

# LA LEY ESPECIAL DE ASOCIOS PÚBLICO PRIVADOS: LUCES Y SOMBRAS

RICARDO SUÁREZ FISCHNALER

Doctor en Derecho Privado por la Universidad Dr. José Matías Delgado  
Máster en Derecho de los Negocios por la Universitat Autònoma de Barcelona  
Socio de Valdés Suárez & Velasco

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTRATO DE ASOCIO PÚBLICO-PRIVADO EN EL MARCO DE LA MODERNA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. III. CONCEPTO, NATURALEZA Y TIPOLOGÍA DEL CONTRATO DE ASOCIO PÚBLICO PRIVADO. IV. LAS LUCES. 1. El régimen económico-financiero. 2. La necesidad de justificar el recurso a las fórmulas de colaboración público-privadas. 3. El establecimiento de un plazo máximo. 4. El régimen para el mantenimiento del equilibrio contractual. V. LAS SOMBRAS. 1. El indeseable retorno a la dispersión normativa. 2. La LEAPP como inconveniente marco normativo paralelo. 3. La inadecuada limitación sectorial. 4. El poco ambicioso alcance del contrato de socio público privado para la explotación o ejecución de actividades de interés general. 5. La confusión conceptual en cuanto a la naturaleza de los contratos de socio de carácter concesional. 6. El inadecuado desplazamiento del ámbito técnico al político: la excesiva intervención de la Asamblea Legislativa. 7. PROESA y el conflicto de intereses. 8. Necesidad de revisar el esquema de financiamiento del Organismo Fiscalizador de Socios Público Privados. VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

## RESUMEN

La creación de la Ley Especial de Socios Público Privados despertó un inusitado interés, fundado en el ambicioso objetivo que la motivó: el desarrollo de grandes proyectos nacionales en materia de obras públicas, servicios públicos y actividades de interés general, para impulsar la economía nacional y el desarrollo social. Aunque no hay dudas sobre lo oportuno que resultó el propósito de remozar la legislación salvadoreña dirigida a regular la colaboración público-privada, hasta ahora la mencionada ley no ha resultado suficiente como para abrir espacios a nuevos proyectos. Es de las luces y de las sombras de Ley Especial de Socios Público Privados que pretende ocuparse el presente artículo.

*PALABRAS CLAVE:* contratación pública; colaboración público-privada; socios público-privados; concesiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La creciente cantidad de tareas públicas que la Administración debe realizar para satisfacer las demandas de colectividades cada vez más exigentes ha tenido como consecuencia que aquella deba recurrir a diversas modalidades para desplegar su actividad prestacional. Tales alternativas incluyen tanto las diferentes formas de gestión pública directa de los servicios públicos, como el recurso a la prestación indirecta de dichos servicios, por medio de la participación de particulares.

En cuanto a esto último, los tiempos actuales, marcados por las presiones fiscales y las limitaciones de los presupuestos públicos, han motivado la utilización de formas innovadoras de colaboración entre los gobiernos y los actores económicos privados con el

fin de lograr la satisfacción de las necesidades sociales. Para lograr ello se recurre a un conjunto de instrumentos jurídicos y económicos sobre cuya base gobiernos y empresarios comparten iniciativas, riesgos y beneficios.

Dichos instrumentos, conocidos bajo la denominación genérica de colaboración público-privada, socios público-privados, asociaciones público-privadas o alianzas público-privadas, todas derivaciones del término inglés *Public-Private Partnerships* y que se suelen abreviar como PPP, integran un catálogo de diversas modalidades que han sido desarrolladas en distintos países como resultado de las necesidades concretas que en cada uno de ellos la Administración ha debido enfrentar y satisfacer, adaptándolas a sus realidades concretas y a las particularidades de sus sistemas jurídicos con el propósito de desarrollar infraestructuras y prestar servicios públicos o de interés general.

No obstante las disímiles modalidades que bajo el término colaboración público-privada se encierran, las mismas comparten como nota común la concreción de una relación de colaboración entre entidades públicas y privadas, generalmente de largo plazo, en la que se comparten recursos y riesgos con la finalidad de satisfacer necesidades públicas.

En ese contexto, El Salvador cuenta desde hace cuatro años con la Ley Especial de Asocios Público Privados, LEAPP, por medio de la que se incorporó en el Derecho salvadoreño un tipo contractual aparentemente nuevo, el contrato de socio público privado; y que tiene como objeto contribuir a satisfacer las necesidades públicas mediante el mejoramiento de la eficacia del Estado y a la vez incentivar la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructuras públicas, en la prestación de servicios públicos y en la realización de actividades de interés general.

En un país como el nuestro, en el que la actividad científica, incluida la relativa al fenómeno jurídico, es escasa, pocas leyes despiertan un interés que trasciende de los sectores a los que aprovechan o perjudican directamente o de la reducida parte de la comunidad jurídica interesada en la investigación. La LEAPP, sin embargo, resultó ser una excepción, por cuanto despertó un inusitado interés, fundado posiblemente en las grandes expectativas que la han acompañado desde su preparación en el seno del Ejecutivo. En efecto, tal ley nació con una excesiva responsabilidad sobre sus espaldas, lo que puede advertirse desde su ambicioso preámbulo, en el que se declara que es su finalidad potenciar el desarrollo de

grandes proyectos nacionales en materia de obras públicas, servicios públicos y actividades de interés general, para impulsar la economía nacional y el desarrollo social.

La necesidad del impulso económico que con tal ley se buscaba obtener es innegable. En el caso de El Salvador, el proceso de modernización del Estado iniciado en la década de mil novecientos noventa tuvo como eje central la privatización de algunos sectores como el comercio exterior de productos agrícolas y el sistema financiero. Asimismo, se introdujeron las reformas normativas necesarias para permitir la participación privada en la prestación de servicios como el transporte colectivo de pasajeros, las telecomunicaciones y la generación de energía eléctrica. Sin embargo, el ámbito del desarrollo de infraestructuras públicas que potencie la competitividad nacional o que permita prestar de servicios de calidad ha resentido la ausencia de colaboraciones público-privadas de importancia. En efecto, el casi exclusivo recurso del Estado salvadoreño a formas jurídicas tradicionales de contratación, como el contrato de obra pública, ha tenido como consecuencia una dependencia total del presupuesto nacional o del endeudamiento público, prescindiéndose del financiamiento privado. En esa realidad, la crónica limitación de las finanzas públicas salvadoreñas ha imposibilitado mantener un ritmo adecuado de inversiones, lo que ha provocado un acentuado déficit de infraestructura que se traduce en menores prestaciones de servicios a los ciudadanos y en la pérdida de competitividad del país.

Tal déficit ha pretendido ser llenado mediante el contrato de asocio público privado que introdujo la LEAPP y que viene a sumarse al catálogo de fórmulas de colaboración público-privada de naturaleza contractual existentes en El Salvador, como son la concesión de obra pública y la concesión de servicio público, que encierran regulación en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP, instituciones jurídicas de larga tradición en el Derecho salvadoreño al haber sido utilizadas desde los albores republicanos, aunque con escasa implementación práctica reciente.

La regulación del contrato de asocio público privado presenta destacables avances vis a vis la deficiente regulación que la LACAP hace de las fórmulas de naturaleza concesional. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que la regulación de la LEAPP presenta varias deficiencias y serios defectos de origen que, al distanciarse de las modernas tendencias y de las mejores prácticas internacionales, ponen en peligro el alcanzar los fines perseguidos por dicha técnica, como son, tal como antes se ha apuntado, potenciar el desarrollo de proyectos

de infraestructura y la prestación de más y mejores servicios públicos. En ese estado de cosas, no hay dudas sobre lo oportuno que resultó el propósito de remozar la legislación salvadoreña dirigida a regular la colaboración público-privada. Cosa distinta es determinar si en realidad la LEAPP resulta suficiente y apropiada tanto para entusiasmar al sector privado, potencial inversor; como para salvaguardar los intereses públicos. A la fecha, el saldo es decididamente negativo, pues habiendo transcurrido cuatro años desde su vigencia, no se ha celebrado ningún contrato de asocio público privado. Es precisamente de las luces y de las sombras de la LEAPP que pretendemos ocuparnos, brevemente, en el presente artículo.

## **II. EL CONTRATO DE ASOCIO PÚBLICO-PRIVADO EN EL MARCO DE LA MODERNA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA**

Reconocida la insuficiencia de las fórmulas concesionales contenidas en la LACAP para atraer capitales privados destinados al desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios públicos, El Salvador apostó por la creación de un nuevo marco legal especial, la LEAPP<sup>1</sup>, siguiéndose de esa manera los pasos de México, Guatemala y Honduras, países que también han estrenado marcos legales destinados a regular formas de colaboración de similar naturaleza<sup>2</sup>.

El contrato de asocio público privado introducido en el ordenamiento salvadoreño por la LEAPP es definido por el artículo 6 literal e) de dicha ley como el acuerdo suscrito entre una institución contratante del Estado y un participante privado que tiene por objeto, por medio de las diferentes modalidades contractuales enunciadas en el artículo 4 de la misma ley, la provisión de infraestructuras y la prestación de servicios públicos, de interés general y otros de carácter privado complementarios a éstos.

---

<sup>1</sup> Contendida en D.L. No. 379, de 23 de mayo de 2013, publicado en el D.O. No. 102, T. 399, de 5 de junio de 2013.

<sup>2</sup> Nos referimos, en México, a la Ley de Asociaciones Público Privadas, de 14 de diciembre de 2011, publicada en el Diario Oficial de la Federación No. 13, tomo DCC, de 16 de enero de 2012; en Guatemala, a la Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica, de 13 de abril de 2010, publicada en el Diario de Centro América de 18 de agosto de 2010; y en Honduras a la Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada, de 11 de agosto de 2010, publicada en La Gaceta, número 32,317, de 16 de septiembre de 2010. Debe decirse, sin embargo, que no obstante la identidad de los propósitos que motivaron tanto la creación de la LEAPP como de los nuevos marcos normativos de los tres países mencionados, no es posible advertir que las nuevas legislaciones de México, Guatemala y Honduras hayan ejercido influencia alguna en el legislador salvadoreño, el que prefirió confeccionar la LEAPP recurriendo a partes de la regulación contenida en la LACAP y a retazos extraídos de las legislaciones peruana, chilena y uruguaya.

Siendo que el contrato de asocio público privado constituye una fórmula que puede inscribirse dentro de la tendencia a la que se denomina colaboración público-privada - traducción bastante libre del término inglés *Public-Private Partnerships*, que se suele abreviar como PPP - es necesario referirnos, así sea de una manera muy general, a tal clase de colaboración.

No obstante la cada vez mayor utilización de fórmulas de colaboración público-privada a nivel internacional, la elaboración de un concepto jurídico unitario y de aceptación general no resulta tarea sencilla, puesto que con dicho término se abarca un importante conjunto de técnicas y modalidades, muchas de las cuales difieren sustancialmente entre sí. Existe, eso sí, un consenso doctrinario acerca de lo controvertido que resulta el término colaboración público-privada, por cuanto con dicha categorización se abarca una multitud de significados. En efecto, no existe ni una noción uniforme e internacionalmente aceptada de lo que es la colaboración público-privada ni un claro concepto de sus alcances<sup>3</sup>.

La dificultad en formular una definición definitiva y de alcance general de la colaboración público-privada deriva, en nuestro entender, de la existencia en la doctrina de

---

<sup>3</sup> Vid. FUERTES FERNANDEZ, A., “Fundamentos de la colaboración público-privada para la dotación de infraestructuras y servicios públicos”, en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, REDETI*, año X, No. 29, mayo-agosto de 2007, p. 29; PALOMAR OLMEDA, A., “El contrato de colaboración público-privada”, en *La colaboración público privada. Análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, AA.VV., dir. PALOMAR OLMEDA, A., coord. ÁLVARO MONTERO, Á., 1ª ed., Editorial Aranzadi, S.A., Cizus Menor, Navarra, 2011, p. 86; WEIHE, G., *Public-Private Partnerships: Addressing a Nebulous Concept*, Working Paper No. 16, ed. KASPERSEN, L.B. International Center for Business and Politics, Copenhagen Business School, Frederiksberg, Dinamarca, 2005, p. 3; HEMMING, R., *Public Private Partnerships, Government Guarantees and Fiscal Risk*, International Monetary Fund, Washington, D.C., 2006, p. 4; ARAGONE RIVOIR, I., “Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: Modelos, pautas de utilización y desafíos”, en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, REDETI*, año IX, No. 25, 2006, p. 90; BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público, especial aplicación a las entidades locales*, 1ª ed., La Ley, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2009, p. 63; DE ÁLVARO MONTERO, A., ACHA BESGA, B., “Análisis diacrónico de las formas de colaboración entre los Estados y el Sector Privado y, en particular, la colaboración público privada en el ámbito de Defensa”, en *La colaboración público privada. Análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, AA.VV., dir. PALOMAR OLMEDA, A., coord. ÁLVARO MONTERO, Á., 1ª ed., Editorial Aranzadi, S.A., Cizus Menor, Navarra, 2011, pp. 46-47; MORENO MOLINA, J.A., PUERTA SEGUIDO, F., “La regulación comunitaria europea de las concesiones de obra pública”, en *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, AA.VV., dir. PUERTA SEGUIDO, F., La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 10; DELMON, J., *Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure*, Policy Research Working Paper No. 5173, The World Bank, 2010, p. 9; CARTLIDGE, D., *Public Private Partnerships in Construction*, 1ª ed., Taylor and Francis, Abingdon, Reino Unido, 2006, pp. 6-7; LI, B., AKINTOYE, A., “An overview of public-private partnership”, en *Public-Private Partnerships. Managing risks and opportunities*, AA.VV., ed. AKINTOYE, A., BECK, M., HARDCASTLE, C., Blackwell Science Ltd., Oxford, Reino Unido, 2003, pp. 3-4.

distintas líneas de investigación, las que difieren entre sí en lo que respecta a los diferentes significados asociados al concepto<sup>4</sup>. Así, la formulación de una definición jurídicamente útil requiere necesariamente de una previa acotación, aclarándose a cuál de sus variadas formas se hace referencia, dependiendo de cuál es el enfoque bajo el cual se analiza el asunto.

Por ello, acotándosele al desarrollo de infraestructuras y a la prestación de servicios públicos (y teniendo muy presente la dificultad que encierra el ofrecer una definición que logre abarcar el amplio abanico de modalidades que bajo ese macroconcepto se aglutinan), nos animamos a sostener que colaboración público-privada es un término genérico que permite englobar un conjunto de diferentes modelos jurídicos y financieros en virtud de los cuales, ya sea por medio del establecimiento de una relación de naturaleza puramente contractual o mediante la participación conjunta en una persona jurídica distinta, dos o más entidades, de las cuales al menos una tiene naturaleza pública y una naturaleza privada, comparten recursos, responsabilidades, experiencias y conocimientos, en una relación a largo plazo con una adecuada repartición de riesgos, con el fin de construir, mantener, renovar o equipar infraestructuras públicas; o de aportar bienes propios del participante privado; todo con el propósito de prestar servicios públicos o realizar actividades de interés general, bajo el control y la supervisión del sector público.

Como consecuencia de la cantidad de distintos conceptos que existen de la colaboración público-privada, se ofrecen de igual manera variados criterios para clasificar las fórmulas mediante las cuales se lleva a cabo la misma, los cuales dependen de diversos factores, como las características propias de los sectores en los que las colaboraciones se implementan y las específicas necesidades públicas que se pretenden cubrir por medio de las mismas. En el ámbito comunitario europeo se suele utilizar una clasificación basada en dos amplias categorías, como son la colaboración público-privada de naturaleza contractual y la colaboración público-privada de tipo institucionalizado. Dicha clasificación ha sido propuesta por la Comisión Europea<sup>5</sup> y se trata de una clasificación autónoma con respecto a

---

<sup>4</sup> Sobre las diferentes perspectivas desde las cuales la doctrina generalmente se acerca al fenómeno de la colaboración público-privada, *vid.* WEIHE, G., *op. cit.*, pp. 6-8; y LINDER, S.H., “Coming to Terms with the Public-Private Partnership. A Grammar of Multiple Meanings”, en *American Behavioral Scientist*, vol. 43 No. 1, septiembre 1999, p. 35.

<sup>5</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, COM (2004) 327 final, Bruselas, 2004, pp. 8-9. Dicha clasificación ha sido retomada por Naciones Unidas, como se advierte en COMISIÓN ECONÓMICA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EUROPA, *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private*

los ordenamientos europeos, diseñada para facilitar la consideración de las operaciones de colaboración público-privada desde el punto de vista del *soft law* de la Unión Europea, logrando así en alguna medida construir un lenguaje común, al margen de las particularidades de cada ordenamiento jurídico<sup>6</sup>.

A nuestro juicio, dadas su generalidad y la ausencia de anclaje en ordenamientos jurídicos específicos, tal clasificación resulta también útil para abordar el estudio sobre los distintos tipos de fórmulas de colaboración público-privada fuera del ámbito de la Unión Europea.

La colaboración público-privada de tipo contractual se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes. Engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio. Dentro de la colaboración público-privada de naturaleza contractual es posible identificar dos modelos principales: el de concesión y el de contrato público<sup>7</sup>.

---

*Partnerships*, Naciones Unidas, Ginebra, 2008, p. 1; y es además utilizada por la doctrina como base para el abordaje del tema, como puede constatarse, por ejemplo, en: MÍGUEZ MACHO, L., “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, en *Revista de Administración Pública, RAP*, No. 175, Madrid, enero-abril de 2008, p. 159; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2010, p. 19; DE ÁLVARO MONTERO, A., ACHA BESGA, B., *op. cit.*, p. 46; PALOMAR OLMEDA, A., *op. cit.*, p. 88; BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *op. cit.*, pp. 63-64; DORREGO DE CARLOS, A., MARTINEZ VÁSQUEZ, F., “La colaboración público-privada”, en *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, AA.VV., dir. DORREGO DE CARLOS, A., MARTÍNEZ VÁSQUEZ, F., La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, 2009, p. 36; y GARCÍA CAPDEPÓN, P.M., “Los contratos de colaboración público-privada”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, No. 3, enero-junio de 2005, pp. 109-110.

<sup>6</sup> Vid. MÍGUEZ MACHO, L., *op. cit.*, p. 159.

<sup>7</sup> Esta división puede parecer extraña en aquellos países en los cuales las concesiones son consideradas como contratos, como ocurre por ejemplo en El Salvador, pero es necesario tener en cuenta que no en todos los países se les considera como tales. En efecto, las concesiones de obra y de servicios públicos no son colaboración público-privada de tipo institucionalizada, pero en varios países europeos tampoco se les concibe como modalidades puramente contractuales. De hecho, la distinción entre las modalidades concesionales y las de contratos públicos se acentúa más en lo que se refiere al registro de las operaciones en las cuentas nacionales de los países europeos, hasta el punto que, para tales efectos, EUROSTAT no considera a las concesiones como colaboración público-privada, haciendo una clara distinción entre las concesiones y la colaboración público-privada en las cuentas nacionales. Para esos fines, el término concesión se utiliza exclusivamente para describir contratos de largo plazo en los cuales la mayor parte de los ingresos del socio privado provienen de los usuarios finales del servicio, y el gobierno no realiza pagos regulares al socio o dichos pagos no constituyen la mayor parte de los ingresos del mismo. Por el contrario, en las fórmulas de colaboración público-privada, la mayoría de los ingresos que el socio privado obtiene como consecuencia del contrato provienen de pagos que el gobierno realiza, por ejemplo por medio de peajes sombra. La clasificación que en modelos concesionales y modelos de contratos públicos hace el *soft law* de la Unión Europea resulta explicable, por cuanto con la misma se pretende

El modelo concesional puede distinguirse por dos elementos diferenciadores. Por una parte, existe una conexión directa entre la entidad privada y el público usuario de la infraestructura o el servicio, por lo que aquella presta el servicio directamente a los usuarios, aunque bajo el control del socio público; y por la otra parte, la remuneración que el socio privado recibe le es pagada por los usuarios del servicio, sin perjuicio de que en algunos casos pueda complementarse por medio de aportes o subvenciones gubernamentales.

En contraste, en el modelo de contrato público la remuneración del actor privado tiene su origen en pagos periódicos realizados por el socio público y no por los usuarios del servicio, como ocurre en la concesión. Así, en este modelo, la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la Administración, con lo cual se cubren básicamente los mismos elementos que en las concesiones, radicando la diferencia en que, por razones prácticas o políticas, los pagos son efectuados por el socio público, lo cual ocurre por lo general en el caso de infraestructuras que no tienen carácter productivo, como colegios, hospitales o cárceles; o cuyos costos no se desea que sean pagados por los contribuyentes, como puede ocurrir con las infraestructuras de transporte.

Por otra parte, las fórmulas de colaboración público-privada de tipo institucionalizado, a diferencia de lo que ocurre en las de tipo contractual, en las que la relación se basa exclusivamente en vínculos contractuales, implican la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado. Es decir, las relaciones de colaboración entre el sector público y el privado se producen en el seno de una persona jurídica distinta, de la que ambos forman parte.

### **III. CONCEPTO, NATURALEZA Y TIPOLOGÍA DEL CONTRATO DE ASOCIO PÚBLICO PRIVADO**

Como antes se ha visto, el artículo 6 literal e) LEAPP define al contrato de socio público privado como el acuerdo suscrito entre una institución contratante del Estado y un participante privado que tiene por objeto, por medio de las diferentes modalidades contractuales enunciadas en el artículo 4 de la misma ley, la provisión de infraestructuras y

---

superar las dificultades que se derivan de la coexistencia de distintas tradiciones jurídicas en el tema que nos ocupa.



la prestación de servicios públicos, de interés general y otros de carácter privado complementarios a éstos.

Aunque el artículo 4 LEAPP no asigna una denominación propia a cada una de las modalidades de las que se ocupa, los elementos contenidos en la definición que de cada una de ellas ofrece la disposición legal en comento justifica que podamos denominarlas: (a) contrato de asocio público privado implementado mediante concesión de obra pública; (b) contrato de asocio público privado implementado mediante concesión de servicio público; y (c) contrato de asocio público privado para la explotación o ejecución de actividades de interés general.

De la definición que la LEAPP brinda de cada una de dichas modalidades, las que adelante se verán, se desprende que más que de distintas modalidades de un contrato único, se está en presencia de tres tipos contractuales autónomos, perfectamente distinguibles.

Por ello, el contrato de asocio público privado, más que un tipo contractual en sí mismo, viene a ser un género, que puede manifestarse por medio de los tres contratos distintos que arriba se han enunciado. Así, aun cuando la LEAPP pretenda presentar al contrato de asocio público privado como un contrato singular, se trata en realidad de un término paraguas que encierra una tríada de técnicas contractuales para la gestión indirecta de los servicios públicos o la realización de actividades de interés general.

En cuanto al contrato de asocio público privado implementado mediante concesión de obra pública, establece el artículo 4 literal a) LEAPP que el mismo es aquel en el que la institución contratante del Estado entrega al participante privado bienes u obras materiales de dominio público para que, según corresponda, construya, amplíe, equipe, repare o mantenga una obra a ser explotada y destinada a brindar un servicio público, mediante concesión de obra pública. Según la norma citada, dicha clase de asocio puede recaer sobre bienes nacionales de uso público o sobre bienes fiscales.

En lo que se refiere al contrato de asocio público privado implementado mediante concesión de servicio público, el artículo 4 literal b) LEAPP dispone que en virtud de tal contrato el particular destina bienes propios para brindar un servicio público, mediante concesión de servicio público. Según el texto de la norma citada, este tipo contractual puede presentar dos modalidades, atendiendo al destino que, al final de la concesión, tendrán de los bienes utilizados para desarrollar la actividad prestacional objeto del contrato. Así, se

distingue entre aquellos socios en los cuales el concesionario conservará la propiedad sobre los bienes que ha destinado para la prestación del servicio público; y aquellos en los que la propiedad de dichos bienes pasará a favor del Estado.

Del tratamiento que la LEAPP da a las dos modalidades contractuales se evidencia que las mismas se articulan en base a fórmulas concesionales, específicamente la concesión de obra pública y la concesión de servicio público, técnicas que, antes de la creación de la LEAPP, ya encontraban regulación en la LACAP. Por esa razón, ni el contrato de socio público privado implementado mediante concesión de obra pública ni el contrato de socio público privado implementado mediante concesión de servicio público representan ninguna novedad en cuanto a su naturaleza se refiere, pues no obstante etiquetarlos la LEAPP como contratos de socio público privado, no son en realidad contratos que presenten una sustantividad propia, sino que, en el fondo, se trata de concesiones de obra pública y de servicio público, a las cuales se dota de algunas nuevas regulaciones, inexistentes en la LACAP.

Junto a las dos fórmulas concesionales a las que antes nos hemos referido, el artículo 4 literal c) LEAPP introduce una modalidad contractual de indudable novedad en el Derecho salvadoreño: el contrato de socio público privado para la explotación o ejecución de actividades de interés general.

Más allá del hecho que dicha clase de socio no se estructura en base a un modelo concesional, esta modalidad se diferencia de las dos anteriores por la finalidad que se persigue, puesto que la misma no consiste en la prestación de un servicio público sino en la explotación o ejecución de una actividad de interés general, disponiendo el artículo 6 literal a) LEAPP que debe entenderse por actividades de interés general aquellas que tienen por objeto el impulso de sectores estratégicos de la economía mediante el fomento de la tecnología, la ciencia, la innovación, la investigación y el desarrollo.

#### **IV. LAS LUCES**

En varios aspectos no carentes de importancia la regulación contenida en la LEAPP representa un sustantivo avance frente al tratamiento que las concesiones de obra pública y de servicio público reciben en la LACAP. Nos ocuparemos a continuación de aquellos que nos parecen tienen mayor relevancia.

## 1. El régimen económico-financiero

Resulta notable que, no obstante la complejidad que caracteriza a las fórmulas concesionales, la que se manifiesta desde la concepción misma de los proyectos y que se extiende hasta la ejecución de los respectivos contratos, la regulación contenida en la LACAP sea muy escasa y no prevea situaciones que resultan de especial importancia para la exitosa implementación de proyectos bajo la modalidad de colaboración público-privada. En especial, resalta de la regulación que la LACAP hace del contrato de concesión de obra pública la ausencia de un régimen económico-financiero detallado.

En efecto, en lo relativo a la fase de construcción, no resulta claro si existe habilitación legal para que la entidad pública concedente pueda contribuir al financiamiento de la obra, cuando por razones de conveniencia o necesidad pública ello se vuelve necesario. Al respecto, el artículo 135 literal f) LACAP<sup>8</sup> prevé la posibilidad de existencia de subsidios otorgados por el Estado, aunque lo lacónico de la redacción no permite determinar con certeza si con dicha ayuda pública se hace referencia a la posibilidad de que exista un financiamiento conjunto, público y privado, de la obra; o si más bien se trata de una posible contribución pública a la retribución que corresponderá al concesionario en la fase de operación de la infraestructura. Así, la disposición citada no permite distinguir si el subsidio puede ocurrir durante la fase de construcción de la obra, mediante aportes públicos a la construcción; o si más bien se hace relación a la habilitación para que la entidad concedente pueda resarcir al concesionario en la fase de explotación de la misma, pagando por el uso que los usuarios realicen de la misma o completando dicho pago con el propósito de disminuir el importe que a los usuarios corresponderá pagar.

En cuanto a la fase de explotación por parte del concesionario del servicio público al que la obra es destinada, la misma constituye la fuente de resarcimiento de las inversiones, por lo que será durante la fase de explotación del servicio cuando el concesionario obtendrá los fondos necesarios para amortizar las inversiones que hubo de realizar para la construcción, mejoramiento, reparación o mantenimiento de la obra, además de obtener los réditos correspondientes. Sin embargo, la LACAP tampoco regula de manera detallada el

---

<sup>8</sup> “Art. 135.- La celebración de los contratos de concesión a que se refiere esta Ley, se hará previo cumplimiento de los requisitos mínimos siguientes: (...) f) Determinar el subsidio que otorgará el Estado, en caso existiere;”.

régimen económico-financiero aplicable a la retribución del contratista. Del texto del artículo 135 literal d) LACAP, referente a la estructura tarifaria<sup>9</sup>, se entiende que el concesionario recibirá su retribución por medio de tarifas a cobrarse a los usuarios del servicio prestado por medio de la obra, la que constituye el soporte instrumental para tal prestación; sin que resulte claro si es posible que la existencia de subsidios estatales contemplados en la ley se refiera a la fase de explotación, pudiendo por tanto la entidad concedente contribuir en parte al pago de las tarifas a cargarse a los usuarios; o abonando totalmente las mismas en atención el uso que de la obra hagan los usuarios, por medio del establecimiento de peajes sombra.

En estos aspectos, la LEAPP representa un sustantivo avance frente a la LACAP, al regular de manera más detallada lo relativo al régimen económico-financiero aplicable a los contratos de socio público-privado. Por una parte, el artículo 5 LEAPP, influido por la legislación peruana<sup>10</sup>, clasifica a los contratos de socio, atendiendo a su naturaleza económica, en autosostenibles y cofinanciados. En los socios autosostenibles tanto los costos del proyecto como la rentabilidad del participante privado resultan cubiertos en su totalidad por las tarifas o valores que se cobren directamente a los usuarios, sin que pueda existir ningún aporte o garantía pública; mientras que en los socios cofinanciados la sostenibilidad económica del proyecto justifica la existencia de aportes o garantías del Estado, pudiendo en esta clase de socios tener las erogaciones públicas la calidad de firmes o contingentes, o una combinación de ambas.

Según establece el artículo 65 LEAPP, los compromisos firmes constituyen obligaciones a cargo del Estado de pagar al participante privado una contraprestación, ya sea mediante cuotas periódicas que tengan como finalidad retribuir la inversión en que incurre el participante privado; o cuotas periódicas que tengan como finalidad retribuir la actividad de explotación y conservación en que incurre el participante privado para la prestación del servicio. En cuanto a los compromisos contingentes, la misma disposición legal los define como las potenciales obligaciones de pago a cargo del Estado y a favor del participante

---

<sup>9</sup> “Art. 135.- La celebración de los contratos de concesión a que se refiere esta Ley, se hará previo cumplimiento de los requisitos mínimos siguientes: (...). d) Establecer la estructura tarifaria respectiva, así como las fórmulas de los reajustes tarifarios y su sistema de revisión, previa aprobación de la autoridad concedente;”.

<sup>10</sup> Vid. Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la Generación de Empleo Productivo, Decreto Legislativo No. 1012, de 12 de mayo de 2008, publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, de fecha 13 de mayo de 2008.

privado, correspondientes a las garantías que el primero haya otorgado, a fin de mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación privada.

De esa manera, el régimen económico-financiero contenido en la LEAPP resulta amplio, por cuanto la retribución que el socio privado recibirá por el desarrollo de la infraestructura y los servicios prestados podrá: a) ser abonada directamente por los usuarios de los servicios asociados a la infraestructura, lo que ocurrirá en el caso de los socios autosostenibles<sup>11</sup>; o b) ser pagada directamente por la Administración<sup>12</sup>, ya sea a través de abonos periódicos, en el caso de los socios cofinanciados que prevean erogaciones firmes; o por medio de pagos eventuales, en el caso de los socios cofinanciados que impliquen erogaciones contingentes.

Debe señalarse, empero, que la LEAPP presenta una importante limitante en cuanto al régimen económico-financiero, consistente en que aquellos socios que tengan la calidad de cofinanciados no podrán ser implementados por medio de iniciativa privada. Siendo que las entidades públicas contratantes tienen la facultad de determinar si un proyecto presentado responde a las necesidades públicas existentes, la iniciativa privada no compromete a dichas entidades públicas a aceptar el proyecto propuesto. Por esa razón, el tratamiento que la LEAPP da a este asunto resulta inadecuada, por cuanto se priva al sector público de recibir, para su consideración, propuestas de proyectos que, aun cuando impliquen erogaciones públicas, pueden resultar convenientes para el interés general.

---

<sup>11</sup> Esta clase de socio equivale por tanto al denominado modelo concesional en el *soft law* de la Unión Europea, en el cual, como se ha visto antes, existe una conexión directa entre la entidad privada y el público usuario de la infraestructura o el servicio, por lo que aquella presta el servicio directamente a los usuarios, aunque bajo el control del socio público; y la remuneración que el socio privado recibe le es pagada por los usuarios del servicio; y a la modalidad denominada *free-standing projects* o proyectos autofinanciados del Reino Unido, en la que el socio privado desarrolla la infraestructura y recupera los costos, en su totalidad, por medio de cargos que hace a los usuarios finales de los servicios por la utilización de los mismos.

<sup>12</sup> Correspondiendo este tipo de socio al modelo denominado contrato público en los documentos de trabajo de la Unión Europea, como se ha señalado antes, en el que la remuneración del actor privado tiene su origen en pagos periódicos realizados por el socio público y no por los usuarios del servicio, por motivos prácticos o políticos, como es el caso de de infraestructuras que no tienen carácter productivo o cuyos costos no se desea que sean pagados por los contribuyentes; y a los denominados en el Reino Unido *services sold to the public sector* o servicios proveídos al sector público, conocidos como *shadow toll projects* o peajes sombra, en los que el socio privado construye la infraestructura y recupera la inversión mediante pagos que recibe directamente de la Administración por los servicios que presta.

## **2. La necesidad de justificar el recurso a las fórmulas de colaboración público-privadas**

Rasgo común a las dos clases de concesiones que la LACAP regula - la de obra pública y la de servicio público - es que tal ley no contiene norma alguna que obligue a las entidades públicas a realizar un análisis para decidir, de manera técnica y objetiva, la conveniencia o no de utilizar las fórmulas concesionales para el desarrollo de un proyecto específico, comparando los resultados que se obtendrían si el mismo fuera ejecutado directamente por las entidades públicas<sup>13</sup>.

Lo anterior constituye un importante vacío, por cuanto el desarrollo de estos análisis permite asegurar la neutralidad de los funcionarios públicos al adoptar la decisión sobre si desarrollar o no un proyecto bajo la modalidad de colaboración público-privada, siendo que no es posible determinar, de manera general y apriorística, que tales fórmulas resulten siempre la opción más conveniente para que la Administración pueda llevar a cabo sus proyectos.

Así, la absoluta discreción que la LACAP franquea a las entidades públicas para decidir someter un proyecto a un esquema concesional hace depender del arbitrio de las autoridades, sin el fundamento de análisis previos obligatorios, el elegir mecanismos de colaboración público-privada en lugar de formas tradicionales de contratación pública, con el riesgo de que se afecten los intereses colectivos, puesto que no es posible determinar, de manera general, que tales mecanismos constituyan las alternativas más convenientes en todos los casos. Este estado de cosas resulta, además de inconveniente, peligroso para los intereses públicos, pues la experiencia internacional demuestra que una de las causas de los fracasos de determinados proyectos realizados bajo fórmulas de colaboración público-privada ha sido precisamente la aplicación de estas fórmulas cuando no eran las adecuadas para dichos proyectos.

En contraste, por medio de la LEAPP se instituye por vez primera en el ordenamiento salvadoreño la obligación de las entidades públicas contratantes de justificar la conveniencia de desarrollar cada proyecto específico bajo la modalidad de colaboración público-privada.

---

<sup>13</sup> El artículo 135 LACAP, disposición que establece los requisitos que deben cumplirse con anterioridad a la celebración de los contratos de concesión que regula, no requiere de la realización de tales análisis.

En efecto, la vigencia de la LEAPP ha producido un importante salto de calidad, al incorporar el espíritu del *Value for Money*.

Aunque el *Value for Money* es un elemento esencial en el esquema de colaboración público-privada, el concepto detrás de dicha noción no resulta fácil de definir, puesto que depende de cada proyecto específico. En el Reino Unido, la National Audit Office<sup>14</sup> lo define como el logro de la combinación óptima de los costos por todo el ciclo de vida para satisfacer los requerimientos de los usuarios. Sin embargo, el *Value for Money* no está basado exclusivamente en la obtención del menor costo, sino que además toma en cuenta la combinación entre transferencia de riesgos, costos por todo el ciclo de vida y el servicio a prestarse por medio de la infraestructura, como fundamentos para decidir cuál alternativa ofrece el mayor valor<sup>15</sup>.

Siendo el *Value for Money* un concepto relativo, la obtención del mismo requiere de la comparación de los resultados que se podrían obtener mediante la utilización de otras opciones de contratación pública. En el Reino Unido, por ejemplo, dicha comparación, y por tanto la determinación del *Value for Money*, se lleva a cabo por medio del modelo denominado *Public Sector Comparator*, PSC, el cual consiste en la estimación acerca de lo que el proyecto costaría si se utilizaran métodos de contratación tradicionales. De esa manera, es posible determinar si el financiamiento privado de un proyecto ofrece o no mayor *Value for Money* que la utilización de fórmulas tradicionales de contratación<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Sobre el *Value for Money*, vid. NATIONAL AUDIT OFFICE, *Examining the Value for Money of deals under the Private Finance Initiative*, Londres, 1999 p. 66; YESCOMBE, E.R., *Public Private Partnerships. Principles of Policy and Finance*, 7ª ed., Butterworth-Heinemann, Oxford, Reino Unido, 2007, p. 18; HM TREASURY, *Value for Money Assessment Guidance*, 2006; SHAOUL, J., STAFFORD, A., STAPLETON, P., *The fantasy of Private Finance for transport via Public Private Partnerships*, Discussion Paper No. 2012-6, OCDE, Manchester, Reino Unido, 2012, pp. 8-9; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Public-private partnerships governance. Policy, process and structure*, OECD Reviews of Policy Reform, 2012, p. 186.

<sup>15</sup> Vid. YESCOMBE, E.R., *op. cit.*, p. 18; y ORTIZ CALLE, E., “La fiscalidad del contrato de colaboración público-privada”, en *La colaboración público privada. Análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, AA.VV., dir. PALOMAR OLMEDA, A., coord. ÁLVARO MONTERO, Á., 1ª ed., Editorial Aranzadi, S.A., Cizus Menor, Navarra, 2011, p. 381.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en el ordenamiento mexicano, específicamente para los proyectos a desarrollarse al amparo de la Ley de Asociaciones Públicas Privadas, el denominado “valor por el dinero” se obtiene aplicando la metodología de evaluación denominada “comparador público privado”, consistente en comparar el costo de desarrollar un proyecto a través de un esquema de asociación público-privada, respecto al costo de realizarlo a través del proyecto público de referencia, en términos ajustados por riesgo. Así, el resultado que arroja el comparador público privado es el valor por el dinero.

El artículo 6 literal b) LEAPP define el “análisis de valor por dinero” como la evaluación de carácter cuantitativo o cualitativo que permite determinar que un proyecto de asocio público-privado es, desde un punto de vista social y económico, la mejor modalidad de provisión de infraestructuras o de servicios público. Asimismo, el artículo 8 literal j) LEAPP enuncia, bajo el principio general de eficiencia económica, que los mecanismos contemplados para la realización de contratos de asocio público privado deberán ser aprobados sólo cuando se compruebe, mediante estudios económicos y dictámenes técnicos, que éstos constituyen una opción eficiente, eficaz y sostenible para el desarrollo de la infraestructura y la prestación de los servicios. En adición, el artículo 32 literal a) LEAPP establece que deberá demostrarse que el asocio propuesto genera valor económico y social; así como determinarse, mediante un análisis de valor por dinero, que el mismo constituye la manera más eficiente y eficaz de lograr los fines buscados, debiendo justificarse la conveniencia de utilizar esta modalidad como alternativa a las formas de inversión pública tradicionales.

Aun cuando la introducción de la noción del “valor por dinero” en el ordenamiento salvadoreño resulta destacable, por cuanto tiene como propósito que la decisión de entablar una relación de colaboración público-privada esté fundamentada en el interés general y alejada de la subjetividad de las autoridades públicas, no puede obviarse el hecho de que el tratamiento que la LEAPP brinda al “valor por dinero” no tiene la intensidad suficiente como para que tal herramienta cumpla de manera completa con el propósito antes enunciado. En efecto, si el “valor por dinero” es una herramienta tendiente a demostrar si resultará o no más conveniente estructurar un proyecto en forma de colaboración público-privada, frente a la posibilidad de que la Administración gestione de manera directa el desarrollo de la infraestructura o la prestación del servicio público, su obtención requiere de la comparación de los resultados que se podrían obtener mediante la utilización de otras opciones de contratación pública.

Es precisamente la ausencia de regulación legal de esta técnica de comparación en donde reside la debilidad de la noción de “valor por dinero” contenida en la LEAPP, por cuanto la misma prescinde de cualquier referencia a la necesidad de que dicho “valor por dinero” sea obtenido como resultado del desarrollo de un ejercicio de comparación, llevado a cabo en base a un modelo determinado. Por lo anterior, nos parece que los estudios



económicos y los dictámenes técnicos a los que hace alusión el artículo 8 literal j) LEAPP, así como el estudio de factibilidad económica que enuncia el artículo 32 literal a) de la misma ley, no resultan suficientes como para suplir adecuadamente a un análisis comparativo.

### **3. El establecimiento de un plazo máximo**

Si bien es cierto el elemento temporal de las fórmulas concesionales - el que respecto a las obras materiales de uso público exige el artículo 120 Cn.<sup>17</sup> y el que la jurisprudencia salvadoreña ha caracterizado como elemento de la esencia de las concesiones<sup>18</sup> - está implícito en las definiciones que de la concesión de obra pública y de la concesión de servicio público ofrece la LACAP<sup>19</sup>, debe señalarse que la regulación que este cuerpo normativo hace de las concesiones apuntadas carece del establecimiento de un plazo máximo de duración de las mismas.

Esta situación tiene como consecuencia que corresponde a las entidades concedentes la determinación de la duración del plazo de cada una de las concesiones que se celebren, proceder al que, en principio, no es posible hacer reproche alguno, siendo que el plazo de las concesiones debe necesariamente ser determinado casuísticamente, por cuanto su duración dependerá tanto del objeto de la concesión de que se trate como de la manera en que el concesionario percibirá la retribución por sus inversiones.

Sin embargo, la ausencia de un plazo máximo legalmente establecido tiene como consecuencia que sería posible para una entidad concedente acordar un plazo exageradamente dilatado, con lo cual, si bien es cierto se daría en apariencia cumplimiento

---

<sup>17</sup> Establece la mencionada disposición constitucional que en esa clase de concesiones resulta necesario estipular el plazo de las mismas.

<sup>18</sup> La Sala de lo Constitucional ha sostenido que la existencia de concesiones permanentes supone una suerte de monopolio fáctico que pretende ser evitado por la exigencia del plazo referido en el artículo 120 Cn.. En adición, con la concesión permanente se privaría al Estado de una revisión periódica de la decisión estratégica de asignación de esos recursos, dando lugar a la existencia de una especie de vinculación perpetua, situación que, tratándose de la explotación de bienes demaniales, y por lo tanto, de interés para la generalidad de los habitantes, no puede concesionarse de forma perenne, sin definición del período de vigencia o expiración del contrato y sin la posibilidad de finalización de la relación contractual en razón de dicha causa. *Vid.* sentencia de la Sala de lo Constitucional de 27 de junio de 2012, pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad ref. 28-2008.

<sup>19</sup> Tanto el artículo 131 LACAP, referente a la concesión de obra pública; como el artículo 131-Bis de la misma ley, concerniente a la concesión de servicio público, establecen la temporalidad de dichas fórmulas concesionales.

al requisito constitucional antes mencionado y a la obligatoria temporalidad contenida en las definiciones que la LACAP ofrece, en realidad se estarían burlando dichos principios.

La LEAPP, en cambio, se adecua al requisito constitucional al disponer el artículo 8 literal e) que los contratos que dicha ley regula deberán contemplar un plazo máximo, el que en ningún caso podrá exceder de cuarenta años, computándose las eventuales prórrogas dentro de dicho plazo máximo.

#### **4. El régimen para el mantenimiento del equilibrio contractual**

Los contratos de asocio público privado regulados por la LEAPP, no obstante su carácter contractual, se encuentran sujetos por su naturaleza administrativa a un conjunto de potestades legalmente establecidas en favor de las entidades contratantes, las que las sitúan en un plano de superioridad frente a los socios privados. Tales prerrogativas encuentran su justificación en el aseguramiento de los intereses públicos que debe cumplir la Administración; y su correcto y razonable ejercicio permite alcanzar de manera adecuada la prestación eficiente a la colectividad de los servicios públicos encomendados al particular.

Estas potestades unilaterales de la Administración se encuentran recogidas a lo largo de la LEAPP en un conjunto de disposiciones dispersas que conceden a las entidades públicas varias facultades exorbitantes, de distinto alcance e intensidad, entre ellas el poder de vigilancia y control, el *ius variandi*, la terminación anticipada unilateral y el poder correctivo sancionador. A dichas prerrogativas, sobre las cuales no nos ocuparemos aquí en detalle, deben añadirse aquellas contenidas en la LACAP, en virtud de que el artículo 104 LEAPP establece que se aplicarán supletoriamente las normas contenidas en leyes distintas que con carácter general o especial regulen la misma materia, en los aspectos no regulados en la LEAPP y que no resulten incompatibles con lo dispuesto en la misma.

Ahora bien, la existencia de tales potestades exorbitantes a favor de las entidades públicas implica la correlativa necesidad de que, cada vez que esas intervenciones ocurran, deban adoptarse aquellas medidas que permitan garantizar el mantenimiento del equilibrio económico de los contratos, conciliando los intereses generales con los intereses propios del participante privado. Esta noción fundamental del equilibrio económico de los contratos se basa en la idea de que en los contratos de esta clase debe existir una correlación entre las ganancias y los deberes de las partes, por medio de la equivalencia entre lo que se concede

al socio privado y lo que se le exige, que es lo que constituye la ecuación financiera del contrato. Esa necesaria conjugación entre las potestades exorbitantes y el mantenimiento de la ecuación contractual<sup>20</sup>, la cual debe estar presente en todos los contratos administrativos, si es que se desea que los mismos sean eficaces, cobra especial relevancia en el caso de las fórmulas de colaboración público-privada, por cuanto en las mismas el rasgo de colaboración entre las entidades públicas y las empresas privadas resulta más acentuado que en las formas tradicionales de contratación pública.

En estos aspectos, la LEAPP representa un sustantivo avance respecto del tratamiento contenido en la LACAP para los contratos de concesión, por cuanto esta última ley carece de un régimen claro respecto de las medidas tendientes a mantener el equilibrio contractual. En efecto, junto a las potestades exorbitantes que habilita, la LEAPP establece, de manera expresa y clara, el correlativo deber de adoptar aquellas acciones destinadas a atemperar los efectos que el ejercicio de esas prerrogativas puede producir en la esfera económica de los participantes privados. En adición, la LEAPP introduce, por vez primera en la legislación administrativa salvadoreña, el reconocimiento de la doctrina del *factum principis* y establece un régimen que permite remediar los efectos derivados del mismo.

En lo que atañe al *ius variandi*, frente a la potestad otorgada por el artículo 63 LEAPP en favor de las entidades públicas contratantes de modificar las características de las obras o servicios contratados, con el objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación o por otras razones de interés público debidamente razonadas; la misma disposición citada establece la obligación de la entidad pública contratante de compensar al participante privado por los efectos que esas exigencias pueden producir en el contrato, en la medida en que tales cambios afecten negativamente el equilibrio económico-financiero del mismo<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Vid. DROMI, R., *Derecho Administrativo*, 11ª ed., Editorial Ciudad Argentina-Hispania Libros, Buenos Aires, 2006, pp. 554-559; ORTEGA ALVAREZ, L., PUERTA SEGUIDO, F., “El régimen común de equilibrio económico del contrato de concesión de obras públicas predicable de los diferentes supuestos de riesgo y ventura existentes en las distintas fases de dicha concesión”, en *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, AA.VV., dir. PUERTA SEGUIDO, F., La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 176.

<sup>21</sup> La forma de efectuar tal compensación, detallada por el artículo 63 LEAPP, ha sido tomada del ordenamiento chileno aplicable a las concesiones de obras públicas, pudiendo consistir en alguna o varias de las siguientes medidas: i) la entrega de una suma de dinero; ii) la realización de pagos voluntarios efectuados directamente al participante privado por terceros a quienes les interese el desarrollo de la obra; iii) la modificación del valor presente de los ingresos totales del proyecto, en caso haya sido utilizado como factor de adjudicación; iv) la alteración del plazo del contrato, mientras no sobrepase el plazo máximo contemplado en la LEAPP, que como

En cuanto a la prerrogativa contenida en el artículo 71 LEAPP, consistente en la posibilidad de poner término, de manera anticipada, a los contratos de asocio público privado por hacerlo necesario el interés público, la misma disposición prevé que en tal caso el participante privado tendrá derecho a una indemnización, debiendo establecerse en el respectivo contrato de asocio público-privado tanto los criterios como el procedimiento para calcular dicha indemnización.

En lo que respecta a aquellas actuaciones de carácter general que, aunque no van dirigidas a modificar el contrato, tienen sin embargo una influencia sobre el mismo, alterando su equilibrio al volver más gravosas las condiciones de ejecución para el contratante privado, es decir, el *factum principis*, el artículo 61 LEAPP establece el derecho del participante privado de solicitar compensación, en aquellos casos en que ocurran actos sobrevinientes de autoridad pública, que afecten negativa y sustancialmente el equilibrio económico financiero del contrato, pudiendo consistir dichos actos de autoridad en medidas administrativas o en cambios legislativos o reglamentarios. Para que la compensación legalmente prevista resulte procedente, es necesario que la actividad pública que ha afectado al contrato cumpla con los siguientes supuestos: a) que se produzca con posterioridad a la suscripción del contrato de asocio público privado<sup>22</sup>; b) que no haya sido previsto en las bases de licitación; c) que tenga efectos específicos sobre el contrato de que se trate<sup>23</sup>.

## V. LAS SOMBRAS

Junto a los avances antes señalados, la regulación contenida en la LEAPP presenta un conjunto de deficiencias que o se alejan de las mejores prácticas en la materia o de manera innecesaria limitan o vuelven engorrosa la aplicación de dicha ley. A continuación nos ocupamos solamente de las que nos parecen las más relevantes.

---

antes se ha dicho es de cuarenta años; y v) la modificación de las tarifas u otro factor del régimen económico del contrato.

<sup>22</sup> En caso que el acto sobreviniente se produzca con posterioridad a la notificación de la adjudicación, pero antes de la suscripción del contrato, el ofertante ganador tendrá el derecho de desistir de su oferta, sin ninguna consecuencia para el mismo; caso en el que no tendrá derecho a ninguna compensación.

<sup>23</sup> La compensación podrá consistir en alguna o varias de las siguientes medidas: i) la entrega de una suma de dinero; ii) la modificación del valor presente de los ingresos totales del proyecto, en caso haya sido utilizado como factor de adjudicación; iii) la alteración del plazo del contrato, mientras no sobrepase el plazo máximo contemplado en la LEAPP, que como se ha dicho es de cuarenta años; y iv) la modificación de las tarifas u otro factor del régimen económico del contrato.

## 1. El indeseable retorno a la dispersión normativa

Aunque la creación de la LEAPP parece coincidir con las estrategias legislativas adoptadas por los países del entorno que antes se han mencionado, los cuales optaron por estrenar leyes que regulan sus nuevas formas contractuales de colaboración público-privada, no puede dejar de señalarse que, entre nosotros, la regulación de este nuevo tipo de contrato público al margen de la LACAP constituye un retroceso en el esfuerzo de concentración de la normativa aplicable a la contratación pública salvadoreña que inspiró la creación de esta última ley mencionada.

Y es que en su día la LACAP supuso un notable avance al disponer la concentración normativa de la regulación de la contratación pública salvadoreña, con el propósito de asegurar la probidad pública; la eficiencia en los procesos de adquisiciones y contrataciones, a fin de que éstos sean realizados en forma clara, ágil y oportuna; y el uso racional de los recursos públicos, dentro de los principios de competencia.

En nuestra opinión, la decisión de revertir dicha tendencia de concentración normativa<sup>24</sup> supuso un triunfo del *marketing* sobre la sistemática jurídica, por cuanto advertimos que su adopción fue influenciada por la idea de que una nueva ley puede resultar más atractiva como herramienta para lograr captar el interés de los capitales privados en invertir en los proyectos que la misma contempla.

En todo caso, dicha decisión, además de significar un indeseable retorno a la dispersión de las normas aplicables a los contratos administrativos, ha tenido como consecuencia la coexistencia de dos marcos paralelos que, en esencia, regularán muy parecidas, si no idénticas, figuras contractuales. En efecto, dos de las tres modalidades del contrato de asocio público privado, como son aquel implementado mediante concesión de obra pública y el implementado mediante concesión de servicio público, se articulan esencialmente en torno a técnicas de índole concesional, de igual naturaleza a las concesiones de obra pública y de servicios público reguladas por la LACAP. Esta circunstancia nos conduce al segundo problema.

---

<sup>24</sup> Aunque debe señalarse que el esfuerzo de unificación de la normativa aplicable a la contratación pública que inspiró la creación de la LACAP no ha estado exento de otros retrocesos. Por ejemplo, solo unos meses después de la entrada en vigencia de la LACAP se decretó la Ley del Fondo de Conservación Vial, un capítulo de la cual se dedicó a tipificar y regular los aspectos esenciales de los denominados contratos de conservación vial, creados en virtud de esta última ley.

## 2. La LEAPP como inconveniente marco normativo paralelo

No obstante la identidad existente entre varias de las figuras contractuales que regulan la LEAPP y la LEAPP, según dispone el artículo 3 de esta última ley sus disposiciones sólo serán aplicables a aquellos proyectos de asocio público-privado cuyas inversiones y gasto actualizado de operación y mantenimiento supere el equivalente de cuarenta y cinco mil veces el salario mínimo mensual vigente del sector comercio y servicios.

Siendo que en virtud de la LEAPP no se derogaron las disposiciones legales contenidas en la LACAP dedicadas a regular a la concesión de obra pública y a la concesión de servicio público, dichas técnicas contractuales continúan vigentes, lo que tiene como consecuencia: a) que la LEAPP será aplicable a aquellas fórmulas concesionales que superen el umbral económico antes señalado, en cuyo caso los contratos que se celebren se denominarán contratos de asocio público privado; y b) que la LEAPP no resultará aplicable a las fórmulas concesionales contenidas en la LACAP si las mismas no superan dicho umbral, evento en el cual estos contratos se denominarán concesiones de obra pública o concesiones de servicio público; y seguirán siendo regidos por las disposiciones contenidas en la LACAP. De esa manera, en virtud del advenimiento de la LEAPP coexisten dos regímenes distintos, el de la LACAP y el de aquella ley, constituyendo el importe de las inversiones a realizarse en cada proyecto específico el único criterio para determinar cuál marco normativo resultará aplicable<sup>25</sup>.

Tal situación es evidentemente inconveniente, por cuanto el solo criterio económico resulta insuficiente para justificar la existencia de marcos jurídicos distintos y paralelos, máxime cuando entre ambos existen importantes disimilitudes. Así, aquellos aspectos contenidos en la LEAPP que constituyen un significativo avance respecto a la regulación de la LACAP a los que antes nos hemos referido no resultan aplicables a las concesiones reguladas en la LACAP. En el actual estado de cosas, un sólo centavo será capaz de

---

<sup>25</sup> El COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL DE EL SALVADOR aparentemente previó las consecuencias del establecimiento de este doble régimen, por lo que, al pronunciarse sobre el anteproyecto de Ley de Asocios Público Privados, propuso que no existiera un mecanismo que permitiera realizar proyectos de asociación público-privada si los mismos no cumplen con el monto mínimo establecido por la ley. Dicha propuesta no fue tomada en cuenta, por lo que la LEAPP no derogó la regulación de las concesiones contenidas en la LACAP. *Vid. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, Dictámen 2/2011, sobre el anteproyecto de "Ley de Asocios Público Privados", agosto de 2011, pp. 9-10.*

determinar si, respecto de un proyecto que busca implementarse mediante concesión, se deberá aplicar el régimen de la LEAPP, más riguroso y completo; o el de la LACAP, en el cual las entidades concedentes no necesitan siquiera demostrar la conveniencia de utilizar las concesiones como técnica indirecta de ejecución de actividades prestacionales.

En ese sentido, habría resultado más conveniente la incorporación en la LACAP del nuevo contrato de asocio público privado, junto con la regulación contenida en la LEAPP, en sustitución de los contratos concesionales contenidos en la primera ley citada, mediante una reforma coherente e integral que instituyera un régimen único aplicable a todas las formas contractuales de colaboración público-privada.

### **3. La inadecuada limitación sectorial**

El artículo 3 LEAPP establece el ámbito objetivo de aplicación del contrato de asocio público privado, al disponer que el mismo está referido al diseño y construcción de infraestructura, de sus servicios asociados, construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades que deberán involucrar la operación y mantenimiento de las infraestructuras. Asimismo, la disposición legal citada contempla la prestación de servicios públicos y la explotación o ejecución de actividades de interés general. Así, se trata, en apariencia, de un ámbito de aplicación amplio, tendiente a procurar, esencialmente, la atracción y canalización de recursos financieros privados para la ampliación y mejoramiento de la infraestructura y la prestación de servicios públicos.

Sin embargo, la misma norma citada establece que no podrán implementarse los proyectos de colaboración público-privada que la LEAPP regula en varios sectores, los que incluyen la salud, la seguridad social, la seguridad pública, la justicia en lo referente a custodia, rehabilitación y trabajo penitenciario de internos, el agua y la educación<sup>26</sup>.

Aunque del texto de la LEAPP no resulta posible determinar cuál es el fundamento de tal exclusión, en nuestra opinión la explicación debe buscarse en el ámbito político y no en el jurídico; y se encuentra en el propósito de buscar la viabilidad que permitió, en sede legislativa, la aprobación de la LEAPP. Esta limitación sectorial, sin embargo, no nos parece

---

<sup>26</sup> En el proyecto de LEAPP presentado a la Asamblea Legislativa quedaban excluidos la salud, la seguridad social, la seguridad pública y la educación formal. En consecuencia, los sectores en los que no es posible implementar proyectos de asocio público-privado fueron ampliados en el texto definitivo de la LEAPP.

adecuada, por apriorística, puesto que en cada uno de los sectores expresados existe la posibilidad de prestar servicios de carácter eminentemente técnico por medio de fórmulas de colaboración público-privada.

Aceptando que se trata, ciertamente, de sectores política y socialmente sensibles, en nuestro entender la decisión de vedar ciertos espacios a la implementación de socios público-privados no ha sido acertada, pues obvia, por una parte, que la intensidad de la participación del sector privado puede ser modulada en relación a cada caso concreto; y por otra parte, el principio de rectoría del Estado que la misma LEAPP regula<sup>27</sup>. En todo caso, consideramos que con tal limitación sectorial se priva a la Administración de la posibilidad de entablar relaciones de colaboración con el sector privado en áreas en las que, mediante proyectos adecuadamente estructurados y previos los estudios correspondientes, podrían estos socios resultar convenientes para el interés colectivo.

En la actualidad la Asamblea Legislativa conoce de una segunda propuesta de reforma a la LEAPP<sup>28</sup>. En lo que respecta al tema que nos ocupa, seguramente debido a que se ha advertido lo inadecuado que resultó vedar la implementación de socios público-privados en ciertos sectores, la reforma propuesta supone un replanteamiento parcial del asunto, por cuanto de aprobarse la misma se permitiría el establecimiento de socios público-privados para: a) el diseño, financiamiento, construcción y mantenimiento de infraestructura pública educativa; b) el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de instituciones penitenciarias (siempre que no impliquen la delegación de las potestades de investigación, prevención, rehabilitación y represión); c) el desarrollo de infraestructura hídrica, como sistemas de captación y almacenamiento de agua, tratamiento de aguas residuales y desalinización (excluyéndose el suministro de agua potable a los usuarios finales prestado por la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados y las municipalidades). Aunque esta tímida apertura constituye una mejora respecto al estado actual de cosas, no puede dejar de expresarse que, en lo que al sector educación y penitenciario se refiere, tal apertura se limita, en esencia, al desarrollo de la infraestructura,

---

<sup>27</sup> En efecto, dispone el artículo 8 literal d) LEAPP que la rectoría del Estado incluye las facultades de planeación, control, sanción, penalización, regulación, supervisión y vigilancia de los contratos de socio público-privados.

<sup>28</sup> El proyecto de reforma a la LEAPP fue presentado por el Ministro de Economía a la Asamblea Legislativa el 27 de febrero de 2017.



dándose la impresión que lo que busca en exclusiva es el acceso a los recursos financieros privados.

Sobre el particular, conviene tener presente que la decisión de recurrir a fórmulas de colaboración público-privada no debe depender únicamente de la necesidad de resolver problemas de financiamiento, sino que además debe atender a la cada vez mayor exigencia de eficiencia en las actividades que realiza la Administración. Así, junto a la obtención de financiamiento privado, debe buscar cumplirse con las expectativas de prestaciones públicas de calidad que los ciudadanos exigen.

Aun cuando no aceptamos a rajatabla y de manera general el postulado de la supuesta superioridad del sector privado y, como consecuencia de ello, la automática mejora en la eficiencia que su participación implica, argumento que consideramos ideológico y no técnico; no puede negarse que, en ciertos proyectos correctamente identificados y adecuadamente diseñados tanto económica como jurídicamente, la participación de las empresas privadas en la provisión de infraestructuras y servicios públicos permite mejorar la eficiencia, al compartir su experiencia, su tecnología, sus procesos productivos, su apertura a la innovación, su evaluación de los riesgos y su experiencia en ambientes competitivos.

Por ello, si la utilización de la colaboración público-privada se limita a revolver las carencias de fondos públicos para desarrollar las infraestructuras y prestar los servicios públicos que se demandan, se entra a un campo muy peligroso para el interés público, pues se corre el riesgo de que se priorice la obtención de financiamiento privado, sin analizar, de manera objetiva y neutral, si la utilización de socios público-privados resulta más conveniente para los intereses colectivos que el recurso a las formas tradicionales de contratación pública.

En ese indeseable escenario, aunque la LEAPP disponga que los compromisos a cargo de la Administración deben ser tratados como deuda pública solo para efectos de contabilidad fiscal y establezca un límite del tres por ciento del PIB al monto acumulado de los pagos firmes y contingentes cuantificables, no puede dejar de advertirse que los socios público-privados pueden convertirse en mecanismos para disfrazar procedimientos contractuales convencionales, evadiendo los controles presupuestarios y burlando los límites al gasto o al

endeudamiento público<sup>29</sup>, con lo cual se convierte a estas formas de colaboración, en palabras de algún tratadista, en meros vehículos espurios de encubrimiento de deuda<sup>30</sup>.

#### **4. El poco ambicioso alcance del contrato de asocio público privado para la explotación o ejecución de actividades de interés general**

Como antes se ha apuntado, junto a los dos contratos de asocio público privado articulados en base a la técnica concesional, el artículo 4 literal c) introduce el contrato de asocio público privado para la explotación o ejecución de actividades de interés general.

La lectura de la definición legal del asocio público privado para la explotación o ejecución de actividades de interés general causa la impresión de que se está en presencia de una figura con un objeto amplio y elástico, que deja abierta la posibilidad de que dicha clase de asocio pueda ser utilizado como un mecanismo para estructurar relaciones de colaboración que permitan la realización de proyectos de variada índole, que difícilmente pueden ser previstos por el legislador.

Sin embargo, dicha impresión es desvanecida por el artículo 6 literal a) LEAPP, disposición que conceptualiza a las actividades de interés general como aquellas que tienen por objeto el impulso de sectores estratégicos de la economía mediante el fomento de la tecnología, la ciencia, la innovación, la investigación y el desarrollo. Por ello, al contrario de lo que cabría esperar, el ámbito de aplicación del asocio público privado para la explotación

---

<sup>29</sup> Sobre el particular, *vid.* SADKA, E., *Public-Private Partnerships: A Public Economics Perspective*, Fondo Monetario Internacional, 2006, p. 3. Sobre la utilización de fórmulas de colaboración público-privadas como instrumentos de ocultamiento de deuda, ha señalado la COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)*, COM(2009) 615 final, Bruselas, 2009, p. 5, que: “En el pasado existía la preocupación de que los gobiernos de los Estados miembros pudieran utilizar la colaboración público-privada como forma de ocultar sus gastos y sus nuevos pasivos en los balances públicos, acumulando costes para el futuro y contraviniendo las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Ahora pueden surgir preocupaciones similares en un contexto en que se contrae deuda pública por causa de la crisis.”.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ LLERA, R., “Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria”, en *Revista de Estudios Regionales*, vol. ext. VIII, Universidades Públicas de Andalucía, 2009, p. 346. Sobre la utilización de la colaboración público-privada como mecanismo de elusión, el COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO expresa que la realización de un proyecto que elude el principio básico de la limitación presupuestaria del empréstito público debe rechazarse desde el punto de vista socioeconómico. *Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, ‘Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)’ COM(2009) 615 final, 2011/C 51/12, p. 61.*

o ejecución de actividades de interés general es considerablemente limitado, por cuanto aquellas actividades que calificaren como de interés general pero que no estén enunciadas en la última disposición legal citada no podrían desarrollarse por medio de tal clase de asocio. Así, por medio del innecesario establecimiento de las antes mencionadas limitantes, a diferencia de lo que ocurrido en otros países recientemente<sup>31</sup> se ha dejado pasar la oportunidad de contar con un tipo contractual que, además de resultar novedoso, pudiera servir de molde para encajar aquellas relaciones de colaboración entre los sectores público y privado que tuvieren por objeto la realización de actividades de interés general y que no encontraren acomodo en las fórmulas de naturaleza concesional antes tratadas.

Como consecuencia de la estrechez de la definición que de las actividades de interés general contiene el artículo 6 literal a) LEAPP, aquellos proyectos que consistan, por ejemplo, en el desarrollo de infraestructuras que sirvan para albergar oficinas o instalaciones para uso de entidades públicas, los que no podrían constituir el objeto del contrato de asocio público privado implementado mediante concesión de obra pública, por la ausencia del necesario elemento prestacional, tampoco podrán serlo del contrato de asocio público privado para la explotación o ejecución de actividades de interés general.

## **5. La confusión conceptual en cuanto a la naturaleza de los contratos de asocio de carácter concesional**

Como antes se ha apuntado, el haberse estructurado tanto el contrato de asocio público privado implementado mediante concesión de obra pública (artículo 4 literal a) LEAPP) como el contrato de asocio público privado implementado mediante concesión de servicio público (artículo 4 literal b) LEAPP) en base a fórmulas concesionales tiene como consecuencia, en ambos casos, la necesaria e ineludible prestación de un servicio público.

En efecto, el que el artículo 4 literal a) LEAPP disponga que el contrato de asocio público privado que en dicho literal se conceptualiza se concretiza “(...) *mediante concesión de obra pública (...)*” implica que el objeto de dicho contrato de asocio debe estar integrado,

---

<sup>31</sup> Para no ir demasiado lejos, el ordenamiento mexicano, por su parte, cuenta con el contrato de asociación público-privada, el que por su amplitud permite abarcar diversos objetos y prestaciones, pudiendo referirse a proyectos de infraestructura económica, a proyectos de infraestructura social, a proyectos de infraestructura gubernamental, a proyectos de inmuebles y a mantenimientos.

por una parte, por las actividades materiales que sobre la infraestructura debe realizar el concesionario; y por la otra parte, por la explotación que de la obra debe hacer el mismo, prestando un servicio público por el que cobra y que sirve como fuente de resarcimiento de las inversiones efectuadas. En ese sentido, por ejemplo, el desarrollo de infraestructuras que sirvan para albergar oficinas o instalaciones para uso de entidades públicas no podrían constituir el objeto del contrato de asocio público-privado implementado mediante concesión de obra pública, por la ausencia del necesario elemento prestacional.

Esto no habría representado ningún problema si al contrato de asocio público privado para la explotación o ejecución de actividades de interés general conceptualizado en el artículo 4 literal c) LEAPP se le hubiera dotado de un amplio espectro. Sin embargo, como se ha apuntado antes, al definir el artículo 6 literal a) LEAPP a las actividades de interés general como aquellas que tienen por objeto el impulso de sectores estratégicos de la economía mediante el fomento de la tecnología, la ciencia, la innovación, la investigación y el desarrollo, se limitó el alcance de esta modalidad contractual, por lo que proyectos que consistan en el desarrollo de infraestructuras que sirvan para albergar oficinas o instalaciones para uso de entidades públicas tampoco no podrían constituir el objeto de socios de esta clase.

Así, uno tiene la impresión de que, durante la confección de la LEAPP, al conceptualizarse las dos primeras modalidades del contrato de asocio público privado, no se tenía la suficiente claridad conceptual acerca de los elementos esenciales que, de manera casi universal, encierran las fórmulas concesionales.

Para solucionar dicha situación, la reforma a la LEAPP que actualmente estudia la Asamblea Legislativa contempla modificar el artículo 4 literal a) LEAPP, redefiniéndose la primera modalidad de los contratos de socios público privados como aquellos:

“(..) en los que la institución contratante del Estado permite al participante privado la explotación de bienes nacionales, con el objeto de que diseñe, construya, amplíe, mejore, equipe, repare, opere y/o mantenga infraestructura pública o provea servicios públicos.”.

Es decir, se elimina la referencia a que el contrato de asocio público privado que en dicho literal se conceptualiza deba concretizarse mediante concesión de obra pública. De esa manera, de prosperar la reforma propuesta, dicha modalidad de asocio podría: (i) asumir un carácter concesional, lo que ocurriría si la actividad que el socio privado desarrolla sobre la

infraestructura pública sirve como soporte para la prestación de un ulterior servicio público; o (ii) presentar un carácter no concesional, en el caso en que la actividad a desarrollarse sobre la infraestructura pública no está asociada a la prestación de un servicio público. Lo anterior tendría como consecuencia que se contaría con una modalidad más elástica que la actualmente existente, lo que permitiría ampliar el campo de futuras colaboraciones.

En similar sentido, la reforma propuesta alcanza además al artículo 4 literal b) LEAPP, redefiniéndose la segunda modalidad de los contratos de asocio público privado mediante la eliminación de la referencia a que el contrato que en dicho literal se conceptualiza deba concretizarse mediante la concesión de servicio público. Sobre ello, tenemos dudas acerca de que tal eliminación surta el efecto aparentemente deseado de permitir una mayor amplitud de aplicación, pues al conceptualizarlos la reforma propuesta como “(...) *Los socios en los que el participante privado destina bienes propios para brindar un servicio público (...)*”, continúa presente el elemento prestacional, lo que implicará que, tratándose de servicios públicos cuya prestación en principio corresponde a la Administración, deberá mediar una concesión de servicio público como título habilitante para que pueda encomendarse a un privado la gestión de tales servicios, aun en el caso en que mediante la reforma propuesta se eliminare del artículo 4 literal b) LEAPP la referencia expresa a la concesión de servicio público<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Sin desconocer que, en la práctica, la concesión puede ser suplantada por la autorización. A nivel doctrinario se ha distinguido a la concesión de la autorización, afirmándose que mientras la autorización opera sobre un derecho preexistente del que es titular el sujeto autorizado, la concesión se otorga sobre un derecho que pertenece de modo exclusivo a la Administración. Así, la autorización tiene un carácter meramente declarativo, mientras que el de la concesión es constitutivo, al trasladar al concesionario la posibilidad de ejercer un derecho que no se encontraba dentro de su esfera jurídica. Sin embargo, en la práctica legislativa ambas nociones han tendido a refundirse. Así, señala SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, volumen II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 273-274, que la evolución legislativa ha difuminado las diferencias entre autorización y concesión, por necesidades estrictamente políticas. Existen, en efecto, casos en que se conceden autorizaciones sin que exista un derecho específico preexistente y otros casos en los que se otorgan concesiones sobre actividades que no han sido asumidas como propias por la Administración. De igual manera, existen actividades que, siendo declaradas servicios públicos, se ejercen por los particulares mediante autorización y no por medio de concesión. Como ejemplo, en El Salvador, mientras el servicio público de telefonía precisa, como título habilitante, de una concesión; el servicio público de gestión del Sistema de Ahorro para Pensiones para los trabajadores del sector privado, público y municipal funciona en base a autorizaciones y no de concesiones.

## **6. El inadecuado desplazamiento del ámbito técnico al político: la excesiva intervención de la Asamblea Legislativa**

En el caso de los contratos de asocio público privado implementados mediante concesión de obra pública que impliquen la entrega al concesionario de bienes u obras materiales que tengan la naturaleza de bienes nacionales de uso público, la redacción original del artículo 54 LEAPP preveía una doble intervención de la Asamblea Legislativa, en dos épocas distintas: a) era necesario que la Asamblea Legislativa aprobara, *ex-ante*, las bases de licitación llamadas a regir el procedimiento de selección del socio privado; y b) además dicho órgano debía aprobar, *ex-post*, el contrato suscrito.

Tal estado de cosas fue modificado en virtud de reformas introducidas a la LEAPP en el año 2014<sup>33</sup>, por lo que el artículo 54 LEAPP reformado dispone que, en el caso de los contratos de asocio público privado implementados mediante concesión de obra pública que impliquen la entrega al concesionario de bienes u obras materiales que tengan la naturaleza de bienes nacionales de uso público, la concesión deberá ser sometida a la aprobación de la Asamblea Legislativa, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 120 Cn.. Para esos efectos, señala dicha norma que debe someterse al conocimiento del órgano legislativo tanto el proyecto de contrato como la resolución firme de adjudicación.

En virtud de tal reforma, pues, se limitó la intervención legislativa a una única intervención, no siendo necesario obtener, en todos los casos, la aprobación legislativa, *ex-ante*, de las bases de licitación. Sin embargo, la doble intervención legislativa se mantiene para el caso en que, tratándose de un asocio implementado mediante concesión de obra pública que implique la entrega al concesionario de bienes u obras materiales que tengan la naturaleza de bienes nacionales de uso público, además se prevean compromisos firmes o contingentes a cargo de la entidad pública contratante en ejercicios fiscales futuros, puesto que el artículo 53 LEAPP establece que corresponde a la Asamblea Legislativa facultar a la entidad de que se trate para licitar proyectos de socios público-privados que impliquen compromisos firmes y contingentes en ejercicios fiscales futuros. Siendo que la autorización a que se refiere esta última disposición está referida al verbo “licitar”, debe entenderse que

---

<sup>33</sup> Reformas contenidas en D.L. No. 666, de 9 de abril de 2014, publicado en el D.O. No. 93, T. 403, de 23 de mayo de 2014.

tal autorización debe ocurrir de manera previa al inicio del procedimiento licitatorio tendiente a la selección del socio privado; mientras que la segunda intervención de la Asamblea Legislativa ocurrirá una vez se encuentre firme la adjudicación, como exige el artículo 54 LEAPP.

La intervención de la Asamblea Legislativa prevista en la LEAPP para el caso de socios público privados implementados mediante concesión de obra pública que impliquen la entrega al concesionario de bienes u obras materiales que tengan la naturaleza de bienes nacionales de uso público, de la manera prevista, en nuestra opinión no resulta adecuada, por cuanto, por una parte, la aprobación de adjudicaciones o de proyectos de contratos de concesión a suscribirse no es una facultad que la Constitución otorga a la Asamblea Legislativa, con lo cual la LEAPP ha conferido a dicho órgano una atribución que no le corresponde. En efecto, del texto del artículo 120 Cn.<sup>34</sup> no es posible sostener que la aprobación que se requiere de parte de la Asamblea Legislativa sea de la adjudicación o del proyecto del contrato de concesión. En nuestro entender, la aprobación legislativa que se exige se refiere a la concesión, término que en este contexto debe entenderse como la técnica administrativa de gestión indirecta de servicios públicos mediante la delegación en un particular de ciertas actividades prestacionales (incluido el desarrollo de infraestructuras) que a la entidad administrativa en principio corresponden. Es por ello que lo que debe someterse a conocimiento de la Asamblea Legislativa para su aprobación son las bases de la futura concesión, debiendo ellas contener las condiciones esenciales de la concesión, incluido el plazo<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> La necesidad de que el órgano legislativo apruebe las concesiones de obra pública es un requisito que sólo se encuentra en los ordenamientos jurídicos de otros cinco países a nivel de Latinoamérica y el Caribe. *Vid. ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, ¿Asociaciones para el progreso? Evaluando el ambiente para asociaciones público-privada en Latinoamérica y el Caribe*, 2009, p. 11. En El Salvador, la primera regulación de la concesión de obra pública a nivel constitucional, contenida en la Constitución de 1939, no establecía la necesidad de autorización legislativa, tratamiento que se mantuvo en las Constituciones de 1945, 1950 y 1962. La inclusión del requisito de la autorización legislativa se introdujo en la Constitución de 1983 y su justificación puede encontrarse en una confesa desconfianza hacia las autoridades administrativas. En efecto, expresó la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, refiriéndose al artículo 116, que en el texto finalmente aprobado se convirtió en el artículo 120 Cn.: “*En el artículo 116 se consigna la obligación de someter al conocimiento de la Asamblea Legislativa las concesiones de obra pública. Estimó la Comisión que esta materia es de tal importancia por cuanto la concesión de estas obras pueden llegar a comprometer de tal manera los bienes de la hacienda pública, que no puede dejarse a la sola discreción de funcionarios administrativos la decisión de otorgarlas*”. *Vid. COMISIÓN DE ESTUDIO DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR*.

<sup>35</sup> Siendo que en nuestro entender lo que la norma constitucional citada dispone es que son las bases de las concesiones proyectadas – y no las resoluciones de adjudicación, proyectos de contratos de concesiones ni

Es ese sentido el que se plasma en el artículo 134 LACAP, que dispone que, en las concesiones de obra pública, las bases deberán ser presentadas a la Asamblea Legislativa para su aprobación, y para cumplir con lo establecido en el Art. 120 de la Constitución las mismas deberán contener como mínimo lo siguiente: a) Las condiciones básicas de la concesión; y b) El plazo de la concesión<sup>36</sup>. El anterior es además el sentido que la jurisprudencia constitucional ha dado a la intervención legislativa en el tema que nos ocupa, al sostener la Sala de Constitucional que:

*“En cuanto a los requisitos mencionados, la Constitución exige una intervención directa y singular de la Asamblea, sin que sea admisible una aprobación anticipada, general y abstracta de las condiciones de concesión. Además, esta debe ser temporal o sujeta a un plazo definido y deben desarrollarse taxativamente sus aspectos elementales ‘atendiendo a la naturaleza de la obra y de las inversiones requeridas’, de modo que para fijar dichas circunstancias debe observarse el principio de proporcionalidad. Todo lo anterior es confirmado también por el legislador secundario, en el art. 134 LACAP, cuando establece que en ‘las concesiones de obra pública, las bases deberán ser presentadas a la Asamblea Legislativa para su aprobación, y para cumplir con lo establecido en el Art. 120 de la Constitución de la República, las mismas deberán contener como mínimo a) Las condiciones básicas de la concesión; y b) El plazo de la concesión.’”<sup>37</sup>.*

Por otra parte, dispone el artículo 54 LEAPP que en caso de que la Asamblea Legislativa no apruebe el contrato de concesión, no se generará ningún tipo de compromiso

---

contratos de concesiones ya suscritos - los que deben ser sometidos a conocimiento y aprobación legislativa, diferimos de la postura de FUSADES, que consideró, refiriéndose al proyecto de LEAPP que se discutía en esa época, que la obligación de que el contrato suscrito fuera remitido a la Asamblea Legislativa para su aprobación constituía un cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 120 Cn.. *Vid.* FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Ley de Asocios Público Privados: una oportunidad para la competitividad*, Boletín de Estudios Legales No. 135, marzo de 2012, p. 7.

<sup>36</sup> El contenido original del artículo 134 LACAP (antiguo artículo 130 LACAP), preveía una intervención legislativa con un alcance más amplio que el actual, puesto que se disponía que los contratos de concesión relacionados con la explotación de obras materiales de uso público, además de sujetarse a las disposiciones de la LACAP, se regularían de conformidad al decreto legislativo mediante el cual se autorizara la respectiva concesión. Así, se concedía a la Asamblea Legislativa, de manera implícita, tanto la facultad de autorizar la concesión como la de establecer, vía decreto legislativo, el marco normativo aplicable a la misma, el cual complementaría el contenido de la LACAP para cada caso específico. El tratamiento de la intervención legislativa fue modificado en virtud de reformas introducidas a la LACAP en el año 2001, llegándose a la actual redacción del artículo 134 que antes hemos señalado, el cual limita el rol de la Asamblea Legislativa a la aprobación de las bases de la concesión.

<sup>37</sup> *Vid.* sentencia de la Sala de lo Constitucional ref. 28-2008, antes citada. En igual sentido, sentencia de la Sala de lo Constitucional de 18 de mayo de 2015, pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad ref. 50-2010/51-2010.



económico entre el Estado y los participantes privados, los que participan en los procesos administrativos respectivos por cuenta y riesgo propio.

El hecho de exigir que la aprobación legislativa ocurra con posterioridad al desenvolvimiento del procedimiento licitatorio y hasta que la adjudicación está firme tiene como consecuencia que el ofertante privado preparará y presentará sus ofertas e incluso se convertirá en adjudicatario sin tener la certeza de que el contrato de asocio público privado surtirá efectos. Sobre el particular, es conveniente tener en cuenta que los ofertantes que participan en licitaciones relativas a proyectos de colaboración público-privada se ven obligados a invertir, dependiendo de la magnitud de los proyectos, sumas considerables de dinero en la preparación de sus ofertas. Nos parece, a la luz de lo anterior, que el hecho que la suscripción del contrato se haga depender enteramente de la discreción del órgano político por antonomasia puede provocar el desinterés de potenciales ofertantes y de sus entidades financieras en participar en los procedimientos de licitación, sobre todo en vista de que, ante el evento de la falta de aprobación del contrato, la LEAPP cierra toda posibilidad de pagar una indemnización al ofertante privado<sup>38</sup>.

Por ello, además de mayor sentido jurídico según lo que antes hemos apuntado, tiene además mayor sentido práctico el que la aprobación de la Asamblea Legislativa sea *ex-ante*, aprobando las bases de la futura concesión.

En vista de lo engorroso de la actual regulación, la reforma a la LEAPP que actualmente estudia la Asamblea Legislativa pretende modificar el artículo 54 e intercalar el artículo 54-A, con lo cual se limitaría la intervención legislativa a una única ocasión, al disponer la propuesta de reforma que en el evento de un contrato de asocio público privado que implique la entrega al concesionario de bienes u obras materiales que tengan la naturaleza de bienes nacionales de uso público, y en el que además se prevean compromisos firmes o contingentes a cargo de la entidad pública contratante en ejercicios fiscales futuros, existirá una única intervención legislativa, sometiéndose al conocimiento de la Asamblea Legislativa, una vez exista adjudicación firme, de manera conjunta, tanto el proyecto de decreto

---

<sup>38</sup> El proyecto de LEAPP presentado originalmente a la Asamblea Legislativa contemplaba, en su artículo 48, que en caso que este órgano no aprobara el contrato de concesión, el suscriptor privado tenía el derecho a recibir, a título de indemnización, un monto previamente fijado en las bases de licitación y en el contrato, el cual no podría ser superior al uno por ciento del valor del proyecto. Este derecho, el cual nos parecía razonable y adecuado, fue sin embargo suprimido del texto definitivo de la LEAPP.

legislativo de aprobación del asocio como el proyecto de decreto legislativo de aprobación del presupuesto extraordinario.

Si bien con dicha reforma se solventaría el problema consistente en la necesidad de obtener una doble autorización legislativa, debe decirse que se deja irresuelta la cuestión atinente al momento en que la autorización legislativa debe ocurrir. Reiteramos que el hecho de exigir que la aprobación legislativa ocurra con posterioridad al desenvolvimiento del procedimiento licitatorio y hasta que la adjudicación está firme tiene como consecuencia que los ofertantes privados prepararán y presentarán sus ofertas e incluso se convertirán en adjudicatario sin tener la certeza de que el contrato de asocio público privado surtirá efectos. Esa circunstancia puede tener un negativo efecto disuasivo en potenciales ofertantes, el cual no debería ser ignorado.

## **7. PROESA y el conflicto de intereses**

En virtud de la reforma introducida a la LEAPP en el año 2014, a la que antes nos hemos referido, la LEAPP confiere al Organismo Promotor de Exportaciones e Inversiones de El Salvador, PROESA, institución de derecho público, adscrita a la Presidencia de la República, con personalidad jurídica y patrimonio propio, importantes atribuciones referidas a los proyectos de asocio público-privado.

En efecto, entre otras facultades, la LEAPP encomienda a dicha entidad recibir de las entidades públicas los estudios de factibilidad de los proyectos de asocio público-privado, estudios que por disposición legal deben incluir la evaluación económica, la evaluación de impacto fiscal y la evaluación de impacto social. A la luz de dichos estudios corresponde a PROESA aprobar o no el proyecto de asocio público-privado propuesto. En adición, corresponde a PROESA la elaboración, junto con institución pública de que se trate, de las bases de licitación, las además deben ser aprobadas por el Consejo Directivo de PROESA. Aún más, un representante de PROESA debe integrar las comisiones de evaluación de ofertas, las que tienen a su cargo el estudio y comparación de las ofertas técnicas y económicas presentadas por los ofertantes en los procedimientos licitatorios y la recomendación de adjudicación.

Junto a esos roles, evidentemente orientados a la salvaguarda de los intereses público, tanto la LEAPP como su ley de creación encomiendan a PROESA un papel distinto,

eminentemente promotor, al encomendarle la promoción del mecanismo de asocio público-privado y las carteras de proyectos entre potenciales inversionistas y financistas privados. Este doble rol de PROESA resulta problemático, por cuanto pone en riesgo la neutralidad de sus funcionarios al adoptar la decisión sobre si desarrollar o no un proyecto bajo la modalidad de asocio público-privado resulta la opción más conveniente para que la Administración pueda llevar a cabo un determinado proyecto.

En el texto original de la LEAPP los roles que hoy día corresponden a PROESA referidos al análisis de los estudios de factibilidad, la aprobación de los proyectos de asocio público-privado propuestos, la participación en la elaboración de las bases de licitación y aprobación de las mismas y la integración de las comisiones de evaluación de ofertas, se encomendaban a la Dirección de Asocio Público-Privado, DAPP, entidad autónoma adscrita al Ministerio de Economía, cuyo Consejo Directivo tenía una conformación interministerial, junto con una marginal representación del sector privado. Así, mientras la DAPP sería la encargada de realizar las labores eminentemente técnicas, correspondería a la entidad antecesora de PROESA, la Agencia de Promoción de Exportaciones e Inversiones de El Salvador, la labor exclusiva de la promoción y atracción de la inversión nacional y extranjera en proyectos de socios público-privados.

Este esquema de división de roles en dos entidades distintas resultaba en nuestra opinión preferible a la concentración en PROESA de, por un lado, la evaluación de la conveniencia para los intereses nacionales de desarrollar un proyecto bajo la modalidad de asocio público-privado; y por otro lado, la promoción del mecanismo de asocio público-privado y de las carteras de proyectos entre potenciales inversionistas y financistas privados. El argumento detrás de la reforma, consistente que era conveniente que la rectoría de la política pública en materia de socios público-privados recayera en PROESA debido a su experiencia en la materia en los últimos años y su vinculación con la atracción de inversiones, resultaba excesivamente superficial por centrarse exclusivamente en la eficiencia administrativa e ignorando el peligro para los intereses públicos<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Tal fue, específicamente, la posición de FUSADES. *Vid.* FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Necesidad de impulsar el paquete de leyes proinversión*, en Boletín de Estudios Legales No. 152, agosto 2013, p. 7.

## **8. Necesidad de revisar el esquema de financiamiento del Organismo Fiscalizador de Asocios Público Privados**

Los artículos 22, 28 y 76 LEAPP encomiendan al Organismo Fiscalizador de Asocios Público Privados, OFAPP, la fiscalización técnica de los contratos de asocio público privado, en lo relativo al cumplimiento de los niveles de servicio, los estándares técnicos, las reglas tarifarias y los derechos de los usuarios. Por su parte, el artículo 81 LEAPP establece que dicha entidad recibirá aportes de los participantes privados en concepto de cuota de fiscalización, debiéndose establecer las condiciones de estos aportes, de manera específica para cada proyecto, en las bases de licitación y el contrato, no pudiendo exceder tal cuota del uno por ciento del valor de la facturación anual bruta de cada proyecto.

Es decir, según la mencionada disposición legal, los participantes privados regulados deben contribuir a financiar el presupuesto del OFAPP, entidad que además, según dispone el artículo 29 LEAPP, recibirá un aporte inicial del Estado y aportes públicos que anualmente se le asignarán en la Ley de Presupuesto. Este régimen es, en nuestro entender, inadecuado, por cuanto el hecho de que los fiscalizados contribuyan al financiamiento de la entidad fiscalizadora puede dar lugar a conflictos de intereses, pudiéndose afectar la actuación de esta última, especialmente si dicha contribución está directamente vinculada a los ingresos que recibirán los fiscalizados por la ejecución del contrato. Y es que, si los participantes privados deben pagar a la entidad fiscalizadora un porcentaje de sus ingresos, bien podría decirse que, en algún sentido, el OFAPP se convierte en una suerte de socio del fiscalizado, puesto que a mayores ingresos de éste corresponderá mayores ingresos para aquel. Esta situación abre espacios para que el ente fiscalizador pueda sentirse tentado a resultar permisivo en sus actuaciones, en detrimento de su función de fiscalización.

Por otra parte, si la cuota de fiscalización está referida a un porcentaje de los ingresos de los fiscalizados, ello implica que si la operación de éstos crece de igual manera lo harán los ingresos del OFAPP. Esta situación puede provocar, en el mediano y largo plazo, la existencia de un ente fiscalizador sobre-financiado, el que podrá verse tentado, con el fin de justificar su presupuesto, a crecer innecesariamente en su planta de personal y en sus procesos, lo que puede conducir a una excesiva e innecesaria intervención en las operaciones de los fiscalizados, en detrimento de la agilidad y oportunidad en la prestación de los servicios derivados del contrato. Por lo anterior, consideramos que los ingresos del OFAPP,

