Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 12 Enero - Junio, 2020 • Pag. 47 - 63

¿ES POSIBLE APLICAR LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN BOLIVIA?

IS IT POSSIBLE TO APPLY PUBLIC PRIVATE ASSOCIATIONS IN BOLIVIA?

Lenny Roxana Cáceres Frías[1]

Presentado: 26 de diciembre de 2019 Aceptado: 11 de febrero de 2020

RESUMEN

El presente artículo contiene un análisis respecto a la viabilidad de aplicar la modalidad de las asociaciones público privadas (APP) en las contrataciones estatales de Bolivia. El análisis surge a partir de que Bolivia es uno de los pocos países que no aplica este mecanismo de inversiones privadas en los proyectos estatales. El artículo contiene una reflexión respecto a los antecedentes de las inversiones privadas en el país, así como la revisión y análisis del ordenamiento jurídico vigente y las bases doctrinales del análisis económico del derecho. En la última parte del artículo se reflexiona respecto a la situación de América Latina en cuanto a la aplicación de las APP y finalmente se sistematizan los aspectos que se consideran necesarios para aplicar este tipo de contratos estatales en el país.

Palabras clave: Asociación Público - Privada, capitalización, privatización, inversiones, contrataciones estatales.

ABSTRACT

This article contains an analysis of the possibility of applying the public-private partnership (PPP) modality in state procurement in Bolivia. The analysis is based on the fact that Bolivia is one of the few countries that has not applied this private investment mechanism to state projects. The article contains a reflection on the background of private investments in the country, as well as a review and analysis of the current legal

1 Es Abogada y Licenciada en Teología, Magister en Derecho Civil y Procesal Civil, doctoranda en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Mayor de San Andrés y doctora en Filosofía de la Universidad Nacional de Siglo XX – Convenio Andrés Bello. Correo electrónico: lennyroxana@hotmail.com

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

system. The last part of the article reflects on the situation in Latin America with regard to the application of PPPs and finally systematizes the aspects considered necessary for the applicability of this type of state contracts in the country.

Key Words: Public-Private Partnership, capitalization, privatization, investment, public contracting.

INTRODUCCIÓN

La demanda de atención de las necesidades de la población, requiere la respuesta del Estado con políticas públicas claras y la ejecución de proyectos importantes. Actualmente es posible observar a las asociaciones público privadas como una alternativa para encarar grandes proyectos estatales.

El Banco Interamericano de Desarrollo (2014) define a la asociación público privada como un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública para brindar un activo o servicio público en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión, ya que la remuneración está vinculada al desempeño (p.7).

Es importante considerar que actualmente se aplica en varios países de América Latina y Europa las asociaciones público privadas. No obstante, en Bolivia aún no se aplica esta modalidad de contrato público, pese a que existen en el país grandes proyectos de infraestructura en las diferentes modalidades de transportes, así como en otros sectores estratégicos.

El objetivo del presente artículo es analizar el contexto nacional para identificar si existen o no las condiciones a nivel jurídico para aplicar las asociaciones público privadas en Bolivia.

En el análisis, además de reflexionar en torno a las previsiones constitucionales y legales vigentes en nuestro país, también se consideran las experiencias previas con las que cuenta Bolivia, así como el impacto que ha tenido a nivel jurídico y social la aplicación de medidas económicas y jurídicas como la capitalización en los años 90 o las normas pre constitucionales aún vigentes en nuestro país, dicho análisis es realizado bajo los parámetros de Enrique Ghersi en referencia al costo de la legalidad.

Actualmente en Bolivia se cuenta con un modelo económico que ha empoderado a las empresas públicas como unidades dinamizadoras de la economía nacional, es bajo

¿ES POSIBLE APLICAR LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN BOLIVIA?
ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 12 Enero - Junio, 2020 • Pag. 47 - 63

ese contexto que la aproximación conceptual a las asociaciones público privadas se encuentra vinculada a las empresas públicas a través de las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta.

En la parte final del artículo también se esquematizan los beneficios y riesgos de la aplicación de las asociaciones público privadas en Bolivia.

1. ANTECEDES PRECONSTITUCIONALES RESPECTO A LAS INVERSIONES PRIVADAS EN BOLIVIA

Para entender el contexto actual en el país, es necesario reflexionar respecto a los antecedentes de las inversiones privadas en proyectos estatales. Al respecto, existen dos antecedentes cercanos, el primero referido a la medida económica denominada capitalización y el segundo la llamada privatización, si bien, dichas figuras difieren ampliamente de lo que son las asociaciones público privadas, es necesario conocer sus características e impactos en el país con el propósito de evaluar el escenario para la aplicación de nuevas formas de inversiones privadas en el futuro.

La capitalización de las Empresas Públicas surgió junto a otras reformas estructurales como la participación popular y la reforma educativa. En tal sentido, es importante considerar que una primera etapa de la capitalización se encuentra expresada en la privatización, como un concepto que en criterio de Antelo (2000) es entendido como la transferencia de la propiedad de una empresa o parte de ella del sector público al sector privado.

Esto puede ocurrir de diferentes maneras como ser la venta de acciones al público, las asociaciones de riesgo compartido o *joint ventures*, que introducen la participación del sector privado dentro de las empresas públicas. Otra forma de privatización es efectiva a través de la desregulación, permitiendo el acceso privado a actividades previamente efectuadas por empresas del Estado.

Rodríguez (1993) por su parte señala que privatizar es transmitir la titularidad de los medios de producción o de la competencia para ejercer determinada actividad del sector público al sector privado.

Por su parte, Quintana (2005) señala que la privatización fue una medida necesaria para la capitalización, ya que la privatización además de constituir una autorización al sector público para transferir sus activos, también les permitió aportarlos para la constitución de sociedades de economía mixta, lo que fue un paso inicial para la capitalización.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

En tal sentido, existe una distinción conceptual entre aquellos que consideran que la privatización es la transferencia total o parcial de las empresas públicas a agentes privados y aquellos que la definen como la transferencia de las tareas públicas al sector privado; o inclusive aquellos que la entienden como cualquier iniciativa para reemplazar la gestión tradicional de los organismos públicos.

En ese contexto, en Bolivia el proceso de privatización inició con la promulgación de la Ley No. 1330 de 24 de abril de 1992, a través de la cual se autorizó a las instituciones, entidades y empresas del sector público enajenar los activos bienes, valores, acciones y derechos de su propiedad y transferirlos a personas naturales y colectivas nacionales o extranjeras, o aportar los mismos a la constitución de nuevas sociedades anónimas mixtas.

Corresponde aclarar que la referida Ley exceptuaba de su aplicación a las entidades públicas que no estaban sujetas a la libre competencia. Este aspecto es interpretado por Quintana (2005) en sentido de que con la Ley de privatización se alcanzó a las empresas que operaban en mercados competitivos, mientras que en la capitalización se transfirieron las llamadas empresas monopólicas.

Posteriormente, en el país se promulga la Ley No. 1544 de 21 de marzo de 1994, con lo que inicia el proceso de capitalización propiamente dicho, que autoriza la constitución de sociedades de economía mixta de las empresas estratégicas del país, es decir: Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos - YPFB, la Empresa Nacional de Electricidad – ENDE, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - ENTEL, la Empresa Nacional de Ferrocarriles – ENFE y la Empresa Metalúrgica Vinto.

Es decir, las empresas estatales fueron transformadas en sociedades de economía mixta, aplicando las previsiones del Código de Comercio, cuyo artículo 425 prevé que las sociedades de economía mixta son personas de derecho privado y salvo disposiciones especiales se sujetan al régimen de las sociedades anónimas.

Sobre el particular Vaca (2003, p. 170) ha señalado que en el ordenamiento jurídico de Bolivia no se encontraba permitida la emisión de acciones de una empresa pública, por lo que no fue posible evitar que, en primera instancia, las empresas del Estado se conviertan en sociedades de economía mixta.

Es importante recordar que para llevar adelante el proceso de capitalización a nivel institucional se estableció un Ministerio sin Cartera responsable de Capitalización, instancia que se encargó de licitar internacionalmente la venta de acciones de las

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 12 Enero - Junio, 2020 • Pag. 47 - 63

empresas siguiendo las etapas de pre-calificación, calificación, ofertas económicas y cierre.

Una puntualización bastante importante es que el artículo 5 de la Ley No. 1544 que dispuso la transferencia de los pasivos de las sociedades anónimas mixtas – SAM al Tesoro General de la Nación, con el argumento de optimizar la capitalización. Este artículo permitió que el Estado asuma pasivos de empresas cuando la lógica de la medida pública fue fortalecer empresas que se encontraban deficitarias. Este aspecto tiene consecuencias hasta el presente ya que los pasivos tributarios, laborales y otros emergentes, permanecieron con las empresas residuales, que en algunos casos, como el de la Empresa Nacional de Ferrocarriles – ENFE hasta el momento no pueden ser cubiertos en su totalidad o también un caso similar es el de la recientemente cerrada Empresa de Correos de Bolivia – ECOBOL.

En función a lo descrito precedentemente, es posible sintetizar que el proceso de capitalización en el país ha tenido que pasar por las siguientes fases: i) determinación del valor en libros, ii) conversión de las empresas en SAM, iii) incremento del capital de las SAM mediante la emisión de nuevas acciones, iv) licitación pública internacional del 50% de las acciones, v) pago al contado del monto de la oferta económica por los inversionistas, vi) transferencia de las acciones del Estado al banco fiduciario CITY TRUST LIMITED, vii) administración de las empresas capitalizadas por el socio estratégico, viii) regulación, control y supervisión por parte del Sistema de Regulación Sectorial SIRESE. (Quintana, 2005, p. 96).

Sobre lo señalado anteriormente, es importante precisar que las decisiones estatales además de las normas jurídicas descritas en el presente trabajo requirieron para su aplicación todo un bagaje normativo que comprende reformas en el sistema de pensiones y el sistema regulatorio, siendo necesaria la creación de las superintendencias generales y sectoriales, entre otras.

Asimismo, se puede visibilizar que la capitalización buscaba dinamizar la economía nacional a través de la iniciativa privada, para de esa forma alcanzar nuevas inversiones en las empresas estatales. Sin embargo, este proceso ha tenido sus deficiencias, una de las principales es la referida a los pasivos asumidos por el Tesoro General de la Nacional lo que implicó poner una carga sobre el presupuesto nacional en lugar de que la misma sea asumida por los privados inversores.

En contraste, un efecto con matices positivos de la capitalización fue el surgimiento del derecho regulatorio boliviano, el cual pese al nuevo marco constitucional, sigue vigente

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

en el país, el mismo permite cierta protección en favor de los usuarios de servicios a través de procedimientos diferenciados para la atención de reclamaciones, todo ello en sede administrativa, descongestionando en parte la sede judicial.

Otro aspecto bastante relevante en el análisis es que con la aplicación de la capitalización se ha buscado una alternativa que no implique directamente transferir la propiedad de una empresas pública a favor de un privado, escenario bajo el cual, el Estado para recuperar la administración de la empresa tiene como única alternativa la reversión o la nacionalización, en cambio, con la capitalización el Estado aún tiene la titularidad de parte de las acciones.

Sobre el particular, es importante hacer mención a Bullard (1991) quien señala que todo sistema de transferencia de derechos de propiedad privada debe cumplir con tres requisitos: i) el reconocimiento objetivo en el derecho positivo ii) la transmisión de la propiedad debe hacerse de forma efectiva de un titular a otro y iii) la transmisión debe tener base en un signo de cognoscibilidad que permita a terceros identificar al titular del bien.

Esto significa que bajo el marco normativo vigente en Bolivia, la capitalización, en su naturaleza, no se trataba de una transferencia de propiedad pública al sector privado, ya que no estaban presentes los presupuestos descritos precedentemente, en tal sentido, se trataba de una política pública para viabilizar la inversión privada en proyectos públicos.

Sin embargo, el impacto de la capitalización en la población hizo que la misma sea vista como una limitante al ejercicio de la soberanía nacional ya que la dirección de las empresas estratégicas del país quedaron en manos de privados extranjeros, ello ha dejado en el país una secuela de rechazo a la participación extranjera en la economía nacional.

Esta visión ha sido trasladada a la Constitución Política del Estado (2009), en diferentes artículos que garantizan la propiedad del Estado Boliviano sobre los recursos naturales, también se prevé que las empresas extranjeras que realicen actividades en Bolivia deben estar sometidas a la soberanía del Estado por lo que no se reconoce tribunal o jurisdicción extranjera.

Este aspecto implica la necesidad de un análisis respecto a las modificaciones legales que fueron surgiendo en función al marco constitucional vigente en el país, aunque también es importante considerar que existe parte de la normativa preconstitucional

¿ES POSIBLE APLICAR LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN BOLIVIA?
ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 12 Enero - Junio, 2020 • Pag. 47 - 63

que aún se mantiene vigente como es el caso de la normativa vinculada al derecho regulatorio.

En tal sentido, es importante puntualizar que para estar acorde al marco constitucional vigente en el país, toda política pública orientada a viabilizar la inversión privada en proyectos del sector público debe cuidar que la dirección de las empresas públicas, como unidades dinamizadoras del modelo económico adoptado en el país, se mantenga a cargo del Estado, sin que ello sea un óbice para recibir participación del sector privado a través de la inversión.

2. PRINCIPALES MODIFICACIONES LEGALES REFERIDAS A LA INVERSIÓN PRIVADA EN BOLIVIA

Entre las principales modificaciones normativas que fueron surgiendo a partir de la Constitución Política del Estado, se encuentran aquellas vinculadas al empoderamiento de la empresa pública, el arbitraje y las inversiones.

Empresas Públicas:

Bajo el esquema descrito precedentemente encontramos en primera instancia a la Ley No. 466 de 26 de diciembre de 2013, Ley de la Empresa Pública, que tiene por objeto establecer el régimen de las empresas públicas del nivel central del Estado, que comprende a las empresas estatales, empresas estatales mixtas, empresas mixtas y empresas estatales intergubernamentales, para que con eficiencia, eficacia y transparencia contribuyan al desarrollo económico y social del país, transformando la matriz productiva y fortaleciendo la independencia y soberanía económica del Estado Plurinacional de Bolivia, en beneficio de todo el pueblo boliviano (2013, Art. 1 Ley No. 466).

De acuerdo a lo señalado en la Ley No. 466 de 26 de diciembre de 2013, el régimen legal de las empresas públicas es el conjunto de normas jurídicas y técnicas que tienen por finalidad regular la creación, administración, supervisión, control y fiscalización de las empresas públicas, así como su reorganización, disolución y liquidación; este régimen legal es de cumplimiento obligatorio (2013, Art. 7, Ley 466).

La referida Ley, ha establecido la tipología empresarial de acuerdo a lo siguiente:

- Empresas estatales, cuyo patrimonio pertenece en un 100% al nivel central del Estado.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

- Empresas estatales mixtas, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado mayores al 70% y menores al 100%, y aportes privados de origen interno y/o aportes de empresas públicas o privadas extranjeras; en este tipo de empresas podrán participar como otro socio las Entidades Territoriales Autónomas.

- Empresas mixtas, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado desde el 51% y hasta el 70%, y aportes privados de origen interno y/o aportes de empresas públicas o privadas extranjeras; en este tipo de empresas podrán participar como otro socio las Entidades Territoriales Autónomas.

- Empresas estatales intergubernamentales, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado desde el 51% y menores al 100% y aportes de las Entidades Territoriales Autónomas (2013, Art.6, Ley No. 466).

Conforme a lo descrito precedentemente, es importante precisar que actualmente el marco jurídico nacional reconoce la posibilidad de las alianzas estratégicas a través de contratos con empresas públicas o privadas, constituidas en el país o empresas públicas o privadas extranjeras, con la previsión de que las alianzas estratégicas que involucren inversiones para el desarrollo de sectores estratégicos deben garantizar que el control y dirección de la actividad sea asumida por la empresa pública boliviana, siempre y cuando ésta tenga participación mayoritaria en el contrato (Ayala, 2013, p. 34).

En tal sentido, se reconoce la modalidad de las empresas denominadas gran nacionales conformadas por aportes de empresas públicas de países miembros de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de Comercio de los Pueblos ALBA-TCP. Las Empresas Grannacionales implementan su actividad empresarial en el marco de los principios del ALBA-TCP, buscan un beneficio mutuo y el desarrollo de un comercio soberano con complementariedad, solidaridad y cooperación entre los pueblos de los Estados miembros del ALBA-TCP.

Asimismo, se establece otra forma de organización empresarial como es la Corporación, entendida como la integración de varias empresas públicas de diferente tipología, que se orienta al logro de un objetivo común, bajo el liderazgo de una empresa matriz que ejerce la dirección y control de sus empresas filiales y subsidiarias.

De acuerdo a lo previsto en la referida Ley No 466, la Empresa Corporativa es la empresa matriz de una corporación que tendrá la tipología de empresa estatal; podrá

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 12 Enero - Junio, 2020 • Pag. 47 - 63

tener la tipología de empresa estatal mixta, siempre y cuando el nivel central del Estado posea una participación accionaria igual o superior al 97% (noventa y siete por ciento) y menor al 100%. (2013, Art. 16, Ley No. 466).

La denominación de la empresa matriz de una corporación debe identificar el objeto principal de su giro comercial e incluir el término distintivo "*Empresa Corporativa*". La Empresa Corporativa para el cumplimiento de los objetivos de la corporación podrá establecer empresas filiales en territorio extranjero, debiendo dar cumplimiento a las normas vigentes del país donde se establezcan.

Lo descrito anteriormente hace necesario puntualizar que las empresas públicas, en sus diferentes tipologías, constituyen unidades dinamizadoras de la economía nacional y se encuentran habilitadas a participar de las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta, es decir, ser parte de las asociaciones público privadas, siempre y cuando se cumplan los preceptos constitucionales orientados a resguardar la soberanía nacional en la economía. Esta habilitación normativa constituye un pilar en el análisis de la aplicabilidad de la referida institución jurídica.

Arbitraje:

Es importante considerar que con la promulgación de la Ley No. 708 de 25 de junio de 2015, en Bolivia se estableció el régimen de conciliación y arbitraje como medios alternativos para la resolución de controversias emergentes de la relación contractual o extracontractual.

Asimismo, se definió con exactitud cuáles son las materias que no pueden ingresar al ámbito de aplicación del arbitraje, entre las que se encuentran: los recursos naturales, los títulos otorgados por reservas fiscales, temas de interés público y de administración del Estado, tributos y regalías, contratos administrativos, acceso a los servicios públicos; licencias, registros y autorizaciones sobre recursos naturales y cuestiones en general que afecten el orden público. También, se establece como régimen especial no sujeto al arbitraje, las inversiones, aplicando los principios de equidad, veracidad, neutralidad, aceptabilidad mutua y razonabilidad.

Se debe considerar que bajo el marco constitucional anterior se tenía previsto un régimen internacional de protección de las inversiones, en virtud al cual se suscribían los denominados Tratados Bilaterales de Inversión – TBI, instrumentos cuya principal razón de existencia fue la protección de los inversores nacionales de uno de los países signatarios en lo que se refiere a sus inversiones en el territorio del otro país signatario.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

En este sentido cualquier violación de lo acordado en el tratado es considerado como una violación de derecho internacional, por lo que en virtud del principio *pacta sunt servanda*, cualquier conflicto surgido de la inversión efectuada tiene una protección especial, brindada por el tratado, de modo que el inversor es protegido doblemente (Arsen 2003).

La forma en la que estos Tratados Bilaterales se aplican, consiste en la creación del vínculo jurídico internacional entre el Estado inversor y aquel donde se efectuó la inversión. El inversor queda habilitado para solicitar un árbitro u organismo de arbitraje internacional la resolución del conflicto con el Estado.

Se debe tomar en cuenta que el objetivo de estos instrumentos internacionales fue fomentar la inversión internacional otorgándole protección jurídica.

Asimismo, se debe considerar que el régimen constitucional actual en el artículo 320 parágrafo II de la Constitución Política del Estado prevé que toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.

En tal sentido, Bolivia ha comenzado a denunciar o no renovar la totalidad de los 21 TBI que se encontraban en vigor y vinculaban al Estado con: Alemania, Argentina, Austria, Bélgica y Luxemburgo, Chile, China, República de Corea, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos, España, Francia, Italia, Países Bajos, Paraguay, Perú, Reino Unido, Rumania, Suecia y Suiza (Bas 2015).

Es importante considerar que actualmente se cuenta con un nuevo marco legal en materia de inversiones, el mismo se desprende desde la Constitución Política del Estado; por ello, en los últimos años no se han vuelto a suscribir Tratados Bilaterales de Inversión y como se señaló precedentemente los tratados que estaban vigentes no fueron renovados.

Inversiones:

En materia de inversiones el marco legal fue modificado con la promulgación de la Ley No. 516 de 4 de abril de 2014, de Promoción de Inversiones, tiene aplicación a todas las inversiones realizadas en el país, sean estas nacionales o extranjeras. Bajo este marco normativo se entiende inversiones como: *toda colocación de aportes de inversión en los diferentes mecanismos de inversión, destinados al desarrollo permanente de*

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 12 Enero - Junio, 2020 • Pag. 47 - 63

actividades económicas y a la generación de rentas que contribuyan al crecimiento y desarrollo económico y social del país (Art. 4: Ley No. 516).

Es importante señalar que esta Ley en función al mandato constitucional establece de forma expresa que el Estado dirige, controla y regula los sectores estratégicos de la economía del país a través de las entidades públicas y del ejercicio de sus competencias y atribuciones. En tal sentido, el Estado se reserva el derecho de desarrollar los sectores estratégicos para el crecimiento económico y social del país con equidad y ejercita su derecho participando como inversionista, a través de la inversión estatal productiva.

Los inversionistas pueden desarrollar actividades económicas en sectores estratégicos, en sujeción al marco de normas y políticas de desarrollo económico y social del país.

En tal sentido, se garantiza el rol del Estado como regulador de los sectores estratégicos de la economía del país, es decir, aquellos vinculados a la explotación de recursos naturales como hidrocarburos, minería y electricidad.

Es importante señalar que la Ley de Inversiones prohíbe de forma expresa de que los activos y las inversiones recuperadas a consecuencia de los procesos de nacionalización para la recuperación de los recursos naturales y de los sectores estratégicos, sean privatizados bajo ninguna modalidad. (Art.19).

Por otra parte, en cuanto a los mecanismos de inversión, la norma jurídica prevé de forma expresa que la colocación de aportes de inversión se realiza a través de: a) Sociedades comerciales; b) Empresas públicas; c) Empresas de capital mixto donde el Estado tenga participación accionaria mayoritaria y d) **Contratos u otros instrumentos de inversión conjunta**. Asimismo, la referida Ley dispone que todos los mecanismos de inversión deban observar los preceptos constitucionales y sujetarse a las normas aplicables vigentes en el país (Art. 9).

En virtud a lo descrito anteriormente, es posible visibilizar que el marco legal se encuentra concordante con la Ley de la Empresa Pública en función a la posibilidad de suscribir contratos u otros instrumentos de inversión conjunta. Esta autorización legal constituye una plataforma para el desarrollo de las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta, como una forma de asociaciones público privadas para el desarrollo de proyectos en el País.

En ese sentido, bajo dicho marco legal, el Órgano Ejecutivo, emitió el Decreto Supremo No. 3469 de 24 de enero de 2018, que tiene por objeto establecer los preceptos y el

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

contenido mínimo de los Contratos de Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta. Dicho Decreto Supremo ha definido como preceptos orientadores los siguientes: i) El nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas, mantendrán la propiedad de sus bienes durante toda la ejecución del Contrato de Alianza Estratégica de Inversión Conjunta; ii) Los Contratos de Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta deberán observar la normativa sectorial que corresponda; iii) Los Contratos de Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta deberán promover la inversión y complementariedad de la economía plural. (Art. 2 Decreto Supremo No. 3469).

Es importante señalar que para la aplicación de las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta, se requiere de un marco jurídico más amplio, donde se establezcan los lineamientos a seguir en cuanto a esta modalidad de inversión, los aspectos relativos a las obligaciones, responsabilidad, características y particularidades de los proyectos que serán objeto de las mismas y solución de controversias. Es decir, se debe otorgarle el marco legal necesario para incorporar las alianzas estratégicas de inversión conjunta al régimen de contrataciones estatales.

Asimismo, no se puede pasar por alto que de acuerdo a lo previsto en el artículo 9 de la Ley No. 516 se remite los mecanismos específicos para efectivizar la inversión, a la norma sectorial que será emitida. Todo ello implica la necesidad de previamente desarrollar normas sectoriales que viabilicen la aplicación de las alianzas estratégicas de inversión conjunta.

En todo caso, se puede observar que la Ley de Inversiones mantiene la lógica de la inversión estatal productiva, manteniendo el rol protagónico del Estado en la economía nacional, permitiendo una inversión privada bajo determinados requisitos en los sectores estratégicos de la economía nacional.

Sobre el particular, se hace importante hacer referencia a lo señalado por Ghersi (2000) en sentido de que la Ley no es neutral ni gratuita en su naturaleza, ya que el cumplimiento de las regulaciones implica una serie de costos y beneficios que recaen sobre los ciudadanos que se encuentran sujetos a su ámbito de aplicación. En ese sentido, las personas que quieran disfrutar de los beneficios de la ley, deben asumir los costos involucrados o no podrán acceder a la aplicabilidad del sistema legal (p.101).

Lo descrito precedentemente permite identificar que el análisis de la aplicabilidad de las asociaciones público privadas en Bolivia, supera el mero análisis de legalidad, ya que además de ello también debe concurrir el análisis de costos y beneficios, aspecto que necesariamente debe formar parte en la determinación de políticas públicas en el país.

¿ES POSIBLE APLICAR LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN BOLIVIA?
ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 12 Enero - Junio, 2020 • Pag. 47 - 63

Para iniciar el referido análisis es posible disgregar dos conceptos descritos por Coase (1981) el primero referido a las externalidades que son entendidas como aquel efecto indirecto que tiene la actividad de un agente económico sobre la producción o el consumo. En tal sentido, estas externalidades pueden ser beneficiosas cuando tienen efectos externos positivos o perjudiciales cuando sus efectos son negativos. El segundo concepto es el vinculado a la internalización referido al proceso por el cual el sujeto de la actividad económica asume para sí los beneficios y costos de los efectos externos.

Es por ello, que aplicando el Teorema de Coase (1981)[2] es posible realizar un breve análisis de la aplicabilidad de las asociaciones público privadas bajo el modelo económico vigente en Bolivia. Dicho análisis se describe a continuación:

Análisis Económico del Derecho

Aplicabilidad de las Asociaciones Público Privadas en Bolivia[3]

Externalidades negativas	Externalidades positivas	Prescripción legal
Posible incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del inversor.	Ejecución paralela de varios proyectos estatales a nivel nacional, permitiendo la satisfacción de las demandas de la población.	• Constitución Política del Estado. • Ley No. Ley No. 516 • Ley No. 466 • Decreto Supremo No. 3469. Habilitan las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta, para fomentar la inversión privada en empresas públicas. Existe una ausencia de procedimientos específicos para los diferentes sectores regulados y la forma de incorporación al régimen de contrataciones estatales.
Ausencia de mecanismos procedimentales para el seguimiento estatal a la calidad de obras ejecutadas bajo el régimen de asociaciones público privada.	Conjunción de fortalezas a nivel de experiencia técnica y procedimental entre la parte estatal y privada para la ejecución de proyectos.	
Falta de criterios específicos para la redistribución de excedentes entre la parte estatal y privada, en la fase de operación de los proyectos.	Reducción de plazos vinculados a la gestión de financiamiento, al contar con inversión garantizada. Así como permitir que los recursos del Tesoro General de la Nación sean destinados a otras políticas públicas de servicio.	

En virtud a lo descrito precedentemente, es posible identificar que para la aplicabilidad de las asociaciones público privadas, se deben considerar las posibles externalidades negativas, a fin de que dicho costo sea asumido por los actores estatales y privados

2 Análisis económico del Derecho - internalización de externalidades para la determinación del costo beneficio (Coase, 1981).

3 Elaboración propia con base en el Teorema de Coase.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

involucrados, a través del diseño y definición de la plataforma normativa, institucional y procedimental correspondiente para llevar adelante proyectos ejecutados con la participación de inversión privada. Por otra parte, existen posibles efectos positivos que deben ser considerados a momento de tomarse la decisión correspondiente de aplicabilidad.

3. APLICACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN AMÉRICA LATINA

De acuerdo a la información publicada por el Banco Interamericano de Desarrollo – BID (20l7) las inversiones de asociaciones público-privadas en América Latina se registraron mayormente en el sector de energía (más de 48% de la inversión total mediante asociaciones público-privadas) y el sector transporte (más de 46%, con predominio de las inversiones en carreteras).

También existen otros sectores en los que se aplican las asociaciones público privadas como los proyectos de agua y saneamiento (4,7%) y de tecnología de la información y las comunicaciones (1%).

Asimismo, el BID (2017) también publicó que el mercado de asociaciones público-privadas en la región está concentrado en Brasil, al que siguen en un muy lejano segundo lugar México y Colombia, en tanto que Honduras encabeza el coeficiente de inversión de asociaciones público-privadas con respecto al Producto Interno Bruto - PIB.

Otro dato importante es que de acuerdo a la Evaluación efectuada por el BID, los únicos países cuyas estrategias de país no mencionaban explícitamente las asociaciones público privadas son Bolivia, Chile, Ecuador, Guyana y Suriname.

De acuerdo a Robalino (2010, p.14), entre los beneficios de las Asociaciones Público Privadas se identifican los siguientes:

- Permite promover la coordinación y gestión conjunta de proyectos entre el sector privado y el público.
- Fomenta la compatibilización de intereses de los sectores públicos y privados.
- Permite la coexistencia de las fortalezas de los sectores público y privado.
- Fomenta la sostenibilidad de los proyectos, evitando reacciones extremas a favor o en contra del sector privado o del sector público

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 12 Enero - Junio, 2020 • Pag. 47 - 63

Es importante considerar que Bolivia ha pasado por varios cambios a nivel político y económico, con lo que se ha marcado cierto rechazo hacia las políticas públicas orientadas a la privatización o aparente intromisión de inversiones extranjeras en la economía nacional.

Asimismo, es necesario reflexionar en función al contexto Latino Americano, cuando un alto porcentaje de proyectos de infraestructura de transporte como carreteras se realiza bajo esta modalidad, algo que en Bolivia aún queda a cargo de la administración pública, a través de la entidad autárquica competente para ello, recurriendo únicamente a recursos del Tesoro General de la Nación o en su caso al financiamiento externo.

Sin embargo, la demanda de infraestructura por parte de la población es tan amplia que vale la pena analizar nuevas formas de financiamiento de proyectos, considerando las ventajas de las denominadas asociaciones público privadas, cuya plataforma de inicio de reflexión y discusión se encuentra expresada en la Ley No. 516 y el Decreto Supremo No. 3469 que autoriza la posibilidad de las alianzas estratégicas de inversión conjunta.

4. REFLEXIONES FINALES

En función a todo lo expresado precedentemente es importante puntualizar los siguientes aspectos de reflexión:

- Para analizar nuevos mecanismos de inversión, aplicables a las contrataciones públicas de proyectos nacionales, es necesario reflexionar respecto al contexto político, jurídico y social del país. Bajo ese lineamiento, se identifican varios cambios que fueron surgiendo en Bolivia, por lo cual como un antecedente cercano se encuentran las categorías referidas a la privatización y la capitalización.
- La experiencia histórica en el país con dichas políticas públicas, ha originado que el Texto Constitucional vigente contenga previsiones expresas que ratifiquen que la propiedad de los recursos naturales se encuentra bajo el criterio de la soberanía nacional al cual deben regirse los inversionistas extranjeros.
- En ese contexto los lineamientos establecidos en la Constitución Política del Estado han tenido su impacto directo en el ordenamiento jurídico en cuanto a tres áreas fundamentales del Estado como son: las empresas públicas, las inversiones y el arbitraje. En estas leyes se rescata la esencia del mandato constitucional en cuanto a la protección de los recursos naturales y a la vez se apertura la posibilidad de aplicar diferentes modalidades de inversión, surgiendo como una de ellas

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta. Dicha modalidad se encuentra en pleno desarrollo, considerando que el Decreto Supremo que la regula fue aprobado en la gestión 2018.

- La aplicabilidad de las asociaciones público privadas, además del análisis meramente legal, requiere el análisis financiero desde el punto de vista del derecho, a fin de identificar el beneficio para el país de internalizar los efectos externos de dicha política pública. Asimismo, no se deben pasar por alto los posibles efectos positivos para la economía nacional de la aplicación de esta nueva forma de generación de inversiones para la ejecución de proyectos públicos. Todo ello implica que se deben fortalecer los aspectos procedimentales, institucionales y legales que permitan reducir riesgos de efectos negativos.
- Es importante considerar que a nivel de Latino América una gran cantidad de proyectos de infraestructura vial y energía son solventados aplicado la modalidad de las asociaciones público privadas, sin embargo, Bolivia es uno de los pocos países en los que aún no se aplicó este tipo de contratos. Ello no deja de lado la importancia de reflexionar respecto a la posibilidad de identificar nuevas opciones de financiamiento y ejecución de proyectos estatales.
- No obstante todo lo anterior, no se debe pasar por alto que la aplicación plena de las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta, como una variante de las asociaciones público privadas, también pasa por el desarrollo normativo, en cuanto a la norma sectorial, regulatoria y las particularidades de cada sector, así como la modificación de las normas básicas de administración de bienes y servicios o la emisión de normas específicas para este tipo de contrataciones estatales; también se debe considerar los aspectos necesarios para la solución de conflictos que pueden surgir, todo ello de forma coherente con lo previsto en la Constitución Política del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

ANTELO Callisperis Eduardo (2000) *LA CAPITALIZACIÓN EN BOLIVIA,* Unidad de Análisis de Políticas Económicas y Sociales – UDAPE. La Paz Bolivia.

ARSEN Patricia (2003) *"TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN. SU SIGNIFICADO Y EFECTOS",* Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO – BID (2017) "*EVALUACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN INFRAESTRUCTURA*" Disponible en: www.iadb.org/evaluacion

ISSN 2413 - 2810, Volumen 9, Nro. 12 Enero - Junio, 2020 • Pag. 47 - 63

BAS Vilizzio Magdalena "*ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL RETIRO DE BOLIVIA, ECUADOR Y VENEZUELA DEL CIADI*" [En línea] Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/285386774

BULLARD A. (1991) "UN MUNDO SIN PROPIEDAD" Revista Derecho No. 45, Lima Perù.

COASE, R. H. (1981): "EL PROBLEMA DEL COSTE SOCIAL" Revista Hacienda Pública Española, Nº 68, Madrid España.

GHERSI E. (2000) "*EL COSTO DE LA LEGALIDAD"* Centro de Estudios Públicos, [En línea] Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184142/rev30_ghersi.pdf

ROBALINO Orellana Javier "*LOS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP): UNA OPCIÓN PARA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LATINOAMÉRICA*", Revista de Derecho No. 13, UASB, Quito – Ecuador.

RODRIGUEZ Chirillo, Eduardo (1993) ASPECTOS JURÍDICOS DE LA PRIVATIZACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA ESPAÑOLA, Instituto de Estudios Económicos, Madrid España.

QUINTEROS (2005). *LA CAPITALIZACIÓN BOLIVIANA*, Universidad Andina Simón Bolívar.

VACA Guzmán, Marcelo (2003) "*CAPITALIZACIÓN Y SISTEMA DE REGULACIÓN SECTORIAL EN BOLIVIA: MARCO REGULATORIO"* Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional.