgos del negocio, así como los supuestos de exoneración de su responsabilidad: o
 - La posibilidad de resolver el contrato, además de por el transcurso del término acordado, por el importe retornado al contratado en función de la inversión realizada.

(iv) Identificación de los gestores responsables de la ejecución y el control

Añade el Proyecto de Ley Federal (y reproduce la Ley de Santa Catarina) una previsión que llama la atención y que acentúa el carácter cooperativo de las PPPs: el reparto con la Administración pública, en los términos previstos en el contrato, de los beneficios económicos derivados de la modificación de las condiciones de financiación (tipos de interés y tipos de cambios, básicamente); no se establece, no obstante, criterio para el reparto de los quebrantos derivados de las modificaciones del mercado financiero (de nuevo, tipos de interés, tipos de cambio e incluso IPC), aunque la mayoría de los autores, y de las experiencias comparadas, ponen este riesgo en terreno de la Administración o, en todo caso, en terreno común.

6. En Particular, la remuneración del contratado

Un aspecto esencial de las PPPs, y que sirve para diferenciarlas de los tradicionales contratos de ejecución de obra, consiste en el momento del pago de la remuneración debida. Así como en la ejecución de obra tradicional la Administración paga a medida que la obra es entregada, y deja de pagar cuando ésta finaliza, en los contratos de PPP la Administración actuante no deberá realizar desembolso alguno durante la fase de construcción: la remuneración será debida cuando la obra o servicio entren en operación y, si así se estipuló, en la medida en que se alcancen los objetivos preestablecidos.

6.1. Modalidades

La remuneración que el contratante perciba puede consistir en alguna o varias de las siguientes modalidades:

- (i) Pago en metálico con cargo a recursos presupuestarios de la Administración actuante;
- (ii) Cesión de créditos no tributarios (lo que incluye la cesión de las tarifas que se cobren del usuario final de determinados servicios, como agua, gas o electricidad);
- (iii) Concesión de derechos frente a la administración pública;
- (iv) Concesión de derechos sobre bienes públicos;

- (v) En contratos regidos por la legislación de concesiones, tarifas cobradas de los usuarios;
- (vi) Transmisión de bienes muebles o inmuebles;
- (vii) Títulos de deuda pública; o
- (viii) Otros ingresos alternativos, complementarios, accesorios o procedentes de otros proyectos asociados.

Importa destacar que las contraprestaciones a cargo de la Administración actuante podrán ser liquidadas directamente en favor de los financiadores de la entidad contratada, lo que sin duda deberá facilitar la financiabilidad de los proyectos. También es destacable, en materia de financiación, la previsión del Proyecto de Ley Federal de que el Consejo Monetario Nacional fije condiciones para la concesión de crédito por parte de instituciones financieras brasileñas tanto a la Administración actuante como a los contratados privados con el fin de financiar los proyectos.

Los contratos de parceria pueden prever una remuneración variable al contratado, en función del desempeño en la ejecución del contrato, conforme a objetivos de calidad y disponibilidad previamente determinados. Igualmente, y es éste un aspecto de capital importancia recogido en alguna ley estadual (Santa Catarina) y en el Proyecto de Ley Federal, la liberación de recursos presupuestarios y los pagos debidos en virtud del contrato de parceria tendrán preferencia respecto a las demás obligaciones contractuales asumidas por la Administración actuante, excluidos los créditos entre entes públicos y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9 la Ley de Responsabilidad Fiscal.

6.2. La Ley de Responsabilidad Fiscal

Conforme se ha mencionado en el apartado 4.3 anterior, todo proyecto PPP debe regirse por el principio de responsabilidad fiscal. En la práctica, ello significa que, según la Ley de Responsabilidad Fiscal, el pago de los créditos objeto de análisis podría quedar suspendido en caso de que, en un bimestre dado, los ingresos públicos no alcancen las metas fijadas. Deberán los organismos encargados de analizar y aprobar proyectos de PPP asegurarse de que la administración pública actuante tiene previsiones de ingreso suficientes para afrontar la remuneración, o la ejecución de las garantías, que deba correr a cargo de ellas; de lo contrario, el proyecto no podrá ser aprobado por no cumplir el principio de responsabilidad fiscal. Así, el artículo 4 de la Ley del Estado de São Paulo condiciona la aprobación de un proyecto concreto, entre otras circunstancias, a las siguientes: (i) demostración del origen de los recursos para sufragar el proyecto; y (ii) comprobación de la compatibilidad con la ley presupuestaria anual, la ley de directrices presupuestarias y el plan plurianual. Huelga decir que la tarea que se acaba de enunciar no resultará fácil, sobre todo en proyectos de largo plazo.

En relación con la aplicabilidad de la Ley de Responsabilidad Fiscal a las PPPs, debe señalarse que uno de los debates más vivos actualmente en Brasil en el ámbito de las PPPs, que continúa abierto, es el de la determinación de si la remuneración a cargo de la Administración actuante constituye deuda (en cuyo caso le aplicará sin duda alguna la Ley de Responsabilidad Fiscal) o constituye, más bien, inversión (y, en este caso, los pagos quedarán fuera del alcance de la citada Ley).

Întimamente vinculado al principio de responsabilidad fiscal se encuentra el principio de sustentabilidad económica del proyecto; ahora bien, dada la naturaleza y finalidad de los programas de PPPs, ese principio de sustentabilidad económica deberá analizarse de forma flexible; no puede simplemente reproducirse el concepto de equilibrio económicofinanciero que aplica a las concesiones; es más, una PPP sólo tendrá sentido para aquellos proyectos en que una remuneración tarifaria pura no sea viable, es decir, para aquellos proyectos que no alcancen ese equilibrio económico-financiero. De lo contrario, las PPPs carecerían de espacio y de sentido.

7. LAS GARANTÍAS DEL CONTRATO

Uno de los elementos esenciales de las PPPs, si no el más importante, es la previsión de que la Administración actuante pueda garantizar los créditos del contratado. Tanto el proyecto federal como cada una de las leyes estaduales contemplan tal posibilidad; en el caso de São Paulo, sólo de modo indirecto, a través de la Companhia Paulista de Parcerias («CPP»), sociedad mercantil creada por la propia ley estadual cuyo capital social podrá ser desembolsado mediante la aportación de inmuebles del Gobierno estadual, acciones de titularidad de la Administración, títulos de deuda pública y otros bienes o derechos de titularidad directa o indirecta del Estado de São Paulo. Dichos activos tendrán la función de respaldar las garantías, incluso reales, que CPP pueda prestar. Otras formas de garantía previstas en la Ley del Estado de São Paulo son el seguro de caución y las garantías fiduciarias. En cuanto a éstas, CPP tiene la facultad de crear fondos fiduciarios, cuyos recursos financieros podrán ser aplicados por el gestor a la satisfacción de las obligaciones contraídas con el contratado, bien mediante pago a éste bien mediante pago directo a la entidad que le haya financiado.

En el plano federal, entre las garantías que se mencionan figuran las siguientes: garantías reales, garantías personales, seguros de caución, cesión de créditos frente a terceros y afección de recursos de la Administración actuante, salvo impuestos. Cabe también la posibilidad de que la Administración cree fondos fiduciarios para garantizar los pagos debidos; los activos que pueden aportarse a estos fondos son dotaciones presupuestarias, créditos complementarios, activos no financieros, bienes muebles o bienes inmuebles.

De nuevo, la ejecución de las garantías dadas estará sujeta a las disposiciones de la Ley de Responsabilidad Fiscal.

8. Las relaciones entre las leyes estaduales Y LA LEGISLACIÓN FEDERAL

Uno de los aspectos más espinosos de las PPPs es el relativo a las relaciones entre la legislación federal (y, en particular, la futura ley de PPPs) y las leyes estaduales.

Actualmente, la legislación brasileña sólo contempla 3 tipos de contratos en el ámbito de las infraestructuras: concesiones remuneradas íntegramente con cargo a tarifas pagadas por los usuarios; contratos de ejecución de obra de plazo no superior a 5 años; y contratos de prestación de servicios, por un plazo máximo, igualmente, de 5 años. Tanto las leyes estaduales ya aprobadas como el Proyecto de Ley Federal contemplan la ampliación de este estrecho marco contractual, mediante la introducción, como ya se ha visto antes, de nuevas figuras (p. ej., el

DRÁCTICA LATINOAMERICANA

contrato de gestión de servicios público precedido o no de obra pública), nuevas formas de remuneración (p. ej., concesiones en que la Administración actuante asuma parte de la retribución del concesionario), o nuevas características (sobre todo, la preferencia del crédito del contratante, las garantías públicas o los plazos de los contratos). Estas novedades, no contempladas ni en la Ley de Concesiones ni en la Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos, requerirán, como paso previo a su aplicabilidad, la modificación de las leyes federales afectadas (cuando se trate de cuestiones de competencia federal como, p. ej. los tipos de contratos o la duración de los mismos). Quiere ello decir en la práctica, que, antes de la aprobación del Proyecto de Ley Federal, las leyes estaduales de PPPs sólo podrán licitar y adjudicar contratos de parceria dentro del ámbito de la normativa actualmente vigente, y habrá que esperar a que se modifique ese ámbito, mediante la ley federal de PPPs, para que los mecanismos previstos en cada una de las leyes estaduales puedan alcanzar plena vigencia y efectividad. Todo indica que la espera no será larga y que la aprobación de la ley federal será inminente; incluso se ha apuntado la posibilidad de que el Presidente de la República promulgue la ley en forma de Medida Provisória, una figura que guarda ciertas similitudes con nuestros Reales Decretos-Ley, de uso acaso demasiado frecuente en Brasil. En cualquier caso, debe quedar constancia de que las discusiones y negociaciones parlamentarias que están demorando la promulgación de la ley no afectan, según las noticias que transcienden, a ninguno de los elementos característicos que se han desarrollado en este artículo.