

LAS ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS Y LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la

Universidad Católica Andrés Bello

Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha

Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School

Resumen: El Derecho Administrativo Latinoamericano se ha basado en la rivalidad entre los sectores público y privado, particularmente en lo que se refiere a infraestructuras. Exceptuando el paradigma privatizador derivado del Consenso de Washington, la tendencia ha sido abordar la gestión de las infraestructuras a través de un paradigma estatista, bajo la institución del “contrato administrativo”. Como resultado de la fragilidad de la Administración Pública, ese paradigma ha deteriorado la calidad de las infraestructuras. En consecuencia, América Latina debe transitar hacia un nuevo paradigma: el desarrollo requiere la complementariedad entre el sector público y el privado. Las alianzas público-privadas reflejan este nuevo paradigma con un mecanismo de gobernanza mixto o híbrido en el que la inversión privada puede complementar las capacidades que las Administraciones frágiles no pueden ejercer, fomentando la eficiencia en la gestión de las infraestructuras y siguiendo los estándares de la buena administración.

Palabras clave: Acuerdos público-privados, infraestructuras, desarrollo en América Latina, contrato administrativo, fallas de mercado, estándares de buena administración.

Abstract: The Latin American Administrative Law has been based on the public and private sector rivalry, particularly regarding infrastructures. Except for the privatization paradigm resulting from the Washington Consensus, the tendency has been to address the management of infrastructures through a state-centered paradigm under the “administrative contract” institution. As a result of the fragility of the Public Administration, that paradigm has hindered the quality of infrastructures. Consequently, Latin America should move towards a new paradigm: development requires the complementarity between the public and the private sector. The public-private

partnerships reflect this new paradigm with a mixed or hybrid governance mechanism in which private investment can complement the capabilities that the fragile Administrations cannot exercise, promoting the efficiency in the management of infrastructures and following the good administration standards.

Keywords: Public-private agreements, infrastructures, development in Latin America, administrative contract, market failures, good administration standards.

INTRODUCCIÓN

La visión tradicional de la contratación pública en América Latina se inspira en la figura del contrato administrativo, y, por ende, en una concepción estatista del rol de esa contratación en el desarrollo. Esta concepción considera que la primera responsabilidad en la conducción del desarrollo recae en el Estado, quien para ello se vale de la Administración Pública. Ésta puede asumir directamente la realización de tareas y actividades o, por el contrario, puede procurar el auxilio de terceros. En este caso, en ámbitos relacionados con el servicio público -entendido en su sentido más amplio- la inversión privada cumple un rol de colaborador de la Administración en la procura del servicio público, a resultas de lo cual la Administración mantiene poderes de control, traducidos en las -así llamadas- cláusulas exorbitantes.

Sin embargo, y paradójicamente, la gestión del objeto del contrato -esto es, su gobernanza- se confía en exclusiva al contratista, de lo cual resulta un método de gobernanza privado regido por el principio de riesgo y ventura. La necesidad de mantener la continuidad de los servicios públicos atempera el rigor de este principio, en tanto la Administración debe coadyuvar al contratista a superar eventos imprevistos y no imputables a las partes, que alteren el equilibrio económico-financiero del contrato al punto de colocar en riesgo su ejecución.

Este régimen jurídico del contrato administrativo no se ajusta a las exigencias del desarrollo en América Latina. En efecto, la región ha presenta una importante brecha de productividad, al tiempo que la desigualdad arraigada hace, de América Latina, una de las regiones más

desiguales del mundo. Para transformar esta realidad, es preciso abordar las políticas públicas del desarrollo desde una nueva perspectiva, que considere la complementariedad entre el sector público y el sector privado.

Así, el desarrollo requiere del Estado para atender fallos de mercado, incluyendo asimetrías que precisan de la adecuada coordinación entre operadores económicos. Asimismo, el Estado es necesario para promover bienes públicos, o sea, bienes y servicios que no permiten la exclusión en su acceso ni son rivales, como sucede con el sistema de justicia. Más en concreto, el desarrollo requiere de Administraciones Públicas que acompañen el complejo y dinámico proceso de desarrollo.

La complementariedad entre el sector público y el privado, y la necesidad de atender fallos de mercado que afecten el funcionamiento eficiente de los mecanismos de mercado, requieren una nueva aproximación a la contratación pública. Así, la contratación pública debería ser una técnica que promueva esta complementariedad, estableciendo condiciones favorables para la interacción con el sector privado.

Sin embargo, hay dos elementos del contrato público que se oponen a estos objetivos. Así, las cláusulas exorbitantes afectan la certidumbre jurídica y la protección de los derechos económicos, elevando el riesgo político y con ello la ineficiencia. Además, la visión estatista parte de una concepción minusvalorada de la gobernanza privada, impidiendo con ello la debida complementariedad entre el sector público y el privado.

Esta inadecuación del marco jurídico de la contratación administrativa con los objetivos del desarrollo centrado en la dignidad humana ha propendido a introducir una nueva visión de esa contratación, resumida en el concepto de alianzas público-privadas (APP). Así, estas alianzas parten de una concepción mixta de la gobernanza, asumiendo que la promoción del desarrollo descansa en la complementariedad del sector público y privado. Además, las APP se basan en un marco jurídico estable, que reduce en riesgo político e incrementa la protección de los derechos económicos.

En este breve artículo abordamos esta transformación, proponiendo los lineamientos que deben informar a la contratación

pública en América Latina, desde el paradigma de las APP. Antes que entrar en el detalle de la regulación de APP dictadas en América Latina -tema de otro trabajo- aquí interesa explicar el cambio de paradigma que subyace tras las APP, con el propósito último de acompañar el desarrollo, cerrar la brecha productiva y, con ello, avanzar a superar la arraigada desigualdad en la región.

I. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y SUS CARACTERÍSTICAS ADVERSAS AL DESARROLLO

La contratación administrativa es una modalidad de intervención del Estado en la economía. Así, a través del sistema de contratación pública se agrega la demanda de bienes y servicios del Estado, todo lo cual incrementa su poder económico. El gasto público asociado a las contrataciones públicas, por lo anterior, incide en la economía, todo lo cual ha llevado a prestar atención al rol de esa contratación en el desarrollo¹.

En esta sección abordamos la interacción entre contratación pública y desarrollo, destacando la inadecuación de la teoría general del contrato administrativo desde el estudio comparado de América Latina².

1. *La Administración Pública y el desarrollo productivo*

¹ Así, se ha observado que en “2017, el gasto en contratación pública representó en promedio, el 17,4% del gasto total de los gobiernos en países ALC”, mientras que “la importancia económica de la contratación pública también puede percibirse cuando se observa su tamaño en términos del Producto Interno Bruto (PIB). En 2017, ella representó el 6% del PIB en la región de ALC, en comparación con el 6,7% en 2007”. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) y Banco Interamericano de Desarrollo (BID), *Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020*, tomado de: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/7564b790-es/index.html?itemId=/content/component/7564b790-es>

² Para una perspectiva comparada de la contratación administrativa en América Latina, puede verse, entre otros, a Benavides, José Luis y Moreno, Pablo, *La contratación pública en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016. Allí se explica que las reformas implementadas a fines del siglo pasado, como veremos más adelante, promovieron la reforma de la contratación pública con figuras innovadoras en relación con las estructuras clásicas del contrato administrativo. Sin embargo, y guardando las diferencias, se ha apreciado la generalización de la estructura del contrato administrativo y de los poderes exorbitantes de la Administración. Vid. Benavides, José Luis, “Tendencias generales de la contratación pública en América Latina”, pp. 49 y ss.

La Administración Pública asume, dentro de sus cometidos, la promoción del desarrollo. Aquí interesa detenernos en una arista especial, a saber, el rol de la Administración en el desarrollo productivo, entendido como el incremento sostenible de la producción de bienes y servicios. Una forma de valorar esa producción es a través del producto interno bruto (PIB). Existe toda una discusión en las Ciencias Económicas acerca de la utilidad del PIB para capturar las complejas aristas del desarrollo, pero lo cierto es que sin producción -y más simplemente, sin oferta de bienes y servicios- no puede haber desarrollo³.

En América Latina, la intervención de la Administración Pública desde el desarrollo ha pasado por diversos ciclos⁴. El constitucionalismo que surgió de los procesos de independencia, como no podía ser de otra manera, se inspiró en la Constitución de Estados Unidos, y, por ende, en el diseño del Poder Ejecutivo con un ámbito muy acotado de funciones, orientadas a facilitar el libre intercambio de bienes y servicios⁵. Este *constitucionalismo liberal* comenzó a cambiar con la Constitución de México, de 1917, que reconoció derechos económicos y sociales -o más precisamente, derechos prestacionales- todo lo cual se tradujo en la ampliación de cometidos a cargo del Poder Ejecutivo, a través de la configuración de la Administración Prestacional⁶. Esta ampliación se consolidó con la difusión de la cláusula del Estado Social, que dio paso a lo que puede llamarse como *constitucionalismo social*⁷.

En la segunda mitad del siglo XX, esta ampliación condujo a una *visión estatista* del desarrollo. Así, el desarrollo -entendido aquí, de manera ilustrativa, como el proceso orientado a asegurar el progreso material de las personas mediante la producción de bienes y servicios y

³ Pritchett, Lant, "National development delivers: and how! And how?", *Center for International Development*, Harvard Kennedy School, 2021.

⁴ Fernández-Aras, Eduardo y Rodríguez-Apolinar, Sergio, *The productivity gap in Latin America: Lessons from 50 Years of Development*, Inter-American Development Bank, Washington D.C., 2016.

⁵ Elkins, Zachary, et al., *The endurance of national constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 26.

⁶ Fernández Segado, Francisco, "Un siglo del nacimiento de una nueva era constitucional, la del constitucionalismo social: la carta de Querétaro de 1917", en *Revista de las Cortes Generales número 100-102*, 2017, pp. 181 y ss.

⁷ Puede verse la obra colectiva *Función social de la Administración, Tomo I*, Universidad del Rosario-Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

la distribución de la riqueza en condiciones equitativas- fue concebido como un proceso a cargo del Estado⁸. También incidió en esta visión el principio de no-intervención, lo que llevó a la región a apoyar, en la década de los sesenta, la propuesta de un nuevo orden económico mundial para reforzar la soberanía sobre los recursos naturales⁹. Las políticas económicas giraron hacia la sustitución de importaciones, lo que requirió asignar al Estado un rol importante en la regulación del comercio exterior¹⁰.

La concepción estatista de desarrollo se expresó también en el Derecho Administrativo. Se trata de una consecuencia natural. Así, el Derecho Administrativo, en tanto Derecho estatal, regula la actividad del Estado orientada a la gestión concreta de los cometidos públicos, de lo cual resulta que el Derecho Administrativo es especialmente sensible a las transformaciones del Estado. La visión estatista de desarrollo se tradujo en técnicas de intervención administrativa igualmente estatistas, como es el caso del servicio público.

Desde una perspectiva comparada, la figura del servicio público en el Derecho Administrativo en América Latina se vio influenciada por la posición francesa. El antagonismo entre Duguit y Hauriou fue en cierto modo amalgamado en la región. Así, Duguit ha inspirado la concepción del servicio público como un compromiso político basado en la solidaridad, lo que lleva a reconocer que la satisfacción de necesidades esenciales no puede quedar entregada al libre intercambio. A resultados de ello, y con base en la teoría de Hauriou, la Administración Pública

⁸ La visión estatista del desarrollo es resultado de la concepción según la cual el Estado es el primer y principal actor en la dirección y coordinación de las acciones necesarias para conducir el desarrollo. Véase lo que hemos planteado en Hernández G., José Ignacio, *Administración pública, libertad y desarrollo*, FUNEDA, Caracas, 2012, pp. 71 y ss.

⁹ Novoa Monreal, Eduardo, *Nacionalización y recuperación de Recursos Naturales ante la Ley Internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, especialmente pp. 107 y ss.

¹⁰ La política de sustitución de importaciones, iniciada luego de la II Guerra Mundial, se basó en políticas de desarrollo centradas en restricciones arancelarias al comercio internacional, como medida de promoción de la economía nacional, junto con la actividad de fomento orientada a estimular la manufactura. De igual manera, para lograr ese objetivo, se acudió a las empresas públicas. Esta actividad administrativa prestacional elevó la presión sobre el espacio fiscal, lo que llevó al Estado a crear bancos de desarrollo para canalizar recursos. Esta política no dio el resultado esperado, y, por el contrario, creó problemas adicionales, en términos de sobreendeudamiento, caída de inversiones, y, en suma, una menor calidad de desarrollo. Cfr.: Stein, Ernesto, *et al.* (editores), *Rethinking Productive Development*, Palgrave Macmillan US. -Inter-American Development Bank, 2016, pp. 9 y ss.

asumió potestades exorbitantes para impulsar el desarrollo, definido como un cometido público. A esta teoría responde, como veremos más adelante, la figura del contrato administrativo¹¹.

Las políticas proteccionistas basadas en la sustitución de importaciones y la expansión de la intervención administrativa en la economía mediante técnicas estatistas como el servicio público crearon condiciones adecuadas para el surgimiento de patologías como la corrupción, el clientelismo y el mecenazgo. Además, este proteccionismo administrativo inhibió las fuerzas productivas del mercado, generándose más bien incentivos para dirigir los esfuerzos a capturar las rentas derivadas de la intervención administrativa en la economía¹².

En la década de los noventa América Latina fue especialmente sensible a la denominada crisis del Estado social, y el replanteamiento de las funciones del Estado en la economía que surgió en el Consenso de Washington¹³. En buena medida, se trató de una solución pragmática: luego de la década perdida¹⁴, y en un entorno global marcado por el énfasis del libre mercado y el “fin de la historia”, América Latina decidió alinearse con la posición predominante, que se orientaba a la promoción del libre mercado. Esto se tradujo en la implementación de políticas de liberalización, desregulación y privatización. De nuevo, el Derecho Administrativo fue especialmente sensible a este cambio, lo que llevó a incorporar figuras propias del Derecho Administrativo en Estados

¹¹ En sentido general, véase a Cassagne, Juan Carlos, “El servicio público”, en Rodríguez-Arana, Jame y Rodríguez, Libardo, (directores), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, Editorial Comares-INAP, Madrid, 2015, pp. 401 y ss.

¹² Mientras que algunos países de Asia implementaron políticas similares, pero creando incentivos para que el sector privado se comprometiera a apalancar la producción y crear mercados financieros, en la región estas políticas no se ataron a compromisos, lo que ha sido considerado como una evidencia de la fragilidad de las Administraciones Públicas. Hay, por supuesto, algunas excepciones, como, por ejemplo, Brasil. Cfr.: Stein, Ernesto, *et al.* (editores), *Rethinking Productive Development*, cit., p. 15.

¹³ Para una visión comparada desde el Derecho Administrativo, puede verse a Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “Reflexiones sobre la nueva Administración económica”, en Muñoz Machado, Santiago, *et al.*, (coordinadores), *Las estructuras del Bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 449-459

¹⁴ Durante la década de los ochenta, las políticas de desarrollo en la región, impulsadas por la visión estatista, generaron una crisis macroeconómica caracterizada por el sobreendeudamiento, que coadyuvó a frenar el gasto público y, por ende, a promover la caída de ingresos, de inversiones y el aumento del desempleo, todo ello en el contexto de la crisis de la deuda pública. Cfr.: Stein, Ernesto, *et al.* (editores), *Rethinking Productive Development*, cit., pp. 19 y ss.

Unidos como las agencias independientes y la regulación económica. Esta importación conceptual se hizo sin los debidos ajustes, a resultas de lo cual reina -todavía- cierta confusión conceptual.

Como vemos, la región pasó de una concepción estatista de desarrollo basada en la sustitución de importaciones, a una visión del desarrollo basada en el libre intercambio y en políticas de liberalización comercial. Esto se tradujo en importantes cambios legislativos, que procuraron dar un nuevo contenido al Derecho Administrativo. Sin embargo, este cambio se basó en elementos de ruptura, pero también de continuidad, pues instituciones basadas en la concepción estatista lograron mantenerse. Así, el servicio público fue presentado como el “nuevo servicio público”, en un intento de reinención conceptual, a pesar de los elementos estatistas del servicio público¹⁵.

El resultado de este gran esfuerzo de reforma institucional fue decepcionante, en términos de crecimiento económico y promoción de la igualdad. Como señala Ricardo Hausmann, el crecimiento en la región no reflejó este esfuerzo institucional. Y aun cuando la desigualdad se ha reducido, lo cierto es que la región sigue siendo considerada como la más desigual del mundo¹⁶. Esta experiencia dejó dos lecciones que conviene resaltar desde la perspectiva del Derecho Administrativo.

La primera de ellas es que el rol del Estado en la promoción del desarrollo no puede valorarse solo desde una perspectiva cuantitativa, esto es, referida al tamaño del Estado y de sus Administraciones Públicas. El Consenso de Washington impulsó la idea de que era necesario reducir el rol del Estado en la economía. Sin embargo, esta visión no consideró que *el desarrollo requiere del Estado*, con lo cual, lo verdaderamente importante es la visión cualitativa, esto es, la promoción de políticas orientadas a reforzar la capacidad del Estado de promover el desarrollo. La calidad de esas políticas es un elemento que va más allá de la dimensión de la Administración Pública.

¹⁵ Véase nuestra posición al respecto, en Hernández G., José Ignacio, “Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española”, en *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 877 y ss.

¹⁶ Hausmann, Ricardo, “Structural Transformation and Economic Growth in Latin America”, en *The Oxford Handbook of Latin American Economics*, Oxford Handbooks in Economics, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 519 y ss.

La segunda lección es que reformas institucionales no necesariamente promueven el desarrollo. Las reformas institucionales se traducen en el cambio de las reglas y organizaciones relacionadas con el desarrollo, como, por ejemplo, reformas constitucionales y legales, o la reorganización de la Administración Económica. Pero estas reformas no necesariamente atienden las restricciones más vinculantes al crecimiento y, además, en sí mismas son insuficientes para garantizar el acceso equitativo a bienes y servicios esenciales. Tomando el ejemplo del derecho a la salud, debe observarse que su garantía no pasa por reformas constitucionales o legales, sino por coordinar los esfuerzos orientados a ofrecer bienes y servicios que puedan ser accedidos en condiciones equitativas¹⁷.

Esto último ha llevado a concluir en la necesidad de evitar fórmulas generales, como las reformas de liberalización impulsadas hacia fines de los noventa del pasado siglo. La promoción del desarrollo no responde a una lista de tareas de general aplicación (desregulación, privatización o simplificación de trámites). Por el contrario, es preciso analizar en cada caso cuál es la restricción más vinculante al crecimiento y, en función a ello, diseñar las técnicas de intervención administrativa que permitan atender esas restricciones¹⁸.

El siglo XXI ha presentado una nueva visión sobre el rol del Estado en el desarrollo, en especial, tomando en cuenta la *Declaración del Milenio* y la *Agenda 2030*. La promoción del desarrollo inclusivo requiere de Estados capaces que actúen en el marco de los estándares de la gobernanza democrática. Esta visión influyó a la Carta Democrática Interamericana, aprobada en 2001, la cual asume una visión holística de la democracia, que no solo versa sobre las condiciones de integridad electoral y la democracia constitucional, sino que además requiere avanzar en el desarrollo integral¹⁹.

¹⁷ Las reformas institucionales operan, en especial, en el plano de las reglas. Así, el Derecho Administrativo de América Latina, a fines del siglo pasado, fue objeto de reformas legales para reducir el rol del Estado y ampliar el rol del sector privado. Esas reformas institucionales, que además tienden a adoptarse de manera homogénea, no consideraron sin embargo cómo esas instituciones o reglas son implementadas.

¹⁸ Hausmann, Ricardo et al., "Growth Diagnostic", en Serra, Narcís and Stiglitz, Joseph, *The Washington Consensus reconsidered: Towards a new global governance*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 325 y ss.

¹⁹ Artículo 11, Carta Democrática Interamericana.

La visión pluridimensional de la democracia se aleja de los dos extremos -la visión estatista y la visión reduccionista- y coloca el énfasis en la promoción de capacidades que permitan mejorar la calidad de la oferta de bienes y servicios esenciales -esto es, aquellos relacionados con derechos prestacionales- en condiciones equitativas. Para lograr este objetivo, tanto el sector público como el privado son necesarios.

Así, la promoción del desarrollo inclusivo requiere del Estado. Así, el Estado -por medio de las funciones legislativas y judicial- debe crear las reglas que reducen costos de transacción y promueven la eficiencia, garantizando derechos económicos y mecanismos de solución de controversias y cumplimiento de contratos. Estas reglas son los mecanismos de mercado. Además, la Administración Económica debe atender los fallos de mercado que impiden al libre intercambio operar en condiciones de eficiencia. Es especial, las asimetrías de información precisan de políticas orientadas a facilitar la coordinación entre los operadores económicos. A través de bienes públicos, el Estado y su Administración proveen bienes y servicios indispensables para la estabilidad y seguridad de los mecanismos de mercado.

Como sucede en especial en América Latina, el Estado también cumple roles de redistribución de la riqueza, mediante políticas que elevan la capacidad económica y la calidad de vida de los sectores vulnerables de la sociedad, cuya desigual condición les impide acceder, eficientemente, a los mecanismos de mercado. La redistribución de la riqueza, y la figura de los derechos económicos y sociales (o derechos prestacionales), vinculados con mandatos de transformación, han sido considerados elementos característicos del Derecho Constitucional en América Latina, considerado como un Derecho transformador. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha promovido esta visión al reconocer la justiciabilidad de los derechos prestacionales²⁰.

A su vez, el desarrollo productivo requiere del sector privado, pues éste complementa las capacidades del sector público, en especial, en capital económico y humano, incluyendo el conocimiento productivo. La necesidad del sector privado se asocia al propio fundamento de la intervención administrativa, que, desde la centralidad de la dignidad humana, se inspira en el principio de subsidiariedad. Con

²⁰ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, Ciudad de México, 2014, pp. 55 y ss.

lo cual, el desarrollo no puede ser definido como un proceso del Estado -visión estatista- sino como un proceso orientado a expandir las capacidades de la comunidad para satisfacer sus propias necesidades, como ha señalado Amartya Sen²¹.

La concepción del desarrollo desde la centralidad de las personas pasa por redefinir la función redistributiva propia del Estado Social. En América Latina la función redistributiva ha realzado el énfasis por el aspecto cuantitativo del Estado, creando incentivos para políticas estatistas y, eventualmente, autoritarias. A ello se le agrega que, debido a la histórica fragilidad de los Estados en la región, este marco jurídico nacional y supranacional no puede ser debidamente implementado, todo lo cual se traduce patologías como la corrupción²². Que la región tenga uno de los marcos jurídicos más ambiciosos en términos de redistribución y al mismo tiempo, sea la región más desigual del mundo, es una evidencia de las fallas de esta aproximación estatista del desarrollo²³.

Además, la desigualdad suele medirse desde el ingreso, con lo cual la principal técnica de intervención es la actividad administrativa de fomento por medio de subsidios y otros mecanismos de transferencia de riqueza que aumenten los ingresos de las personas. Pero esta es una concepción muy limitada, pues lo verdaderamente importante no es la desigualdad de ingresos, sino comprender las razones que impiden a las personas desplegar plenamente sus capacidades productivas. La visión de la desigualdad desde la producción recalca la centralidad de la dignidad humana en el concepto de desarrollo, pues se orienta a remover los obstáculos que impiden a las personas, con su propia acción, generar ingresos dignos.

Como vemos, la relación entre Administraciones Públicas y desarrollo ha pasado de una visión estatista a una visión reduccionista, para procurar más recientemente una visión más armónica centrada en

²¹ Sen, Amartya, *Development and freedom*, Anchor Books, Nueva York, 1999, pp. 13 y ss.

²² Sobre la fragilidad estatal en América Latina, vid. Mazzuca, Sebastián, *Latecomer state formation*, Yale University Press, New Haven, 2021, pp. 32 y ss. En cuanto a las patologías como la corrupción y el clientelismo, vid. Fukuyama, Francis, *Political order and political decay*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2014, pp. 86 y ss.

²³ Sobre la desigualdad, del BID, vid. Busso, Matías y Messina, Julián, "Sociedades fracturadas", en Busso, Matías y Messina, Julián (editores), *La crisis de la desigualdad: América Latina y el Caribe en la encrucijada*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020, pp. 1 y ss.

la calidad de la oferta de bienes y servicios y la complementariedad del sector público y privado. Sin embargo, en América Latina hay algunos elementos adversos a esa visión más armónica. Para finalizar esta sección, conviene mencionar sumariamente tres de esos elementos adversos²⁴.

El primer elemento es la fragilidad de las Administraciones Públicas, un aspecto poco tratado en el Derecho Administrativo. En América Latina la tendencia es a recargar de tareas a las Administraciones Públicas, sin considerar si éstas cuentan con la capacidad adecuada para cumplir con los ambiciosos cometidos del desarrollo inclusivo. Lo común es que las Administraciones tengan una limitada capacidad, lo que se traduce en tareas que no pueden ser asumidas o garantizadas por la Administración²⁵.

El segundo elemento es el populismo²⁶. En nuestra opinión, el populismo es la retórica basada en la exaltación de la voluntad popular. Esa retórica puede emplearse para promover la inclusión política o para justificar medidas autoritarias. El riesgo del populismo es, precisamente, su uso instrumental para justificar políticas autoritarias, esto es, el autoritarismo-populista²⁷. Este riesgo es mayor mientras mayor sea la fragilidad de las Administraciones Públicas, pues la brecha de capacidad tenderá a ser subsanada por la dependencia a mecanismos carismáticos de dominación.

Por último, el tercer elemento es la permanencia de instituciones estatistas del Derecho Administrativo, basadas en la predominancia del Estado como actor económico y el rol marginal, y en cierto modo antagónico del sector privado. Quizás la figura que mejor refleja este sesgo estatista del Derecho Administrativo es el contrato administrativo, que analizamos de seguidas.

²⁴ Cfr.: Stein, Ernesto, *et al.* (editores), *Rethinking Productive Development*, cit., p. 23.

²⁵ Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, *La pandemia de la COVID-19 y el Derecho Administrativo en América Latina*, Tirant Lo Blanch-Universidad del Rosario, Bogotá, 2022, pp. 29 y ss.

²⁶ Entre otros, vid. Rodríguez-Arana, Jaime (editor), *Populismo y Derecho Público*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2022.

²⁷ Norris, Pippa e Inglehart, Ronald, *Cultural Backlash. Trump, Brexit and authoritarian populism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 3 y ss., y 65 y ss.

2. *La teoría del contrato administrativo y sus contradicciones internas desde la perspectiva del desarrollo*

La contratación pública, como ya anticipamos, es una de las técnicas de intervención administrativa en la economía. Así, a través de la contratación pública el Estado agrega su demanda de bienes y servicios, lo que puede traducirse en un porcentaje relevante de la economía, incluso, en términos del PIB. Este impacto económico impone reglas para disciplinar el poder económico de la demanda agregada del Estado, tanto en términos de defensa de la competencia como de eficiencia y transparencia en el uso del patrimonio público.

La justificación de la regulación de la contratación pública en América Latina, sin embargo, no se ha inspirado solo en razones económicas sino de consideraciones políticas asociadas a la idea del servicio público, de lo cual resulta la teoría general del contrato administrativo. Sin embargo, el marco jurídico del contrato administrativo -que encierra, como veremos, una contradicción- puede derivar en consecuencias adversas a la promoción de la eficiencia en la contratación pública, en especial, desde la complementariedad del sector público y privado.

La teoría del contrato administrativo surge en Francia, a inicios del siglo pasado, bajo el dogma liberal, según el cual el Estado no podía asumir directamente la gestión de actividades económicas, las cuales debían ser confiadas a la iniciativa privada. La teoría general de la concesión administrativa es resultado de este dogma, en el sentido que la Administración trasla a la iniciativa privada la gestión de la obra o servicio público. Se trata, así, de una modalidad de gestión privada, basada en la primacía de la iniciativa privada²⁸.

Pero al mismo tiempo, la figura del servicio público impedía a la Administración desprenderse totalmente de la gestión del contrato, en tanto las potestades anejas al servicio público son inalienables. El resultado de ello fue la figura de las cláusulas exorbitantes, que en realidad son poderes unilaterales y extracontractuales que permiten a la Administración incidir, con grado importante de discreción, sobre la ejecución y existencia del contrato y, por ende, sobre los derechos

²⁸ Entre otras obras, y sin pretensión alguna de exhaustividad, vid. Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, L.G.D.J., París, 2006, pp. 90 y ss.

económicos del contratista, incluso, más allá de lo que el propio contrato haya establecido²⁹.

Tal es la contradicción inherente al contrato administrativo: es una institución basada en técnicas de gobernanza privada, pero bajo una concepción estatista, pues la Administración mantiene poderes inmanentes de control y dirección. Desde la perspectiva económica, esta contradicción afecta la estabilidad del contrato y, por ende, hace más ineficiente la gestión de actividades económicas. Así, el contrato administrativo es, por definición, un contrato muy imperfecto, pues más allá de sus cláusulas, la Administración siempre podrá ejercer poderes de dirección y control³⁰.

Al mismo tiempo, la figura del contrato administrativo responde a una concepción que hoy debe entenderse superada, cual es la rivalidad entre el sector público y el sector privado. Así, el contrato administrativo descansa en el paradigma según el cual el Estado decide, discrecionalmente, cómo atender las actividades consideradas o declaradas como servicio público: si directamente o a través de la iniciativa privada. Pero en este último caso, la gestión o gobernanza pasa a ser privada, a resultas de lo cual el contratista asume el riesgo y ventura de la actividad emprendida. Esta asignación del riesgo es particularmente ineficiente si consideramos que las cláusulas exorbitantes -y en general, el propio régimen jurídico del contrato administrativo- elevan el riesgo político que asume el contratista, todo lo cual hace más ineficiente la gestión del contrato³¹.

La teoría del equilibrio económico-financiero del contrato no corrige estas distorsiones. Esta teoría se inserta en la actividad de

²⁹ Truchet, Didier, *Droit administratif*, Thémis droit PUF, Paris, 2015, pp. 250 y ss.

³⁰ El contrato, en tanto institución, se orienta a reducir costos de transacción. Este objetivo se logra plenamente si el contrato logra regular todas las aristas de la relación económica entre las partes, incluyendo las consecuencias derivadas de incumplimiento. No obstante, diversas razones -como fallas de información- pueden elevar el grado de imperfección del contrato, esto es, pueden aumentar el ámbito de consecuencias no previstas en el contrato, lo que afecta su calidad y, por ende, aumenta los costos de transacción. El contrato administrativo es imperfecto, por el ámbito de discrecionalidad derivado de las cláusulas exorbitantes. Sobre el análisis económico del contrato, entre otros, vid. Collins, Hugh, *Regulating contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 3 y ss

³¹ Hernández G., José Ignacio, "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de la Administración en Iberoamérica", Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (director), *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, INAP-Madrid, 2016, pp. 67 y ss.

fomento, en el sentido que si por causas imprevistas y no imputables a las partes, el equilibrio económico del contrato se altera a tal punto que se coloca en riesgo su ejecución, entonces, la Administración implementará técnicas de fomento para procurar restablecer tal equilibrio. Pero incluso así, el riesgo corresponde al contratista privado³².

Tampoco supone un paliativo la responsabilidad de la Administración por daños causados al contratista con ocasión a las cláusulas exorbitantes. Como esas cláusulas son la realidad poderes unilaterales, esta responsabilidad es extracontractual. Además, en el marco del Derecho Internacional de Inversiones, tal responsabilidad ha quedado regulada en Tratados, que permiten la compensación del inversionista en caso de violación de los estándares de protección, especialmente, en caso de expropiación. Pero esta responsabilidad solo opera *ex post*, y ella en modo alguno refuerza la seguridad jurídica de los derechos económicos del contratista³³.

La Agenda 2030 ha impulsado una nueva visión del desarrollo en el cual la relación entre el sector público y privado no es de rivalidad sino de complementariedad. Al margen del confuso e impreciso concepto de servicio público, lo cierto es que la promoción del desarrollo inclusivo requiere de la acción conjunta de la Administración Pública y el sector privado. En especial, las fallas de información que pueden afectar el diseño de políticas públicas pueden atenderse si la Administración colabora con el sector privado para recabar y procesar información, y por vía de la experimentación y el autodescubrimiento, identificar los obstáculos que deben removerse para impulsar el desarrollo³⁴.

Desde la perspectiva de la gobernanza, esto se traduce en la necesidad de implementar mecanismos de gobernanza mixta. Desde el procedimiento administrativo, por ejemplo, esto ha llevado a formular procedimientos llamados a procurar la conciliación entre diversos intereses de la sociedad, y así, recabar la mejor información para elevar

³² Para la explicación tradicional, vid. Waline, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, París, París, 2008, p. 411.

³³ Véase, en la región, el trabajo clásico de Escobar Gil, Rodrigo, *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, primera edición, Temis, Bogotá, 1989, pp. 47 y ss.

³⁴ Stein, Ernesto, *et al.* (editores), *Rethinking Productive Development*, cit.

la calidad del proceso de toma de decisiones³⁵. Esta visión cuantitativa se ha traducido en la expansión de la buena administración, difundida en América Latina³⁶.

La figura del contrato administrativo no solo es inadecuada para procurar la interacción y complementariedad entre el sector público y privado, sino que, además, afecta la calidad de los mecanismos de mercado y, por ende, impacta adversamente la eficiencia. De allí que, especialmente desde la perspectiva de América Latina, el Banco Interamericano de Desarrollo ha realzado la importancia de las APP como parte de las políticas de desarrollo productivo.

II. LAS APP EN AMÉRICA LATINA COMO INSTRUMENTOS DE PROMOCIÓN DEL DESARROLLO

El concepto de APP es finalista, más que nominal. Esto significa que la APP no es un contrato nominado, sino más bien una categoría contractual. De acuerdo con Rafael Dickson, el elemento distintivo de las APP es cómo se distribuyen los riesgos, de acuerdo con la capacidad de las partes del contrato. Eventualmente esto puede llevar a asignar todos los riesgos al contratista, en lo que ha sido considerada como una modalidad concesional de APP. Pero lo cierto es que las APP no parten, como regla, del principio de riesgo y ventura³⁷.

De esa característica extraemos otra, quizás, de mayor impacto para nuestro estudio. El propósito de las APP no es promover mecanismos de gobernanza privada bajo el dogma liberal, sino avanzar en mecanismos mixtos de gobernanza basados en la complementariedad del sector público y privado. Por ello, de acuerdo con el Banco Interamericano de Desarrollo, uno de los instrumentos de

³⁵ El procedimiento administrativo no es solo cauce formal que asegura el principio de legalidad y el derecho a la defensa, sino que es también un instrumento para la conciliación entre el sector público y privado. Vid. Barnés, Javier, "Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 21, 2019, p. 77.

³⁶ Por ejemplo, vid. Jinesta, Ernesto, "Derecho a la buena administración", en *Derechos humanos: perspectivas y retos*, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 847 y ss.

³⁷ Dickson Morales, Rafael, *La asignación de riesgos en la colaboración público-privada: una visión de España y República Dominicana con algunas precisiones de otras jurisdicciones de Iberoamérica*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, 231 y ss.

las políticas de promoción del desarrollo productivo es, precisamente, las APP.

1. *Las APP y la promoción del desarrollo productivo desde el Sistema Interamericano. En especial, las APP y la fragilidad estatal*

Siguiendo con lo expuesto en la primera sección, la promoción del desarrollo pasa por solucionar problemas complejos que requieren la interacción del sector público y privado. En tal sentido, el desarrollo productivo no solo requiere de mecanismos de mercado que faciliten el ejercicio de derechos económicos por la inversión privada. También requiere del Estado, que como vimos, cumple diversas funciones, que pasan por paliar fallos de mercado, promover la cooperación entre operadores y brindar bienes públicos. Por ello, las políticas de desarrollo productivo requieren de Administraciones Públicas.

El concepto de desarrollo, desde el punto de vista jurídico, descansa en los principios de subsidiariedad y solidaridad, arraigados en la centralidad de la persona, su dignidad y en el bien común³⁸. El principio de subsidiariedad realza la necesidad de contar con comunidades capaces de satisfacer sus propias necesidades y avanzar hacia el bien común. El principio de solidaridad recuerda que existen necesidades cuya adecuada satisfacción, por imperfecciones del mercado, no pueden ser alcanzadas por medio del libre intercambio. Durante el siglo XX, como vimos, América Latina se debatió entre una visión estatista y una visión privatizadora del desarrollo. Ninguna de las dos visiones es adecuada pues, como resultado de los principios de subsidiariedad y solidaridad, se requiere la interacción del sector público y privado para promover el desarrollo productivo.

Luciano Parejo Alfonso ha aludido a esta realidad, al comentar la figura del Estado garante. Bajo esta figura, las Administraciones Públicas asumen la garantía de satisfacción de necesidades esenciales.

³⁸ Rodríguez-Arana, Jaime, "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *Revista Misión Jurídica* N° 6, 2013, pp. 23 y ss. El principio de subsidiariedad suele estudiarse como una regla que limita la iniciativa pública directa del Estado, y que, por lo tanto, depende de cada ordenamiento jurídico. Vid.: Ariño Ortiz, Gaspar, "Modelo de Estado y Sector Público Empresarial", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 3, 2007, pp. 13 y ss. Además, es posible valorar a la subsidiariedad como un principio, inherente al concepto del bien común y, por ende, vinculado al respeto de la dignidad humana.

Para ello, podrán acudir a técnicas de la actividad administrativa prestacional o podrán desplegar potestades de ordenación y limitación sobre la iniciativa privada. El carácter intercambiable de estas técnicas demuestra, así, la complementariedad entre el sector público y privado, en tanto el rol último de la Administración es garantizar el acceso equitativo a bienes y servicios esenciales -y no asumir esa gestión directamente-³⁹.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha recordado que los mandatos positivos que derivan de los derechos prestacionales, como la salud, no se oponen a la gestión privada. Pero incluso en ese supuesto, el Estado -por medio de su actividad administrativa- debe desplegar potestades de ordenación y limitación para asegurar el cumplimiento de estándares de acceso equitativo. En el sistema africano de derechos humanos se ha avanzado incluso más, al recordar que la garantía de acceso debe fomentar el derecho de las personas a seleccionar los bienes y servicios de su preferencia, lo que se opone a políticas estatistas, propensas a degenerar en patologías como el clientelismo⁴⁰.

Con lo cual, incluso desde el Sistema Interamericano, resulta claro que el -así llamado- derecho al desarrollo requiere de la interacción entre el sector privado y el público. Por ello, la buena administración realza tal complementariedad desde el concepto vicarial y la centralidad de las personas. Las personas y su dignidad humana deben ser el centro de las políticas de desarrollo productivo, cuyo propósito último es liberar las

³⁹ Parejo Alfonso, Luciano, *Estado y Derecho en procesos de cambios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 45

⁴⁰ Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, párrafo 92. Vid. Belén Araque, Lucía y Graciela Carpintero, Karina, “El fortalecimiento interpretativo de la Corte Interamericana en defensa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Reflexiones a partir del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*”, en Morales, Mariela et al., (coordinadores), *Interamericanización de los DESCAs en el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro- Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2020, pp. 275 y ss. Más recientemente, véase la sentencia de la Corte de 1 de octubre de 2021 en el caso *Vera Rojas y otros vs. Chile*, Serie C No.439 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Allí se concluye que “los Estados tienen el deber de garantizar su prestación, al igual que la de regular y fiscalizar la actividad de las empresas privadas de servicios de salud, incluidos los servicios de las aseguradoras, en tanto su actuación se encuentra en la esfera de un servicio de naturaleza pública, por lo que actúa a nombre del Estado” (párrafo 124).

capacidades de las personas para integrarse al proceso productivo. Esto aconseja repensar la valoración de la desigualdad, que suele enfocarse en la desigualdad de ingreso. Puede ser incluso más importante analizar la desigualdad productiva, o ser, las condiciones de inequidad que impiden a las personas adquirir y liberar capacidades productivas.

Las APPs responden a esta concepción. Así, la necesaria interacción ente el sector público y privado requiere la colaboración entre ambos sectores, incluso, por medio de contratos. Bajo esa visión, las APP no se limitan al financiamiento y ejecución de infraestructuras, sino que pueden alcanzar cualquier ámbito propio de la actividad administrativa. Como recuerda Jaime Rodríguez-Arana, el interés general no puede ser definido unilateralmente por la Administración, pues la buena administración exige una definición abierta, dinámica y plural. Esto dio lugar a estudiar los acuerdos administrativos como modalidades de la acción consensuada de la Administración⁴¹. Tal es, precisamente, la esencia de las APPs: ellas son técnicas contractuales basadas en la interacción, colaboración y complementariedad entre el sector público y privado⁴².

Bajo esta visión, las APPs pueden tener ámbitos muy extensos, por ejemplo, en temas tales y como planeamiento urbano. La reciente experiencia con la vacunación en contra de la COVID-19 realzó la utilidad de las APPs para promover el desarrollo social, en concreto, a través de la investigación y producción de vacunas. El ámbito de las APP, en realidad, puede ser tan amplio como el ámbito de los cometidos a cargo de las Administraciones.

En nuestra opinión, el elemento distintivo de las APP es que ellas parten de la complementariedad e interacción entre el sector público y privado. Desde la perspectiva de las Administraciones Públicas, esta interacción es fundamental, pues ambos sectores se complementan. Así, el sector privado tiene capacidades en temas como recursos financieros, conocimiento productivo e información. El sector público, por su parte,

⁴¹ Rodríguez-Arana, Jaime, "El Derecho Administrativo ante la crisis", en *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Volumen 15 N° 60, Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Curitiba, 2015, p. 20.

⁴² Por ejemplo, vid. Pérez, Luis and Gómez, Miguel, *Estrategias público-privadas para el establecimiento de un ciclo de exportación de aguacate exitoso: casos de Colombia y Perú*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2022.

puede proveer bienes públicos, derechos administrativos sobre bienes, obras y servicios, y también, conocimiento. Esta complementariedad promueve las sinergias, lo que no es posible en la teoría general del contrato administrativo, que descansa en la capacidad del contratista privado bajo el principio de riesgo y ventura⁴³.

Por lo anterior, las Administraciones Públicas pueden cumplir más eficientemente con sus tareas relacionadas con el desarrollo productivo a través de la APPs, como instrumentos llamados a promover la cooperación público-privada para atender los ambiciosos objetivos asociados al desarrollo en el marco de los estándares de la buena administración. Esto resultará especialmente importante en la postpandemia, pues la región tendrá que acelerar la recuperación económica y la promoción del desarrollo inclusivo. Aquí interesa detenernos brevemente en la fragilidad de las Administraciones Públicas.

Hemos señalado que el Derecho Constitucional en América Latina, junto con el Sistema Interamericano, se traducen en múltiples mandatos positivos orientados a la promoción del desarrollo inclusivo, y en muchos casos, relacionados con derechos prestacionales. El catálogo es ciertamente amplio, y el esfuerzo que debe hacer el Estado para cumplir con esos cometidos es igualmente notable. Esto permite calificar a esos mandatos como ambiciosos, en el sentido que ellos pretenden transformar la condición de desigualdad imperante en condiciones más equitativas⁴⁴.

Desde el sector público, este esfuerzo recae principalmente en las Administraciones Públicas, pues solo a éstas corresponde la gestión concreta del interés público. Como vimos, la garantía de los derechos prestacionales solo se cumple, efectivamente, a través de la actividad administrativa. Con lo cual, la Administración requiere de capacidades para cumplir esos cometidos, capacidades que se miden en función a recursos humanos, recursos fiscales, procedimientos y organización. Si

⁴³ Fernández-Arias, Eduardo *et al.*, "Overview: Public-Private Collaboration on Productive Development Policies", en *Two to tango: public-private collaboration for productive development policies*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2016, pp. 1 y ss.

⁴⁴ Brinks, Daniel *et al.*, *Understanding Institutional Weakness. Power and design in Latin American institutions*, Cambridge Elements. Political and Society in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 11 y ss.

esas capacidades fallan, entonces, la Administración no podrá cumplir efectivamente con los mandatos de transformación. Esas fallas dan lugar a la fragilidad de las Administraciones Públicas⁴⁵.

La diferencia entre el ambicioso marco jurídico en América Latina -tanto a nivel nacional como subnacional- orientado al desarrollo inclusivo, y la desigualdad arraigada en la región, refleja precisamente esa fragilidad. A pesar de todo el esfuerzo que el Derecho Público en América Latina ha realizado a través de Constituciones, Leyes, sentencias, reglamentos y actos de cumplimiento del Sistema Interamericano, lo cierto es que persiste una enorme brecha de desigualdad que socava la confianza ciudadana. Esa brecha, también, permite comprender el efecto devastador que la pandemia tuvo en la región.

La fragilidad del Derecho Administrativo también se extiende a la debilidad de los mecanismos de control, llamados a prevenir la arbitrariedad de la Administración. Con lo cual, la fragilidad del Derecho Administrativo crea incentivos para conductas arbitrarias y abusivas que pueden menoscabar los mecanismos de mercado, generando con ellos obstáculos adicionales al desarrollo. De allí la existencia de un círculo vicioso: la fragilidad estatal crea incentivos perversos que debilitan, más todavía, a las Administraciones Públicas⁴⁶. Esto hace que el Derecho Administrativo en América Latina pueda ser considerado un Derecho Administrativo fallido, pues la fragilidad estatal impide la efectiva implementación de las tareas asociadas al desarrollo en el contexto de los estándares de la buena administración.

Precisamente, una de las técnicas que permiten paliar los efectos de la fragilidad de las Administraciones Públicas son las APPs. En efecto, el sector privado puede aportar las capacidades que impiden a la Administración cumplir con los mandatos del desarrollo inclusivo, en especial, en términos de recursos humanos (capital social) y financiero (capital económico). El capital social alude especialmente conocimiento

⁴⁵ Hernández G., José Ignacio, *La pandemia de la COVID-19 y el Derecho Administrativo en América Latina*, cit.

⁴⁶ Desde las Ciencias Económicas, se ha referido a “instituciones extractivas” para describir las reglas arbitrarias que socavan los mecanismos de mercado, típicamente, en materias propias del Derecho Administrativo. Vid.: Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, Crown Business, New York, 2012, pp. 70 y ss.

productivo, entendido como el conocimiento no codificado que deriva de la experiencia productiva. El capital económico alude a la disponibilidad de recursos financieros. En este sentido, las APPs permiten contar con instituciones llamadas a coordinar diversos operadores económicos que participan en el financiamiento asociado a proyectos de infraestructura, y que exigen grandes inversiones en gastos de capital⁴⁷.

Con lo cual, quizás el mejor ejemplo para explicar la complementariedad de las APPs es, precisamente, en cuanto a su rol para atender las áreas que la Administración no puede atender debido a su fragilidad⁴⁸.

2. *El rol de las APP en la infraestructura y la necesaria superación de la teoría del contrato administrativo*

Un área específica de las APPs, que suele acaparar la atención, es su relación con las infraestructuras. La teoría general del contrato administrativo descansa en conceptos estatistas, como el servicio, los bienes y las obras públicas. Estos conceptos parten de la primacía de la Administración en la gestión de obras, bienes y actividades que se consideran estatales como efecto de la “*publicatio*”. Por ello, la teoría del contrato administrativo asigna un rol en cierto modo marginal a la iniciativa privada, relegada a la gobernanza privada de esas obras, bienes y servicios, pero bajo potestades exorbitantes que, como vimos, pueden afectar la función económica del contrato.

⁴⁷ El financiamiento de proyectos o *finanproyecto*, está especialmente asociada a los riesgos del objeto del contrato -la infraestructura- y la manera en la cual estos riesgos se reparten. El financiamiento puede ser a través de mecanismos como préstamos, e incluso, mediante la emisión de deuda, eventualmente, deuda pública. A resultas de lo anterior, los contratos de APP suelen ser contratos conexos con aquellos que procuran el financiamiento de proyectos. Esto demuestra que las APP pueden promover la cooperación entre el sector público y privado, incluso, para procurar los recursos asociados a los gastos de capital. Puede verse a Mercado, Edgardo y Abusada, Flavia, “La asociación público-privada y el nuevo hogar el Project Finance”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 16, 2016, pp. 167 y ss. Una extensa explicación comparada puede verse en Dickson, Rafael, *Asignación de riesgos en la colaboración público-privada*, cit.

⁴⁸ Donahue, John, “Public-Private Collaboration” en D. Goodin, Robert E., et al., *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 497 y ss.

Bajo este esquema, el rol de la iniciativa privada en las obras, bienes y servicios no permite aprovechar adecuadamente las capacidades productivas del sector privado, ni permite adoptar un proceso exploratorio de autodescubrimiento a través del cual el sector público y privado puedan aprovechar las sinergias que pueden surgir entre ellos. De esa manera, puede concluirse que la teoría del contrato administrativo inhibe las fuerzas productivas que podrían promover la innovación y mejora en las obras, bienes y servicios públicos.

El primer paso para favorecer esa innovación y mejora productiva es abandonar las figuras estatistas del contrato administrativo, y de las obras, bienes y servicios públicos. El cambio no es solo nominal. Así, un puerto puede ser calificado como obra pública o infraestructura, lo que es en realidad irrelevante desde la perspectiva jurídica. De igual manera, es irrelevante que la gestión del puerto se confíe a la iniciativa privada por medio de un “acuerdo de alianza”, si su régimen jurídico reproduce las instituciones estatistas del contrato administrativo. El cambio se requiere no es nominal: es un cambio de paradigma.

El concepto de infraestructura se ha generalizado, precisamente, en la medida en que responde a un cambio de paradigma acerca del rol del sector público y privado, no solo en el ámbito nacional sino también en el ámbito global. Así, retomando las ideas planteadas en la sección anterior, cabe apuntar que el concepto de infraestructura es económico, y describe a los bienes -y servicios anejos- cuyo uso es indispensable para la realización de otras actividades económicas. Más en concreto, el concepto describe bienes complejos, en el sentido que precisan de la interacción de diversas materias primas, recursos financieros, códigos y procedimientos técnicos y reglas de organización. Esta complejidad puede generar fallos de mercado, especialmente ante las barreras que pueden inhibir la coordinación o acción colectiva que se requiere para alinear eficientemente la interacción de todos estos elementos. Este fallo de mercado justifica la intervención administrativa para garantizar la oferta de infraestructuras⁴⁹.

Pueden haber razones más pragmáticas, de orden legal, que también justifican la intervención administrativa. Así, en la medida en que dentro de los bienes necesarios para producir infraestructuras

⁴⁹ Fay, Marianne et al., *Rethinking infrastructure in Latin America and the Caribbean: spending better to achieve more*, Banco Mundial, Washington D.C., 2017, pp. 15 y ss.

existan bienes propiedad del Estado, entonces, la intervención administrativa será necesaria. Otra razón que puede justificar la intervención administrativa son las externalidades que pueden desprenderse tanto de la construcción como de la puesta en operación de las infraestructuras, por ejemplo, de cara a posibles daños ambientales.

Todas ellas fallas pueden adversar, negativamente, la oferta de infraestructuras. Pero en la medida en que éstas son necesarias para desplegar actividades económicas, entonces, existirá una demanda desatendida, todo lo cual puede obstruir el desarrollo productivo. Podemos formular varios ejemplos. Así, las actividades de exportación e importación requieren de una infraestructura portuaria, mientras que la distribución de alimentos requiere de infraestructuras viales o ferroviarias. La producción de bienes y servicios requiere del suministro eléctrico, el cual depende de una red de transmisión -la infraestructura eléctrica-. La oferta insuficiente de cualquiera de esas infraestructuras es una condición adversa al desarrollo.

De allí que la Administración asume, dentro de sus cometidos, la garantía de la oferta de infraestructuras, como parte de las políticas para el desarrollo productivo. Pero ello requiere partir del principio de subsidiariedad y de la complementariedad con el sector privado. Así, bajo la visión estatista del contrato administrativo, la Administración asume -bajo la *publicatio*- las principales responsabilidades asociadas a la construcción y explotación de las obras públicas comentadas en los ejemplos, como puertos, autopistas y redes de distribución. La fragilidad estatal agrava las consecuencias de esta visión estatista, pues fallas en la capacidad estatal derivarán en una inadecuada oferta de esas obras y, por ende, en restricciones al desarrollo.

Desde las APPs, el énfasis se coloca en la complementariedad orientada a elevar la calidad de la oferta de infraestructuras. Esto pasa por reconocer las fallas de capacidad de la Administración, y la necesidad de complementar esas fallas con las capacidades del sector privado. Al mismo tiempo, las fallas de capacidad del sector privado podrán complementarse con las capacidades de la Administración. Las APPs permiten alinear las capacidades de los sector público y privado, todo lo cual crea condiciones favorables para la correcta gestión de las infraestructuras. Las APPs, por ello, parten de la relevancia del elemento

cuantitativo, superando la rígida dicotomía entre gestión pública y privada⁵⁰.

La especialidad de las APPs desde la perspectiva del desarrollo productivo se traduce en reglas y principios especiales de Derecho Administrativo. Aquí es importante insistir que las APPs no son una técnica de privatización, pues no parten de la gobernanza privada sino de la gobernanza mixta. De esa manera, en América Latina las APPs han surgido como una respuesta ante la exigencia de contar con mecanismos más flexibles de gestión de infraestructura que, en especial, permitan la participación de terceros actores para proveer el financiamiento necesario⁵¹.

Esta especificidad de las APP exige un régimen jurídico propio en la contratación pública, en especial, en cuando a los derechos y obligaciones que las Administraciones asumen⁵². En concreto, esta especificidad recomienda asumir el estudio dogmático del contrato público desde la perspectiva de la complementariedad entre el sector público y privado para impulsar el desarrollo. Desde América Latina, esto es un reto importante, pues las restricciones en temas de espacio fiscal y capacidad estatal especialmente agravadas con la pandemia, exigirán un nuevo enfoque hacia las infraestructuras.

Estos son, en nuestra opinión, los principios generales que deberían informar a las APP como contratos públicos desde la perspectiva comparada del Derecho Administrativo de América Latina:

.- La complementariedad entre el sector público y privado. Más allá de las especificidades contractuales, las APP responden a la visión de la complementariedad entre el sector público y privado, lo que exige abandonar instituciones que, como el servicio público -y por derivación, el contrato administrativo- parten de la rivalidad entre el sector público y privado. En América Latina este es el primer reto para atender. Así, la tendencia en la región es partir de la predominancia del rol del Estado en la economía, lo que se traduce incluso en cláusulas económicas que,

⁵⁰ Jordana, Jacint "The Politics of Infrastructure Policy", en *The Problem-solving Capacity of the Modern State: Governance Challenges and Administrative Capacities*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 163.

⁵¹ Benavides, José Luis, "Tendencias generales de la contratación pública en América Latina", cit., p. 53

⁵² Existen especificidades en el procedimiento de licitación, que sin embargo, no son consideradas en este trabajo, que centra en el estudio del régimen jurídico de las APP.

en la Constitución, asignan un sinnúmero de tareas al Estado, marginando el rol del sector privado y matizando el principio de subsidiariedad.

Esta visión estatista del desarrollo, inevitablemente, se proyecta al Derecho Administrativo y al rol de los contratos administrativos, que no tienen como propósito promover la colaboración público-privada, sino procurar el auxilio específico de la inversión privada en ciertos proyectos que, aun cuando quedan sometidos a técnicas de gobernanza privada, sin embargo, se desenvuelven en el marco de las potestades exorbitantes de la Administración Pública.

En este sentido, las APPs pueden ser valoradas como una técnica para la vuelta de la Administración Pública, pues proyectos gestionados bajo técnicas de gobernanza privada pasarán a gestionarse por técnicas mixtas, en la cuales la Administración aporta capacidades para la mejor gestión del contrato. Por lo anterior, las APPs tienen un ámbito mucho mayor que la concesión administrativa, pues mientras esta se limita a infraestructuras que puedan ser explotadas comercialmente, las APPs procuran la colaboración en cualquiera de las tareas a cargo de la Administración -incluyendo, por ejemplo, la producción de vacunas.

.- La protección de los derechos económicos del contratista, los costos de transacción y los derechos de la Administración contratante. La gestión de riesgos en proyectos de infraestructura es un elemento crucial, no solo en relación con los riesgos propios del proyecto sino, además, con el riesgo político, esto es, los eventos futuros e inciertos que pueden lesionar los derechos económicos, y que derivan de acciones u omisiones del Estado. Sobresale, en este sentido, el riesgo expropiatorio, esto es, la posibilidad de que la Administración dicte medidas expropiatorias o de efecto similar en contra de activos del contratista, pero en especial, en contra de los derechos contractuales⁵³.

La figura de las cláusulas exorbitantes como poderes implícitos, e incluso, el reconocimiento de potestades discrecionales en la Ley que regula el contrato, o de derechos especiales en el propio contrato, y que en suma permitan a la Administración terminar el contrato por razones de interés general o por incumplimiento; modificar el contrato; supervisar e imponer sanciones, e interpretar el contrato en el marco de

⁵³ El riesgo expropiatorio y de incumplimiento de contratos, suele medirse por el *Political Risk Service Group's International Country Risk Guide* (ICRG).

mecanismos de solución de controversia regidos por la auto-tutela, elevan el riesgo político y, en concreto, el riesgo expropiatorio.

Muy en especial, la terminación unilateral del contrato por razones de interés general -más allá de cuál sea la fuente de tal potestad o derecho- es una medida expropiatoria, que sin embargo se conduce por cauces distintos a aquellos que rigen a la expropiación. Por lo general, la terminación unilateral del contrato se supedita a valoraciones discrecionales, no requiere previo procedimiento y se basa, exclusivamente, en una decisión unilateral de la Administración. Además, esa decisión unilateral puede expresarse como un acto administrativo, esto es, como una decisión que debe presumirse válida y que podrá ejecutarse coactivamente, todo ello, sin intervención previa del juez.

Las APPs contribuyen a la racionalidad de la actividad administrativa. Ciertamente, las APPs no pueden implicar el abandono de los poderes de supervisión que la Administración tiene sobre las infraestructuras. Más allá de las previsiones constitucionales y legales, lo cierto es que la Administración debe mantener técnicas de intervención sobre las infraestructuras para atender fallos de mercado. El objetivo, más bien, es elevar la racionalidad de los derechos de la Administración en el marco de las APPs, procurando así el balance entre los derechos del contratista y los derechos de la Administración, desde la figura del Estado garante. La racionalidad de la actividad administrativa asociada a las infraestructuras tiende a reducir los costos de transacción y, con ello, crea condiciones favorables para la eficiente gestión de las infraestructuras, todo ello, en beneficio de los usuarios y en sintonía con los estándares de la buena administración.

No puede verse en lo anterior una renuncia del Derecho Administrativo a favor de la aplicación del Derecho Privado, ni cabe hablar de privatización de infraestructuras o, tanto más, de huida del Derecho Administrativo. Lo primero que cabe observar es que la complementariedad del sector público y privado se proyecta en la complementariedad del Derecho Privado y del Derecho Administrativo. La visión estatista ha propendido a valorar ambas ramas del Derecho como antagónicas, pero lo cierto es que las reglas de Derecho Privado y Público pueden -y deben- intercambiarse para lograr el mejor servicio a

los ciudadanos⁵⁴. De otro lado, ya hemos explicado que las APP, lejos de suponer la privatización o la huida del Derecho Administrativo, procuran el retorno del Derecho Administrativo por medio de mecanismos mixtos de gobernanza.

.- Los estándares de la buena administración y la transparencia.

La visión estatista de la contratación pública descansa predominantemente en la capacidad de la Administración, cuya fragilidad afecta la gestión de los contratos, tanto en lo respecta al procedimiento licitatorio como en lo que atañe a la ejecución del contrato. De allí que la corrupción es una de las desviaciones que mayor incide en la contratación pública en América Latina. Una técnica para reducir estas fallas es incrementar la transparencia y la participación ciudadana, incluso, por medio de tecnologías de la información y la comunicación. Tal es el ejemplo del programa MapaInversiones, promovido por el Banco Interamericano de Desarrollo, que permite conocer, en tiempo real, la situación actual de proyectos de infraestructura y uso del patrimonio público⁵⁵. De igual manera, la tecnología de la cadena de bloques *-blockchain-* puede ser especial utilidad para implementar APPs por medio de “contratos inteligentes”⁵⁶.

Las APP pueden contribuir a paliar la fragilidad de la Administración, reduciendo con ello riesgos de corrupción y elevando la transparencia. En especial, los proyectos financieros asociados a las APP también generan incentivos a favor de la transferencia, en la medida en que se acuda a mecanismos de financiamiento que puedan beneficiarse de la disciplina del mercado, por ejemplo, mediante la emisión de títulos de deuda.

.- Los mecanismos de solución de controversias y el Derecho Administrativo Global. Uno de los elementos del riesgo político es la calidad de los mecanismos de solución de controversias y protección de derechos económicos, en especial, derechos contractuales. La debilidad

⁵⁴ Como ha observado Sordi, Bernardo, *Diritto pubblico e diritto privato*, Il Mulino, Bolonia, 2020, pp. 211 y ss.

⁵⁵ Véase, sobre este proyecto de Banco: <https://www.iadb.org/es/reforma-modernizacion-del-estado/iniciativas-mapainversiones>

⁵⁶ Reyes-Tagle, Gerardo et al., *Contratos inteligentes: un análisis de su potencial en los procesos de asociaciones público-privadas*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2022.

del sistema de justicia, y la existencia de potestades que bajo la autotutela permitan la solución de controversias sin intervención del juez, son condiciones que elevan el riesgo de las infraestructuras y, por ende, tienden a afectar su eficiencia y, eventualmente, su calidad, en desmedro del derecho de los usuarios.

En términos económicos, estas fallas pueden solucionarse mediante el arbitraje como mecanismos de solución de controversias. Caben dos opciones: el arbitraje contractual, orientado a garantizar el cumplimiento del contrato, y el arbitraje basado en Tratados, cuyo ámbito es mucho más amplio y se extiende, en general, a cualquier acción y omisión de la Administración Pública que lesione los derechos del inversionista, incluyendo sus derechos contractuales. Más recientemente, desde Europa, se ha propuesto sustituir al arbitraje de Tratados por tribunales internacionales⁵⁷.

De nuevo, el Derecho Administrativo de sesgo estatista se ha basado en la oposición entre el arbitraje y los mecanismos de solución de controversia regidos por el Derecho Administrativo, como los mecanismos basados en la autotutela administrativa, pero en especial, la jurisdicción contencioso-administrativa. Tanto más, hay una clara tensión entre el Derecho Administrativo estatista y el sometimiento de contratos públicos -y las APP- al Derecho Global⁵⁸. Esta tensión puede afectar el flujo internacional de capitales que requieren las infraestructuras, en especial, tomando en cuenta la complementariedad entre los conocimientos productivos domésticos y extranjeros⁵⁹.

CONCLUSIONES

⁵⁷ Hernández G., José Ignacio, "Investment Law and Post-Pandemic in Latin America: Towards a New Approach to the Non-Intervention Principle", en *Transnational Dispute Management*, 2021, en <https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=1916>

⁵⁸ Moreno Molina, José Antonio, "La importante evolución hacia un Derecho Global de la Contratación Pública", en *La reforma de las Administraciones públicas. VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Administrativo*, Universidad de La Coruña, 2015, pp. pp. 499 y ss.

⁵⁹ De igual manera que el sector público y privado se complementan, la inversión doméstica directa y la inversión extranjera directa también se complementan, en la medida en que la inversión extranjera puede aportar conocimientos productivos que no existen en el Estado sede de la infraestructura. El Derecho Administrativo debe facilitar el intercambio de esos conocimientos, todo lo cual deja a salvo el derecho a regular la inversión extranjera directa.

El desarrollo no puede alcanzarse sin un Estado que cuente con capacidad suficiente para atender fallos de mercado y garantizar la satisfacción de ciertas necesidades esenciales, bajo los principios de subsidiariedad y solidaridad. Esta capacidad es especialmente relevante en ámbito de las Administraciones Públicas, pues a éstas corresponde la gestión concreta de los cometidos estatales.

La fragilidad de las Administraciones Públicas en América Latina es, por lo anterior, una condición adversa al desarrollo. Quizás el mejor signo de ello es que a pesar lo ambicioso del Derecho Administrativo en América Latina -repleto de mandatos de transformación- la región es la más desigual del mundo. Esto evidencia que el Derecho Administrativo en América Latina ha fallado en su rol transformador, no -solo- por el abuso de poder de las Administraciones Públicas, sino en especial, por la ausencia de Administraciones Públicas, esto es, por la inactividad administrativa que ha fallado en garantizar los derechos económicos y sociales.

No se trata, por supuesto, de cualquier tipo de Administraciones Públicas, sino de aquellas que cuenten con capacidad suficiente para cumplir sus cometidos desde la centralidad de la persona y su dignidad humana. El desarrollo no puede concebirse como un proceso desde y para el Estado, sino como un proceso de exploración y autodescubrimiento orientado a expandir la capacidad de la persona para satisfacer sus propias necesidades, en especial, por medio de la comunidad libremente organizada. El florecimiento de la comunidad mediante la tutela del bien común solo puede alcanzarse mediante la dignidad humana.

Bajo esta visión, la gestión de infraestructuras no puede valorarse desde los extremos de la gestión pública y la gestión privada. Tampoco la figura del contrato administrativo es la técnica adecuada, pues lo cierto es que ésta se ve empañada por la predominancia de la visión estatista y la marginación del sector privado mediante mecanismos privados de gobernanza bajo amplias potestades de tutela de la Administración.

El desarrollo en América Latina requiere de Administraciones Públicas capaces, y también, de infraestructuras de calidad: la producción agrícola precisa de vías de comunicación para la distribución de los productos agrícolas, y los hoteles requieren de

aeropuertos para atraer turistas. Por razones económicas -y no ideológicas, recalcamos- las infraestructuras se enfrentan a fallas de mercado que afectan su gestión eficiente por parte del sector privado. La fragilidad estatal, por su parte, afecta la eficiente gestión de infraestructuras bajo el contrato administrativo. El reto consiste en valorar que el sector público y privado no están en situación de rivalidad, sino de complementariedad, incluso, por lo que respecta a la gestión de las infraestructuras.

Tal es el cambio de paradigma que subyace tras las APP. Más allá de los detalles de sus reglas, en especial en cuanto a la distribución de riesgos, nuestro interés radica en insistir en que la promoción del desarrollo inclusivo en América Latina, especialmente luego de la pandemia, exige cambiar la visión bajo la cual el sector público y el sector privado están en situación de rivalidad. Razones ideológicas y económicas asociadas al espacio fiscal, hacen que estas visiones generen un movimiento pendular de estatización y privatización de las infraestructuras. Pero el interés no debe centrarse en la dimensión cuantitativa de la Administración, sino la visión cualitativa. Bajo esta visión, las APPs pueden complementar la fragilidad de la Administración Pública y generar incentivos desde el sector privado que mejoren la calidad en la oferta de infraestructuras y promuevan el desarrollo.

En resumen, la eficiente gestión de las infraestructuras para apalancar el desarrollo productivo requiere de la visión según la cual el sector público y privado son complementarios, pues cada uno puede aportar capacidades que favorezcan a la calidad en la gestión de las infraestructuras, en beneficio de los usuarios y bajo los estándares de la buena administración. Las APP, por todo lo anterior, deben promover el cambio de paradigma en torno del rol de las Administraciones Públicas en el desarrollo. A partir de este cambio de paradigma, puede abordarse el estudio comparado de las APPs en el Derecho Administrativo de América Latina, a los fines de determinar en qué medida ese marco jurídico favorece la complementariedad del sector público y privado.,

Mayo de 2022

