



Alianzas Público Privadas: una apuesta al crecimiento y al desarrollo

ante los limitados recursos públicos para hacer frente a estos retos, desde hace varios años se ha identificado la participación estratégica del sector privado como una opción viable, conocida internacionalmente como alianzas público privadas (APP).

1. Introducción

Uno de los mayores retos que enfrenta El Salvador en la actualidad es el de aumentar la competitividad y desarrollo económico y social. Ante los limitados recursos públicos para hacer frente a estos retos, desde hace varios años se ha identificado la participación estratégica del sector privado como una opción viable, en especial a la luz de experiencias exitosas como en Chile y Perú, conocida internacionalmente como alianzas público privadas (APP).

Estas alianzas para el desarrollo de infraestructura pública y/o prestación de servicios públicos se materializan en una variedad de esquemas de inversión, entre los cuales la “concesión” es el contrato más utilizado en América Latina¹.

Desde hace varios años, El Salvador cuenta con varios proyectos concesionables identificados, que incluyen los sectores de energía eléctrica, puertos y aeropuertos, transporte, sistemas viales y turismo; sin duda el desarrollo de los mismos

vendría a impulsar el crecimiento de estos sectores². Por tal motivo, es preciso revisar y analizar el marco normativo vigente y las nuevas propuestas legales para determinar sus bondades, características y obstáculos para desarrollar un programa nacional de APP.

Ante, la reciente remisión del Proyecto de Decreto Legislativo de las Condiciones Básicas para la Concesión del Puerto de La Unión, y la iniciativa de una nueva legislación *ad hoc* de APP; es preciso retomar los aportes previos³, y realizar una aproximación inicial a los conceptos básicos y mejores prácticas internacionales. Así como analizar ¿qué pasaría con la actual

1. Banco Mundial, “The private participation in infrastructure database”, 2009.

2. Fusades, “Hacia un régimen de concesiones armónico y transparente. Reflexiones sobre la regulación salvadoreña”, Boletín de Estudios Legales N° 91, julio de 2008; y, Banco Mundial, “El Salvador: Desarrollos Económicos Recientes en Infraestructura - Informe Estratégico”, 2006.

3. Fusades, “Hacia un régimen de concesiones armónico y transparente. Reflexiones sobre la regulación salvadoreña”, Boletín de Estudios Legales N° 91 y 92, julio y agosto de 2008. Esta publicación abordó el esquema actual de concesiones en el país, presentando y valorando una guía general de la regulación existente.



Los términos socios, asociaciones o alianzas públicas privadas, pueden utilizarse indistintamente, siempre que se refieran al concepto antes expuesto, es decir, una relación entre el sector privado y público, partiendo de la obligación gubernamental de satisfacer metas sociales a través de las inversiones privadas.

regulación de concesiones en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, (LACAP), al crearse una nueva normativa de APP?, ¿existe una política integral de desarrollo y competitividad nacional en materia de socios público privados?, y ¿cómo se evalúa una APP?

2. Indicadores Internacionales

El estudio realizado por The Economist en 2010, “Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe”, conocido Infrascopes 2010, propone la utilización de un índice para analizar la calidad del marco legal, institucional, financiero y capacidad operacional de las APP⁴. Este estudio destaca a Chile, Brasil, Perú, y México, como los primeros cuatro lugares respectivamente de la región.

En el caso particular de El Salvador, se ubica en la posición 10^o de 19 países evaluados, destacando que a pesar de que se cuenta con la base legal para realizar APP, no tiene mucha experiencia técnica y operativa, en especial en el sector de agua potable y saneamiento. Asimismo, la evaluación señala que factores políticos han obstaculizado la aprobación de legislación *ad hoc* para proyectos específicos, tales como los puertos de Acajutla y La Unión.

4. The Economist, “Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: Infrascopes 2010. Guía del índice y metodología”, octubre de 2010. Este estudio presenta el índice Infrascopes que analiza la capacidad y adecuación de países para la implementación y desarrollo de proyectos APP. El estudio examina la preparación de los países para proyectos de infraestructura bajo 5 perspectivas: 1) el marco legal y regulatorio del país para proyectos APP; 2) las instituciones que preparan, otorgan y supervisan proyectos; 3) la capacidad del gobierno para observar leyes y reglamentos para concesiones, y el número y la tasa de éxito de proyectos previos (es decir, “madurez operacional”); 4) el ambiente político, social, y comercial para la inversión privada, y 5) las facilidades financieras para financiar infraestructura.

Estos resultados y las mejores prácticas implementadas por otros países, deben ser referentes en la evaluación de la normativa vigente, y creación de una nueva ley de APP, así como en los aspectos institucionales, operativos, administrativos y financieros de un programa nacional de APP.

3. ¿Qué son las APP?

Las APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se comparten y distribuyen riesgos y recursos con el sector público, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura o proveer servicios públicos, en el ámbito nacional o local⁵.

Los términos socios, asociaciones o alianzas públicas privadas, pueden utilizarse indistintamente, siempre que se refieran al concepto antes expuesto, es decir, una relación entre el sector privado y público, partiendo de la obligación gubernamental de satisfacer metas sociales a través de las inversiones. Por otro lado, existen diferencias considerables con otros términos relacionados, como participación del sector privado, que normalmente enfatiza el traspaso de obligaciones públicas al sector privado más que el establecimiento de alianzas; y las privatizaciones, que consiste en el traspaso parcial o total de la propiedad de los bienes o servicios públicos⁶.

Una APP se puede traducir en distintas formas jurídicas, a través de contratos, constitución de sociedades conjuntas, mecanismos de inversión, y en fin, cualquier modalidad de acuerdo entre una entidad pública, nacional o local, y una entidad privada, que resulte apta para compartir las ventajas y recursos de cada una en la ejecución de una obra pública o en la prestación de un servicio público⁷.

5. National Conference of State Legislatures, “Public-Private Partnerships for Transportation: A toolkit for legislators”, octubre 2010.

6. Asian Development Bank, “Public-Private Partnership Handbook”, septiembre 2008.

Es importante resaltar el hecho que, debido a que las APP implican la utilización de bienes públicos, deben enmarcarse en los principios rectores de toda contratación pública: seguridad jurídica, transparencia y rendición de cuentas, eficiencia, sostenibilidad a largo plazo, debido proceso, y libre competencia.

Estos esquemas de inversión son utilizados en varios países y en distintos sectores, como por ejemplo: la producción y distribución de energía, agua y alcantarillados, disposición de desechos sólidos, hospitales, escuelas, estadios, carreteras, prisiones, ferrocarriles, control aéreo, etc.⁸

Estudios internacionales, desde la perspectiva del sector público, reconocen tres objetivos primordiales en las APP: atraer inversiones de capital privado en la prestación de servicios y obras públicas; incrementar la eficiencia en la utilización de los recursos; y, reformar los sectores bajo nuevos roles, incentivos y sistemas de responsabilidad⁹. Asimismo, la inadecuada utilización de las APP puede incrementar los gastos públicos, alteración de las finanzas estatales, entre otros riesgos¹⁰.

Es importante resaltar que, debido a que las APP implican la utilización de bienes públicos, deben enmarcarse en los principios rectores de toda contratación pública: seguridad jurídica, transparencia y rendición de cuentas, eficiencia, sostenibilidad a largo plazo, debido proceso, y libre competencia¹¹.

¿Qué clases de APP existen a nivel internacional?

Como se habrá advertido, el término APP abarca una gran variedad de relaciones entre los actores públicos y

privados, según las actividades y riesgos que asuman cada una de las partes. La Gráfica 1 presenta los modelos más utilizados de APP partiendo de los riesgos y actividades que realizan los privados. El eje vertical representa la cantidad de riesgos (comerciales, políticos, financieros, ambientales, entre otros) y el eje horizontal, las actividades en el proyecto específico (diseño, construcción, operación, mantenimiento, financiamiento, etc.)

En un extremo de la gráfica, punto A, aparece el modelo tradicional público, donde el gobierno financia, domina y controla el proyecto de principio a fin, asumiendo todos los riesgos, y si bien, existe una participación de los privados en la ejecución de algunas tareas específicas (*Design-Build*), no se considera una APP.

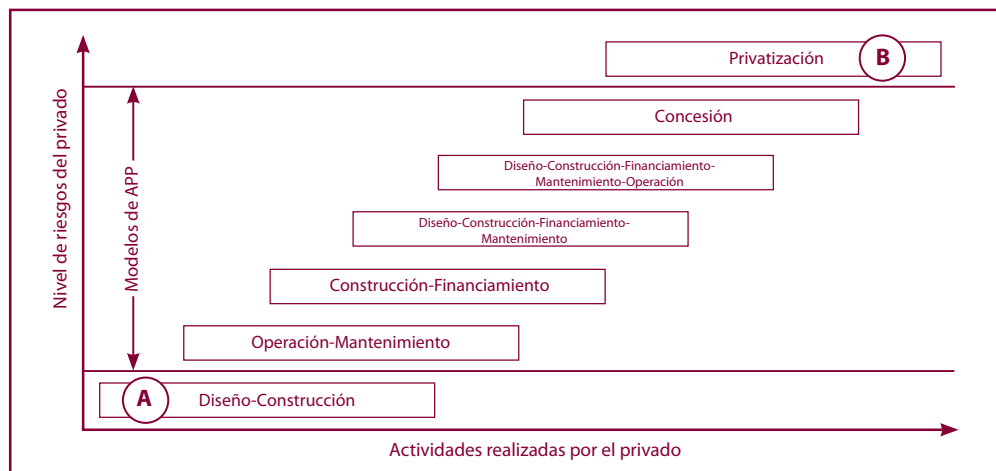
En el otro extremo, punto B, está la privatización (*Privatization*), donde el proyecto es financiado y controlado por privados, quienes asumen todos los riesgos y la propiedad del mismo, incluso cuando estos proyectos quedan sujetos a regulación gubernamental, la cual tampoco es APP.

Entre estos modelos, aparece una gama de posibilidades de relaciones público-privadas que constituyen las APP, abierta a la creatividad de las partes contratantes y únicamente limitadas a reservar la propiedad del proyecto al sector público.

Los modelos de APP más utilizados son: i) Operación y mantenimiento de una obra o servicio público durante un período determinado (*Operation & Maintenance*); ii) Financiamiento y construcción de una obra pública con sus propios fondos (*Build-Finance*); iii) Diseño, construcción y financiamiento de una obra pública y mantenimiento de la misma (*Design-Build-Finance-Maintain*); iv) Diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento y operación de una obra pública durante un tiempo determinado (*Design-Build-Finance-Maintain-Operate*), y; v) Concesión de una obra pública, donde el privado contrae la obligación de administrar y dar mantenimiento a una obra durante un período y al final

7. National Conference of State Legislatures, "Public-Private Partnerships for Transportation: A toolkit for legislators", octubre 2010.
8. Banco Centroamericano de Integración Económica, "Conferencia Regional de Asociación Público Privado: Eliminando Mitos y Barreras", Honduras, septiembre 2007; y, Asian Development Bank, "Public-Private Partnership Handbook", septiembre 2008.
9. Asian Development Bank, "Public-Private Partnership Handbook", septiembre 2008.
10. National Conference of State Legislatures, "Public-Private Partnerships for Transportation: A toolkit for legislators", octubre 2010.
11. Fusades, "Reformas a la LACAP", Posición Institucional N° 39, febrero 2011.

Gráfica 1. Modelos de APP



Fuente: The Canadian Council for Public-Private Partnerships

Una regulación de los proyectos APP requerirá un marco normativo que asigne responsabilidades y brinde seguridad jurídica a los inversionistas, y que entre otros aspectos incluya más transparencia e imparcialidad en los ajustes de contrato, una mejor definición de los riesgos que por ley deben ser aportados por el Estado, criterios técnicos para otorgar licitaciones, y el establecimiento de mecanismos alternos de resolución de conflictos.

deberá devolver la propiedad y uso al sector público (*Concession*)¹².

La denominación de dichos contratos y ámbito de aplicación en la economía, varía según la legislación de cada país, por ejemplo, en Chile se incluyen dentro del contrato de concesión que aplica a todos los bienes nacionales de uso público o fiscales¹³, y en Guatemala, se denominan contratos de alianzas para el desarrollo de infraestructura económica, y aplican a las obras públicas de infraestructura vial y energía eléctrica, y excluyen educación, salud y agua¹⁴.

Es preciso tener en cuenta que las APP ofrecen una vía para aumentar la inversión en infraestructura, siempre que estén estructuradas adecuadamente. Aunque son un vehículo cada vez más difundido para el suministro de obras y servicios públicos, no constituyen una panacea, y se debe garantizar que esas asociaciones se establezcan por los motivos correctos (aumentar la eficiencia) y no para trasladar el gasto fuera del presupuesto y la deuda fuera

del balance o por consideraciones políticas partidistas¹⁵.

Una regulación de los proyectos APP requerirá un marco normativo que asigne responsabilidades y brinde seguridad jurídica a los inversionistas, y que entre otros aspectos incluya más transparencia e imparcialidad en los ajustes de contrato, una mejor definición de los riesgos que por ley deben ser aportados por el Estado, criterios técnicos para otorgar licitaciones¹⁶, y el establecimiento de mecanismos alternos de resolución de conflictos, tales como arbitrajes.

4. Buenas prácticas internacionales en APP

El análisis de los éxitos y fracasos de las experiencias de otros países en el desarrollo de APP, debe servir a El Salvador de guía a tomar en cuenta para el fortalecimiento y modernización del marco legal vigente.

Estudios internacionales destacan la variedad de regímenes legales en toda América Latina, donde hay países con regulación constitucional para

12. The Canadian Council for Public-Private Partnerships, *Modelos de Alianzas Público Privadas*, 2011. Disponible en: www.pppcouncil.ca

13. Art. 1 Texto Refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, República de Chile.

14. Art. 1 de la Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica, República de Guatemala.

15. Akitoby B., Hemming R., y Schwartz G., "Public Investment and Public-Private Partnerships", *Economic Issues* N° 40, FMI, 2007.

16. Fusades, "Informe de Desarrollo Económico y Social 2007: Recursos e infraestructura para la competitividad", Departamento de Estudios Económicos y Sociales, 2008.

Estudios internacionales destacan la variedad de regímenes legales en toda América Latina, donde hay países con regulación constitucional para la aprobación de las concesiones, mientras existen unos donde se regulan por leyes de adquisiciones públicas, y otros pocos, que cuentan con regulación expresa en la materia.

la aprobación de las concesiones, mientras existen unos donde se regulan por leyes de adquisiciones públicas, y otros pocos, que cuentan con regulación expresa en la materia.

Chile y Perú

Dos ejemplos de las buenas prácticas internacionales en América Latina son Chile y Perú. Por un lado, Chile, con una Ley de Concesiones que desde 1991 permite al Estado otorgar concesiones en prácticamente cualquier obra pública, mediante licitaciones competitivas abiertas a cualquier empresa, nacional o extranjera, y encarga al Ministerio de Obras Públicas las facultades de supervisión, planificación y ejecución de todos los proyectos¹⁷.

Por otro lado, desde 1996, Perú cuenta con una normativa de concesiones de obras públicas, que fomenta la participación de empresarios nacionales o extranjeros en proyectos dirigidos por autoridades nacionales o regionales. Además, en las concesiones prioritarias, faculta el manejo de la licitación y etapas contractuales a ProInversión, autoridad pública responsable de atraer inversión extranjera al país¹⁸.

En ambos casos, cabe resaltar que existe una centralización administrativa para los proyectos de APP más importantes, lo que permite formar cuadros técnicos especializados que garanticen decisiones por criterios técnicos-administrativos y no políticos partidarios. Otro factor importante es que tanto en Chile como Perú, difieren del caso salvadoreño ya que, no es requisito constitucional la aprobación de las concesiones de obras públicas por el Congreso nacional.

17. The Economist, “Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: Infrascopes 2010. Guía del índice y metodología”, octubre de 2010.

18. The Economist, “Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: Infrascopes 2010. Guía del índice y metodología”, octubre de 2010.

Guatemala y Honduras

Guatemala y Honduras son ejemplos más cercanos, geográfica y jurídicamente, por lo que vale la pena mencionarlos e identificar cuál es el nivel de avance que han tenido en el desarrollo de APP. Ambos países comparten con El Salvador, la regla constitucional de una aprobación legislativa a cada proyecto de concesión de obra pública¹⁹.

Ambos prevén la creación de nuevas instituciones para coordinar la formulación, aprobación, ejecución y evaluación de proyectos APP mediante reglas de participación de los privados, transparencia de los procesos de licitación y normas que buscan centralizar la planificación y verificación de estos proyectos²⁰. Dichas legislaciones, si bien podrían ser mejorables y aún no han sido aplicadas en su totalidad, representan un atractivo importante que permitirá el fomento de mayor inversión extranjera y desarrollo económico en ambos países.

Principios internacionalmente reconocidos

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha estudiado varias experiencias internacionales sobre regulación de proyectos de infraestructura con financiación privada, un modelo de APP, y en base a esto elaboró ciertos principios rectores que deben estar contemplados en los marcos regulatorios relativos al tema en aras de garantizar que sea un marco legal favorable. En el Cuadro 1,

19. Peculiaridad salvadoreña que únicamente comparten otros 5 países de América Latina: Guatemala, Honduras, Paraguay, República Dominicana y Trinidad y Tobago, según The Economist, “¿Asociaciones para el progreso? Evaluando el ambiente para asociaciones público-privadas en Latinoamérica y el Caribe: Hallazgos y metodología”, junio de 2009.

20. Guatemala aprobó el Decreto Legislativo 16-2010 “Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica”, en abril de 2010; y Honduras aprobó el Decreto Legislativo 143-2000 “Ley de Promoción de la Asociación Público Privada”, en agosto de 2010.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha estudiado varias experiencias internacionales sobre regulación de proyectos de infraestructura con financiación privada, un modelo de APP, y en base a esto elaboró ciertos principios rectores que deben estar contemplados en los marcos regulatorios relativos al tema en aras de garantizar que sea un marco legal favorable.

se presentan las recomendaciones más importantes, agrupadas en base a los principios rectores que proponemos en este Boletín para las APP²¹.

Teniendo un panorama de cómo están otros países de América Latina en el desarrollo de las APP y tomando en cuenta recomendaciones internacionales, a continuación se presenta un análisis de cómo está El Salvador a nivel normativo y sus perspectivas.

5. El Salvador y las APP

Antes de entrar a analizar la normativa vigente, es importante aclarar que El Salvador, al menos desde 1950, ha contado con el reconocimiento constitucional para la realización de APP, a través de la figura de la concesión²², e incluso desde antes de esa fecha, se contaba con la participación de los sectores privados en proyectos de infraestructura pública y/o prestación de servicios a la ciudadanía, como en el caso de los servicios de energía eléctrica y los ferrocarriles²³.

Al respecto es de resaltar que la concesión, como antes se mencionó, es

21. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, Naciones Unidas, 2000.
22. Artículo 149 de la Constitución Política de El Salvador: “En toda concesión que otorgue el Estado para establecimiento de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de servicio público, deberá estipularse como condición esencial, que después de transcurrido cierto tiempo, no mayor de cincuenta años, tales obras pasaran por ministerio de ley, en perfectas condiciones de servicio, al dominio del Estado, sin indemnización alguna.”
23. En El Salvador, por ejemplo, en 1936 el Estado celebró una concesión con la Compañía de Alumbrado Eléctrico de San Salvador, por un período de 50 años, cuando la empresa aún era de capital de privado; asimismo, los ferrocarriles operaron por varios años bajo un esquema de concesión, y en 1974 se emitió el decreto por el cual se declaró caducada la concesión ferroviaria. Fuente: Fusades, “Informe de Desarrollo Económico y Social 2007: Recursos e infraestructura para la competitividad”.

un tipo de APP. Siendo este el caso, es importante que dentro del análisis que se haga en el marco de la elaboración de la nueva legislación en materia de APP, se tome en cuenta la normativa ya existente en materia de concesiones.

En la actualidad, a nivel normativo, el régimen de las concesiones en la Constitución se regula fundamentalmente en los artículos 103, 110 y 120. El artículo 103 establece que el subsuelo es propiedad del Estado y puede autorizar concesiones para su explotación. El artículo 110 regula que el Estado puede tomar a su cargo la prestación de los servicios públicos ya sea de una forma directa a través de entes autónomos y municipales o indirectamente a través de empresas privadas, a las cuales debe regular y vigilar, y aprobar sus tarifas. Finalmente, el artículo 120 faculta al Estado para que conceda a un particular la explotación de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público. El otorgamiento de estas concesiones de obra pública deberá ser sometido al conocimiento de la Asamblea Legislativa, y en el contenido de la misma deberá estipular el plazo y las condiciones de dicha concesión, atendiendo a la naturaleza de la obra y el monto de las inversiones requeridas.

Por otra parte, en la LACAP, hay un capítulo relativo a los aspectos generales de las concesiones. En este sentido, el artículo 130, establece tres tipos de concesión que pueden otorgarse: obras públicas, servicio público y recursos naturales y subsuelos.

Sobre la de obras públicas, se estipula la obligación de contar con la aprobación legislativa de la concesión, la utilización de licitación pública, nacional o internacional, y la existencia de un plazo determinado. Además, cada proyecto de inversión está sujeto a las leyes y entidad responsable de cada sector, que actúa como supervisor y ejecutor de la concesión, por ejemplo, la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma (CEPA) para los puertos, y el Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, con las carreteras y transporte público.

Cuadro 1. Recomendaciones legislativas CNUDMI.

Transparencia
<ul style="list-style-type: none">• Asegurar la transparencia, equidad y sostenibilidad a largo plazo de los proyectos.• Publicidad de las normas y reglamentos que rigen los procesos.• Procesos de licitación competitivos, transparentes y eficaces, adaptados a las necesidades particulares de cada proyecto.• Publicidad de la adjudicación del proyecto y sus cláusulas esenciales.
Institucionalidad
<ul style="list-style-type: none">• Definir las autoridades públicas facultadas para adjudicar proyectos y los mecanismos de coordinación institucional de todas las entidades relacionadas.• Establecer legalmente los tipos de proyectos y los sectores de la economía en los que puedan participar los privados.• Asignar la función reglamentaria a entidades con autonomía y carácter técnico.• Contar con equipos técnicos multidisciplinarios que apliquen los mejores criterios de evaluación de proyectos.
Eficiencia operativa
<ul style="list-style-type: none">• Libre determinación del contrato, en especial en lo relativo a los riesgos, estableciendo claramente los derechos y obligaciones del Estado y de los privados.• Satisfacer las condiciones mínimas de las bases del proyecto.• Incorporar mecanismos de solución de controversias entre las partes, o con terceros involucrados.• Permitir la valoración de propuestas de origen privado no solicitadas.

Fuente: Elaboración propia en base a CNUDMI.

Por otra parte, en la LACAP, hay un capítulo relativo a los aspectos generales de las concesiones. En este sentido, el artículo 130, establece tres tipos de concesión que pueden otorgarse: obras públicas, servicio público, y recursos naturales y subsuelos.

Este esquema normativo delega cada proyecto de concesión a la entidad pública de cada sector, lo que demanda pocos recursos de las unidades centrales del gobierno y no requiere una ley general. Sin embargo, genera un incremento del costo de preparar y licitar, debido a la dispersión entre las autoridades administrativas, que no permite acumular conocimientos y experiencia en los equipos técnicos de trabajo; así como, la confusión de competencia y funciones de los diferentes actores en los distintos sectores, que afecta la calidad y cobertura del servicio u obra pública²⁴.

24. Más información en: Fusades, “Hacia un régimen de concesiones armónico y transparente. Reflexiones sobre la regulación salvadoreña”, Boletín de Estudios Legales N° 91 y 92, julio y agosto de 2008.

Según el estudio Infrascopes 2010, este mecanismo de decisión genera que las concesiones estén vinculadas a decisiones político partidarias, y ante la falta de consensos, podría convertirse en un obstáculo a las inversiones en los sectores de tratamiento de agua, puertos y aeropuertos. Como ejemplo el Puerto de La Unión, que a la fecha está inutilizado y generando pérdidas importantes al Estado, y que ha creado dudas en la capacidad gubernamental de selección de proyectos para la promoción de desarrollo económico y social, debido al bajo tráfico marítimo en el país y a la cercanía de otros puertos, como el de Acajutla y otros de Guatemala²⁵.

25. The Economist, “Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: Infrascopes 2010. Guía del índice y metodología”, octubre de 2010.

Este mecanismo de decisión genera que las concesiones estén vinculadas a decisiones político partidarias, y ante la falta de consensos, podría convertirse en un obstáculo a las inversiones en los sectores de tratamiento de agua, puertos y aeropuertos.

Lo anterior se reflejó en la discusión legislativa de “Bases para la Concesión del Sistema Portuario de El Salvador”, presentadas el 28 de abril de 2008 a la Asamblea Legislativa, las cuales buscaban concesionar los Puertos de Acajutla y La Unión a un operador logístico internacional²⁶. Esta discusión no generó el consenso político necesario, ya que no privó la discusión técnico-administrativa, causando que a la fecha el Puerto de La Unión siga sin utilizarse.

El 21 de marzo de 2011 el Ministro de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano presentó a la Asamblea Legislativa el nuevo “Proyecto de Decreto Legislativo de las Condiciones Básicas y Plazos para la Concesión de la Terminal Portuaria Multipropósito especializada en Contenedores, Fase I, del Puerto de La Unión Centroamericana”, por medio del cual se aprueba a la CEPA las condiciones básicas para concesionar dicho puerto²⁷. Proyecto de Decreto que al cierre del presente Boletín aún no había sido discutido en el seno de la Asamblea Legislativa, por lo que se considera oportuno comentar aspectos jurídicos importantes a tomar en cuenta en la discusión legislativa para que prive un análisis técnico.

Proyecto de Decreto para la Concesión del Puerto la Unión Centroamericana

a. La concesión se limita al Puerto de La Unión

En proyectos anteriores se consideraba la importancia que la concesión comprendiera tanto el Puerto de Acajutla como el Puerto de La Unión, esto en función de hacer más atractivo la concesión para potenciales inversionistas. Una de las razones que se tomaban en cuenta era el hecho que durante la fase inicial del Puerto La Unión no generarían mayores ingresos; por lo que las ganancias de

26. Observatorio Legislativo, 2008.

27. Observatorio Legislativo, “Órgano Ejecutivo pide aprobar concesión del Puerto de la Unión”, 28 de marzo de 2011. Disponible en: www.observatoriolegislativo.org.

la operación del Puerto de Acajutla podría servirles para amortiguar estos primeros años del concesionario.

Otro de los probables riesgos que se advertía era la incertidumbre por una posible competencia del puerto de Acajutla con el Puerto de La Unión. Sin embargo, esta inquietud podría verse superada por el Art. 13 del proyecto de Decreto en el cual se establece que CEPA deberá respetar las vocaciones preferentes de cada puerto, siendo Acajutla una vocación preferencial en graneles y La Unión en contenedores. Para tales efectos, se establece que en las bases de licitación deberá quedar contemplado el volumen máximo de contenedores que podrán ser movilizados en el Puerto de Acajutla, y evitar así que esto impida la generación de actividad comercial en el puerto de La Unión.

b. El tipo de puerto es Landlord o Puerto Propietario

A nivel internacional existen diferentes tipos de puertos, entre estos caben mencionarse tres tipos en particular: i) Service Port²⁸, ii) Tool Port²⁹ y iii) Landlord Port.

El Art. 4 del Decreto selecciona la figura de “Landlord Port” o Puerto Propietario, al entregar en concesión la Fase I del Puerto La Unión bajo la Figura de Terminal Multipropósitos Especializada en Contenedores. Según estudios internacionales, en

28. En el Service Port (Puerto de Servicios), la autoridad portuaria es responsable del puerto en su conjunto, es propietario de la infraestructura, superestructura y se encarga de la provisión del servicios del puerto. Los servicios son prestados por empresas portuarias, que son responsables del mantenimiento de las infraestructuras y de los equipamientos.

29. El Tool Port (Puerto herramienta), la autoridad portuaria es titular de la infraestructura, de la superestructura (edificios) y de los equipamientos (grúas.. etc). El sector privado provee los servicios en régimen de concesión o licencia. Las competencias de la carga y descarga son provistas por empresas estibadoras en régimen de competencia. Las empresas portuarias son responsables del mantenimiento de las infraestructuras y de los equipamientos.



Latinoamérica, este es el tipo de puerto más utilizado de los tres antes mencionados³⁰.

Esta figura implica que el puerto está dividido en terminales independientes, y cada operador de terminal es responsable de la inversión y mantenimiento de las infraestructuras³¹. En el Decreto, el operador portuario especializado en contenedores tendrá a su cargo la administración, equipamiento, operación, mantenimiento, explotación comercial, desarrollo de la infraestructura, promoción, posicionamiento internacional y generación de negocios del mismo.

Por último, el Decreto excluye las zonas extraportuarias, la infraestructura de acceso marítimo, las ayudas a la navegación, los edificios administrativos, que serán mantenidas directamente por el Estado por medio de CEPA.

c. Período de concesión de hasta 30 años

Según el Decreto presentado a la Asamblea Legislativa el plazo de la concesión será de hasta 30 años, período internacionalmente estándar para este tipo de puertos³², el cual iniciaría a partir de la fecha del Acta de Entrega y Recepción de las instalaciones y bienes afectados a la concesión de la Fase I del Puerto de La Unión Centroamericana.

Cabe mencionar que una concesión a largo plazo genera certidumbre y predictibilidad al potencial inversionista, ya que le permite tener las reglas claras bajo las cuales se regirá su relación contractual con el Estado, y le permite contar con el tiempo necesario para no solo recuperar su inversión, sino también generar ganancias.

30. CEPAL, Puertos y transporte marítimo en América Latina y el Caribe, noviembre 2006.

31. Instituto Universitario de Estudios Marítimos, “Los puertos en el nuevo milenio”. Universidad de Coruña. Publicado en la Vos de Galicia. 18 de enero 2004. Disponible en: www.udc.es/iuem

32. CEPAL, Puertos y transporte marítimo en América Latina y el Caribe, noviembre 2006.

d. Bases de Licitación y Contrato

El Decreto establece que CEPA será el responsable de elaborar las bases de licitación y el contrato y que deberá contar con el aval técnico y legal de la Autoridad Marítima Portuaria, como entidad rector del sector portuario. Asimismo, CEPA es el ente encargado de desarrollar la metodología para la evaluación de las ofertas técnicas y económicas y la adjudicación de la concesión. Proceso que deberá quedar detallado en las bases de licitación. Al respecto, también es necesario definir los roles de cada una de las instituciones relacionadas con el sector.

Es importante destacar en este punto que para garantizarse que el Puerto pueda estar manejado por un operador de clase internacional, debe existir un equipo multidisciplinario que ayude a elaborar bases de licitación que respondan a la realidad nacional, y establezcan reglas claras y atractivas bajo las cuales se otorgará la concesión. Asimismo, es importante que estas condiciones antes mencionadas, queden debidamente reflejadas en el contrato, con el fin de garantizar certidumbre jurídica tanto al Estado como al concesionario.

e. Se propone crear una sociedad de finalidad social exclusiva

El proyecto establece que el ofertante que resulte adjudicado constituirá una sociedad anónima conforme a las leyes salvadoreñas, la cual será domiciliada en El Salvador y de finalidad social exclusiva. Este es un requisito que lejos de constituir un paso burocrático per sé, debe ser un medio que permita transparentar el manejo de la concesión portuaria y la debida rendición de cuentas.

f. Proyecto de Decreto es sencillo

De manera general, cabe destacarse que el proyecto de Decreto presentado a la Asamblea Legislativa es un marco jurídico que contempla las condiciones mínimas que deben respetarse a la hora de elaborar las bases de licitación por la autoridad competente, y a su vez no es un marco tan detallado que impida la flexibilidad pertinente que se requiere

Esta discusión no generó el consenso político necesario, ya que no privó la discusión técnico-administrativa, causando que a la fecha el Puerto de la Unión siga sin utilizarse.

Cabe mencionar que una concesión a largo plazo genera certidumbre y predictibilidad al potencial inversionista.



para casos muy puntuales como en aspectos tarifarios. Por ejemplo, en este tema establece que las tarifas deberán ser coherentes con las condiciones del mercado o con la recuperación de los niveles de inversión que se efectúen y con los niveles de eficiencia operativa que se proporcione a las navieras y a los importadores y exportadores locales. Asimismo, y con el fin de contribuir a lograr el exitoso posicionamiento internacional del Puerto, permite durante la vigencia de la concesión, que el concesionario pueda ofrecer libremente descuentos en las tarifas, en el marco de aplicación de su política comercial.

Actualmente, el Estado gasta alrededor de \$10 millones al año por la inutilización del Puerto La Unión³³, por lo que debe adoptarse una decisión concreta en torno a la concesión del puerto. Ahora que la propuesta contempla solo el Puerto de la Unión, se espera que la discusión en el seno de la Asamblea Legislativa sea en un contexto técnico-jurídico.

Si bien es plausible que el Decreto disponga que el proceso de licitación pública internacional y los documentos contractuales deban cumplir lo establecido en la Constitución, LACAP, etc., es necesario no perder de vista que hay otros aspectos que van más allá que las leyes para garantizar una licitación exitosa. Entre estos elementos cabe destacar: la capacidad operacional de los funcionarios, equipos técnicos multidisciplinarios para la adjudicación y seguimiento de la concesión, procesos transparentes y competitivos, así como una firme visión de país que el puerto es una herramienta más para el desarrollo sostenible de El Salvador.

33. CEPA, “Expertos japoneses realizarán estudio de potencial del Puerto de La Unión”, 2010. Disponible en: www.puertolaunion.gob.sv; Sury Velasco, “Los 10 requisitos y condiciones para concesionar Cutuco”, *Diario El Mundo*, 27 de marzo de 2011; y María José Saavedra, “IFC propone que privados operen Puerto La Unión”, *La Prensa Gráfica*, 23 de noviembre de 2010.

6. Coyuntura actual y perspectivas a futuro

Ante la coyuntura actual de la presentación del proyecto de concesión de puerto de la Unión, la iniciativa de elaborar una legislación *ad hoc* APP³⁴, y el proceso de discusión legislativa de las reformas a la LACAP³⁵ es preciso evaluar la situación actual desde una perspectiva sistémica que incluya a las APP como una apuesta estratégica de desarrollo, para determinar la necesidad de una ley APP.

Para esta evaluación se propone, como aproximación inicial, utilizar un sistema integral de análisis de APP, que se presenta en el Diagrama 1, y cuenta con cuatro perspectivas: 1) marco normativo, que incluye las leyes, reglamentos y demás regulaciones del país; 2) marco institucional, como el conjunto de instituciones que preparan, otorgan y supervisan proyectos; 3) la capacidad operacional, que mide la madurez del gobierno en la conducción de los proyectos; y 4) el clima de inversión, que observa el ambiente político, social y comercial para la inversión privada³⁶.

El marco normativo debe ser consistente y claro con el fin de evitar dispersión normativa, por ejemplo será necesario considerar si, ¿las concesiones serán incorporadas a la nueva ley APP? Dentro de esta perspectiva se retoman los elementos mencionados en el Cuadro 1, que resume las recomendaciones legislativas de la CNUDMI para la regulación de proyectos de infraestructura con financiación privada.

34. Discusión que deberá tomar en cuenta disposiciones vigentes que permiten las distintas figuras de inversiones público-privadas, tales como: concesiones, sociedades de economías mixtas, contratos de servicios públicos, entre otros.

35. Asamblea Legislativa, “Reformas a LACAP a punto de finalizar”, *Noticias*, febrero de 2011; y Observatorio Legislativo. “Continúa estudio de reformas a la LACAP”, *Noticias*, 13 de septiembre de 2010.

36. Estos elementos se basan en los hallazgos del *Infrascopes* 2009 y 2010, y se presentan agrupados en la forma de un Sistema Integral de Alianzas Público Privadas, denominado SIAPP.

Actualmente, el Estado gasta alrededor de \$10 millones al año por la inutilización del Puerto La Unión, por lo que debe adoptarse una decisión concreta en torno a la concesión del puerto.

Diagrama 1. Sistema Integral de Alianzas Público Privadas (SIAPP)



Fuente: Elaboración propia en base al Infrascope 2010.

Es importante destacar en este punto que para garantizarse que el Puerto pueda estar manejado por un operador de clase internacional, debe existir un equipo multidisciplinario que ayude a elaborar bases de licitación que respondan a la realidad nacional, y establezcan reglas claras y atractivas bajo las cuales se otorgará la concesión.

El marco institucional debe ser eficiente y transparente para la planificación, ejecución y supervisión de los proyectos, de modo que la decisión deje de ser política y pase a ser técnica³⁷. Asimismo, debe contar con la debida coordinación con todos los organismos competentes.

La capacidad operativa debe garantizar un robusto sistema de controles y balances de parte de cuadros técnicos e independientes que apliquen análisis de costo y beneficio a cada proyecto y actúen como un contrapeso al enfoque político de las entidades publicas. Además, contar con procesos de licitación competitivos, transparentes y eficaces adaptados a las necesidades particulares de los proyectos. Por último, en el clima de inversión se deben evaluar aspectos políticos, sociales, y comerciales para determinar la existencia de voluntad política y un entorno empresarial favorable al

37. Fusades, “Informe de Desarrollo Económico y Social 2007: Recursos e infraestructura para la competitividad”, Departamento de Estudios Económicos y Sociales, 2008.

desarrollo de proyectos de APP, que se traduzcan por ejemplo en opciones de financiamiento creativo, estabilidad económica, apoyo y participación de la sociedad civil³⁸, entre otros.

Estas cuatro perspectivas se fundamentan en los principios rectores de toda contratación pública: seguridad jurídica, transparencia, eficiencia, sostenibilidad a largo plazo, debido proceso, rendición de cuentas y libre competencia.

7. Reflexiones finales

La falta de recursos públicos y la necesidad del desarrollo de infraestructura y prestación de servicios públicos son retos del Gobierno, y a su vez oportunidades para encontrar en el sector privado, actores que sean aliados estratégicos del Estado, y que con una visión de país compartida, participen

38. National Conference of State Legislatures, “Public-Private Partnerships for Transportation: A toolkit for legislators”, octubre 2010; y Asian Development Bank, “Public-Private Partnership Handbook”, septiembre 2008.

Esta discusión debe trascender del análisis del derecho y llegar a los hechos, es decir, incorporar a la agenda nacional la necesidad de una modernización de las estructuras y prácticas administrativas, fortalecimiento de la capacidad operacional, recursos humanos capacitados, estabilidad económica, en fin, instituciones fuertes y un clima de inversión favorable para atraer inversiones.

en la construcción de alianzas en pro del desarrollo nacional.

Si bien es cierto, El Salvador no ha sido pionero en el tema, esto ha permitido que otros países brinden importantes experiencias a tomar en cuenta en las discusiones actuales, tanto del Decreto de concesión del Puerto de La Unión Centroamericana como de la legislación *ad hoc* de APP.

Con el fin de impregnar con mayor legitimidad estas normativas es importante una discusión pública, abierta y objetiva, que propicie la presencia de un genuino interés nacional, superando los obstáculos detectados, que anteriormente han limitado el desarrollo de estas alianzas en el país.

Esta discusión debe trascender del análisis del derecho y llegar a los hechos, es decir, incorporar a la agenda nacional la necesidad de una modernización de las estructuras y prácticas administrativas, fortalecimiento de la capacidad operacional, recursos humanos

capacitados, estabilidad económica, en fin, instituciones fuertes y un clima de inversión favorable para atraer inversiones³⁹.

En el país una APP puede ser un elemento de éxito o fracaso. Si se hace bien, es una oportunidad hacia el desarrollo, pero si no se hace o se hace mal, es una oportunidad perdida en la apuesta al crecimiento y el desarrollo.

Este es un momento oportuno para definir una política nacional basada en un consenso entre todos los actores interesados, reconociendo los beneficios y desafíos de las APP que permita su sostenibilidad, eficiencia y transparencia, de modo que contribuya a un modelo de concesiones para el desarrollo de obras y servicios públicos.

39. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, "Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada", Naciones Unidas, 2000.



Fundación Salvadoreña
para el Desarrollo
Económico y Social

Departamento de Estudios Legales

Presidenta

María Eugenia Brizuela de Ávila

Presidente alterno

Pedro Luis Apóstolo

Directora

Claudia Beatriz Umaña

Analistas

Javier Castro De León

Roberto Vidales Gregg

Marjorie de Chávez

Laura Rivera

Carmina Castro C.

Oscar Pineda

Carlos A. Guzmán

Edificio FUSADES, Bulevar y Urbanización Santa Elena,
Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador
Tel.: (503) 2248-5600, 2278-3366.

Sistema de Información Económico y Legal - SIEL -
correo electrónico: comercializacion@fusades.org

www.fusades.org
www.instituciones-fusades.org

