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

GESTIÓN DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS DE INVERSIÓN CONJUNTA COMO PLATAFORMA PARA INICIAR LA DISCUSIÓN RESPECTO A LA APLICABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN BOLIVIA

MANAGEMENT OF STRATEGIC JOINT INVESTMENT ALLIANCES AS A PLATFORM TO INITIATE THE DISCUSSION REGARDING THE APPLICABILITY OF PUBLIC PRIVATE ASSOCIATIONS IN BOLIVIA

*Lenny Roxana Cáceres Frías**

Presentado: 04 de septiembre de 2018. Aceptado: 31 de octubre de 2018

RESUMEN

El presente artículo se encuentra orientado a realizar un análisis del marco constitucional y legal actual en Bolivia, en lo referido a las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta y sus características principales, con el propósito de iniciar la discusión respecto a la aplicación de las asociaciones público privadas, categoría emergente en el derecho administrativo para el financiamiento y ejecución de proyectos de interés público. De igual manera, se establecen las características principales de las asociaciones público privadas y se la diferencia de otros conceptos similares, con el propósito de identificar la viabilidad de su aplicación en Bolivia.

PALABRAS CLAVES:

Alianzas Estratégicas Inversión Público-Privada, Contratos Administrativos

Keywords:

strategic alliances investment public-private administrative contracts

Abstract

This article is oriented to an analysis of the current constitutional and legal framework in Bolivia, with regard to the so-called strategic alliances of joint investment and their main characteristics, with the purpose of initiating the discussion regarding the application of public-private partnerships, an emerging category in administrative law for the financing and execution of projects of public interest. Similarly, the main characteristics of public-private partnerships are established and differentiated from other similar concepts in order to identify the feasibility of their application in Bolivia.

* Licenciada en Ciencias Juridicas de la Universida Tecnica de Oruro, Licenciada en Teologia Sistemica de la Universida California Christian, especialista en administracion y control gubernamental. - lennyroxana@hotmail.com

ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 164-180

Introducción

De manera general, la Administración Pública actúa unilateralmente, a través de los actos administrativos, entendidos como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizado por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria (Betancor, 2012), también actúa unilateralmente a través de la emisión de normas administrativas, blindadas de características específicas y un ámbito de aplicación determinado. Por otra parte, la Administración Pública, también actúa bilateralmente, buscando la colaboración del sector privado, a través de contratos. Estos contratos en la mayoría de los casos son el resultado de un proceso de contratación, donde los contratistas son seleccionados por la propia Administración Pública para establecer una relación contractual con la entidad para la provisión de bienes y servicios o la ejecución de obras o suministros de interés público.

Todo esto implica que la administración pública por sí sola no podría cumplir con todas las expectativas de la población, sino que requiere, necesariamente la participación de la sociedad, a través de las empresas y el sector privado, en función a los resultados que se busca alcanzar.

Por otra parte, es importante enfatizar la atención en el concepto de la denominada gestión pública entendida por Montoya (2017) como "una actividad especializada de la Administración Pública que desarrolla las funciones directivas en entidades del sector público, destinada a la correcta y eficiente administración de los recursos del Estado, con el propósito de satisfacer las necesidades de la ciudadanía e impulsar el desarrollo del país".

En ese sentido, la gestión pública es responsable por la instrumentación de las políticas pública, la forma en la que esta funciona determina la eficiencia, eficacia y calidad de los resultados obtenidos con las intervenciones gubernamentales, por lo que, la gestión pública está comprendida por el conjunto de actividades que lleva adelante la administración para alcanzar el bienestar de la población.

Bajo ese contexto, es que se pone en relieve la importancia de llevar adelante un análisis profundo respecto a la diversas formas contractuales que van surgiendo en el marco de la gestión pública, de manera específica, para el caso de la ejecución de los grandes proyectos y obras públicas de interés de la población y la pertinencia constitucional y legal respecto a las denominadas asociaciones público privadas, cuyo alcance y enfoque es bastante diverso, y que

necesariamente requieren para su aplicación un marco legal, económico y técnico bastante sólido, coherente y funcional.

Sobre el tema es importante considerar que en Bolivia, desde la promulgación de la Ley No. 466 de 26 de diciembre de 2013, ya se visibilizó la autorización para la suscripción de contratos para establecer las denominadas Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta, este aspecto ha sido ratificado en la Ley No. 516, de 4 de abril de 2014, de Promoción de Inversiones y reglamentado por el Decreto Supremo No. 3469 de 24 de enero de 2018.

Entonces si bien, el ámbito de aplicación de las normas jurídicas citadas precedentemente se encuentra situado en el campo empresarial público, donde de acuerdo a las tipologías empresariales vigentes en el país, se permiten las empresas estatales mixtas y empresas mixtas como formas para llevar adelante la inversión en el país, existe la necesidad de iniciar la reflexión respecto a la posibilidad que implican estas modalidades de inversión de un escenario para la aplicación de las denominadas asociaciones público privadas para llevar adelante proyectos complejos en Bolivia.

Este análisis pasa por la reflexión inicial respecto a la viabilidad constitucional, legal e institucional de la aplicabilidad de las asociaciones público privadas en Bolivia, así como la reflexión respecto a los lineamientos jurídicos, que en el marco del derecho administrativo el Estado debería asumir para el desarrollo de proyectos complejos en el país.

El presente artículo también contiene un análisis del marco legal vigente en el país, respecto a la aplicación de las alianzas estratégicas de inversión conjunta, para contrastarlo con los lineamientos constitucionales de la empresa pública. Posteriormente, se realiza una revisión de los fundamentos teóricos doctrinales relativos a las asociaciones público privadas y la reflexión respecto a la viabilidad constitucional, legal e institucional de la aplicación de esta modalidad en las contrataciones estatales en Bolivia.

1. Análisis del marco jurídico de las Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta en Bolivia

Es importante iniciar esté análisis haciendo referencia a que conforme a lo previsto en la Constitución Política del Estado (Art. 308) se reconoce, respeta y protege la iniciativa privada, para que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país. Por otra parte, también se considera pertinente hacer referencia a que el Texto Constitucional prevé que en el Estado se aplicará una economía plural que articula diferentes formas

ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 164-180

de organización económica (Art. 306).

Asimismo, a partir de la promulgación de la Ley No. 466 de 26 de diciembre de 2013, de la Empresa pública, se estableció la posibilidad de que las empresas públicas puedan suscribir contratos para establecer alianzas estratégicas de inversión conjunta con empresas públicas o privadas constituidas en el país y/o con empresas públicas o privadas extranjeras, siempre que estas cumplan con los requisitos para el ejercicio habitual de actos de comercio en el país.

Se prevé que las alianzas estratégicas que involucren inversiones para el desarrollo de sectores estratégicos deberán garantizar que el control y dirección de la actividad sea asumida por la empresa pública boliviana, siempre y cuando esta tenga participación mayoritaria en el contrato. (Art. 8, Ley No. 466).

Por otra parte, el referido marco legal también prevé como una modalidad de alianza estratégica la asociación accidental, ésta tiene carácter transitorio y es utilizada para el desarrollo o ejecución de una o más operaciones específicas a cumplirse mediante inversiones conjuntas. Es importante puntualizar que de acuerdo a lo previsto en el Código de Comercio Boliviano, el contrato de asociación accidental, también denominado de cuentas en participación, se cumple mediante aportaciones conjuntas y no tiene personalidad jurídica propia. (Art. 365, Código de Comercio).

Asimismo, es importante considerar que como resultado de la promulgación de la Ley No. 466, se encuentra vigente la siguiente tipología empresarial:

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

Empresas estatales mixtas - EEM, 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 – EM, 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 – EEI, 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.

Es importante hacer referencia a que de acuerdo a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley No. 1103 de 25 de septiembre de 2018, se ha previsto que en tanto las Empresas Públicas del nivel central del Estado migren al nuevo régimen de la Ley No. 466 de la Empresa Pública, podrán suscribir contratos de Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta, en el marco del artículo 8 de la mencionada norma, previa autorización del Consejo Superior Estratégico de la Empresa Pública – COSEEP.

Respecto a la citada disposición transitoria es importante mencionar que actualmente pese a encontrarse en plena vigencia la Ley No. 466, de la Empresa Pública, muchas de las empresas públicas, no han migrado a las tipologías descritas anteriormente. Es decir, la referida disposición transitoria adquiere importancia en sentido de permitir la suscripción de los contratos de alianzas estratégicas de inversión conjunta a las empresas cuya migración se encuentra pendiente, en función a una autorización especial del COSEEP.

Por otra parte, también se reconocen a 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-TCP1.

Asimismo, se establece la Corporación, como forma de organización empresarial, 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.

Asimismo, 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 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%. 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.

1 ALBA- TCP organización internacional de ámbito regional, fundada en 2004, conformada por países de América Latina y el Caribe que pone énfasis en la lucha contra la pobreza y la exclusión social con base en doctrinas de izquierda http://www.portalalba.org/index.php

ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 164-180

En ese sentido, queda claramente establecido que el marco jurídico nacional reconoce la posibilidad de las alianzas estratégicas de inversión conjunta, a través de la suscripción de contratos con empresas públicas o privadas, constituidas en el país o empresas públicas o privadas extranjeras, respetando la previsión constitucional de que las alianzas estratégicas que involucren inversiones para el desarrollo de sectores estratégicos garanticen el control y dirección de la actividad sea asumida por la empresa pública boliviana, siempre y cuando ésta tenga participación mayoritaria en el contrato.

Es así que el marco legal para las alianzas estratégicas de inversión, fue reforzado con la promulgación de la Ley No. 516, de 4 de abril de 2014, de Promoción de Inversiones, norma jurídica que 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 deben observar los preceptos constitucionales y sujetarse a las normas aplicables vigentes en el país (Art. 9).

De acuerdo al referido marco legal, se entiende por inversión toda colocación de aportes de inversión en los diferentes mecanismos de inversión, destinados al desarrollo permanente de actividades económicas y a la generación de rentas que contribuyan al crecimiento y desarrollo económico y social del país. (Art. 4).

Asimismo, la referida Ley prevé la exclusividad del Estado, en sentido de que este controla y regula los sectores estratégicos de la economía del país establecidos en la Constitución Política del Estado, a través de las entidades públicas y del ejercicio de sus competencias y atribuciones. Sobre el particular, es importante precisar que se entiende por sectores estratégicos del país a los hidrocarburos, minería, electricidad y recursos ambientales. En ese 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, en el marco de lo establecido en la presente Ley.

Es importante hacer referencia a la prohibición expresa de que los activos y las inversiones recuperadas a consecuencia de los procesos de nacionalización realizados por el Estado para la recuperación de los recursos naturales y de los sectores estratégicos, sean privatizados bajo ninguna modalidad. (Art.19).

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 contenido mínimo de los Contratos de Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta. Dicho Decreto Supremo ha sido emitido en el marco de la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo y determina 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).

En virtud a ello, se identifica que si bien se cuenta con la autorización legal para la suscripción de contratos de alianzas estratégicas de inversión conjunta, el marco normativo se encuentra aún en desarrollo, considerando que pese a que la Ley de la Empresa Pública se encuentra vigente desde el año 2013, hasta la fecha muchas empresas públicas aún se encuentra en etapa de migración a fin de adecuarse a lo establecido en el régimen legal de la empresa pública actual.

Asimismo, se 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.

Por otra parte, también es posible visualizar que en el marco de la economía plural, entendida como la articulación de las formas de organización económica estatal, privada, social, cooperativa y comunitaria, constitucionalmente existe una apertura hacia las inversiones conjuntas, aspecto que si bien, actualmente puede ser aplicada solamente por empresas públicas, en un futuro la autorización también podría ser extensiva al resto de la institucionalidad que representa la administración pública. Sin embargo, se debe precisar que la aplicabilidad de estas modalidades de ejecución de proyectos también deberá estar acompañada del desarrollo del marco jurídico correspondiente a fin de otorgarle certezas tanto al servidor púbico que en representación del Estado llevaría adelante estos actos administrativos así como al privado que invierta en

GESTIÓN DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS DE INVERSIÓN CONJUNTA COMO PLATAFORMA PARA INICIAR LA DISCUSIÓN RESPECTO A LA APLICABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN BOLIVIA • REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 164-180

proyectos de forma conjunta con el Estado.

2. Conceptualizando las Asociaciones Público Privadas (APP)

Considerando todo lo señalado precedentemente es importante reflexionar respecto a la naturaleza de las Asociaciones Público Privadas (APP) y sus concepciones. En ese sentido, de acuerdo a lo señalado por el Foro Económico Mundial (2005), se tiene la siguiente definición de una asociación público – privada:

(…) se trata de una iniciativa de cooperación entre el sector público y el privado, basada en los conocimientos especializados de cada uno de los asociados que pueden contribuir más eficazmente a alcanzar objetivos claramente definidos mediante una clara asignación de los recursos, los riesgos y las retribuciones (p.24).

Por otra parte, en criterio de Emerson (2012) la doctrina de estas asociaciones público privadas han sido identificadas con la gobernanza colaborativa que requiere de un marco que integre las acciones conjuntas a ser realizadas así como los procesos de resolución de conflictos y la determinación del marco institucional correspondiente.

En ese sentido, Montoya (2017) respecto a las denominadas asociaciones público privadas señala lo siguiente:

"Las Asociaciones Público Privadas son una alternativa a la obra pública, en la medida que permite que participe la inversión privada en proyectos de infraestructura pública y/o sus servicios derivados, uniendo la fase constructiva con la de operación y mantenimiento, o solo involucrando la operación y mantenimiento de infraestructura existente". (p. 36)

También es importante considerar que en criterio de Robalino (2010) "la asociación pública privada es la conjunción de capitales públicos y privados para el desarrollo de un fin común" (p.12). En este sentido, la asociación público privada no es ni una privatización exclusivamente ni tampoco una concesión. La asociación público privada consiste en la creación de un vehículo o de un proyecto, en conjunto, entre un órgano público y un sujeto privado, mediante aportes mutuamente acordados.

Por otra parte, Vergara (2011) señala que "la asociación público privada tiene por objeto aunar esfuerzos y fortalecer la gestión en aras de garantizar los resultados de proyectos nacionales con objeto de ejecución, que puede ir desde la construcción de grandes obras de infraestructura para la prestación de servicios" (p. 17).

En ese sentido, es importante precisar que una APP como alternativa, a través de obligaciones contractuales,

establece las características y calidad de la construcción y la de los servicios derivados de la infraestructura, establecidos de manera específica en dicho contrato durante toda su vigencia. Lo que resalta la importancia de lo precisión en la redacción de dichos contratos administrativos.

Por su parte, Rodríguez (2009, pp. 26,27) señala que "las obras públicas así como los servicios públicos o de interés general objeto de las licitaciones, deben ser realizados de la mejor manera posible en el nivel técnico y económico, en función a que los fondos públicos con los que se van a financiar esas actividades son de propiedad de la población en general". Esta precisión resulta ser de bastante importancia considerando que las obras de interés público tienen como finalidad la satisfacción de necesidades la población. Esto coincide con la precisión realizada por Suto (2013, p.33) en sentido de que "el elemento más importante del contrato de APP, es el objeto contractual, pues este se destina a la satisfacción del interés público".

Es necesario señalar que la denominación Asociación Pública Privada (APP), en otras legislaciones ha sido establecida como Participación Pública Privada (PPP) o también Iniciativa de Financiación Privada (PFI), sin embargo, todas estas constituyen de manera general en un acuerdo de cooperación entre entidades públicas y empresas privadas, con el objeto que sea el sector privado el que pueda realizar alguna de las tareas de diseño, construcción, mantenimiento, gestión y financiación de infraestructuras y servicios de interés público, transfiriéndole buena parte de los riesgos y responsabilidades al sector privado, sin que ello implique que la entidad pública mantiene las potestades de control y regulación de la actividad del sector privado.

En ese sentido, se pone en relieve que el surgimiento de las Asociaciones Público Privadas responde a la necesidad de la administración de fortalecer la gestión pública de proyectos y obras de interés público de manera coordinada con la sociedad, por lo que a nivel jurídico se requiere otorgarle a dichas alternativas un escenario para su desarrollo.

Sobre ese punto, es importante reflexionar en sentido de que por más buena que sea la gestión a nivel técnico y financiero, no se logrará cumplir los objetivos sin el correcto acompañamiento legal, ya que la contratación estatal dependerá en gran magnitud de la existencia de una marco legal fuerte que permita cumplir los objetivos esperados y resolver los problemas que pudieran surgir.

Se entiende que la gestión de proyectos de interés público tiene sus diferentes matices en función a la envergadura de la obra pública

GESTIÓN DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS DE INVERSIÓN CONJUNTA COMO PLATAFORMA PARA INICIAR LA DISCUSIÓN RESPECTO A LA APLICABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN BOLIVIA • REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 164-180

que se busca ejecutar, en virtud a ello, la asociación público privada tiene por finalidad crear alternativas para la ejecución de proyectos, a fin de satisfacer las necesidades de la población. Es necesario valorar el aporte, que tanto a nivel privado como público se llegue a realizar, desde el ámbito técnico, tecnológico, jurídico y financiero.

En criterio de Umezawa (2013) es necesario considerar a las asociaciones público privadas desde una óptica más amplia, a fin de aprovechar los beneficios que este mecanismo puede ofrecer para reducir la brecha en infraestructura de servicios públicos.

Es importante citar que la legislación peruana ha definido las asociaciones público privadas de la siguiente forma:

Las Asociaciones Públicos Privadas son modalidades de participación de la inversión privada, en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente (art. 11 Decreto Legislativo No. 1224 República del Perú).

Otro aspecto importante para en análisis es que se hace necesario distinguir el concepto de la asociación público privada de lo que son otras categorías como la concesión o la privatización que tienen un objeto y naturaleza totalmente distinta. Sobre el particular Gerrad (2001) puntualiza que las APP no son privatizaciones, toda vez que una empresa privatizada es una empresa que estaba en manos del sector público y que pasó a ser propiedad del sector privado. Es decir, puede operar en mercados altamente competitivos como una compañía aérea o puede ocupar una posición monopólica y por lo tanto debe ser objeto de regulación una vez que haya sido transferida al sector privado. En ambos casos, el sector público deja de participar en la empresa. En cambio, una asociación público privada, es una relación contractual entre los sectores público y privado que no corresponde a ninguno de esos modelos, y tiene como características: i) la existencia de la participación privada en el campo de la financiación y/o de la gestión, ii) existencia de una transferencia de riesgos, iii) existencia de una relación contractual entre los sectores público privado, a largo plazo.

En tal sentido, es posible sintetizar la concepción de las asociaciones público privadas como una alternativa de gestión pública para llevar adelante proyectos de interés público en beneficio de la población. Asimismo, se debe considerar que se tienen otros beneficios del esquema

de la participación conjunta público privada, como por ejemplo distribuir los riesgos que la administración pública por sí sola no podría asumir.

Sobre este punto, en criterio de Márquez (2013) "el particular asume un papel más importante en la conformación de los elementos finales y directrices del proyecto, incluyendo la preparación de los diseños de ingeniería (p.21)", lo que pone en relieve la importancia de la aplicación de esta modalidad para la ejecución de proyectos de interés públicos.

Es por ello, que se hace necesario considerar esta modalidad de contratación pública como una alternativa orientada a implementar proyectos de inversión también en sectores como los de educación, salud, transportes y servicios básicos, que por su importancia resultan prioritarios para la población, es decir, se debe encontrar el equilibrio entre la rentabilidad social sin que dejen de ser de beneficio para el inversor privado.

Respecto a las características particulares de las asociaciones público privadas es importante considerar que, a diferencia de los requisitos tradicionales de contratación administrativa, la legislación de otros países ha adoptado la postura más flexible, especialmente en relación con documentos existentes con anterioridad y estudios técnicos como condición para la apertura de la licitación; es decir, en las asociaciones público privadas es posible licitar sin que haya el proyecto básico de ingeniería o licencia ambiental previa ya emitida, documentos que generalmente son obligatorios en el régimen general de contrataciones.

Respecto a su clasificación Montoya (2017) señala que las Asociaciones Público Privadas pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

Las APP Autofinanciadas.- Son aquellos proyectos que, en general no necesitan de apoyo de financiamiento o garantías del Estado, pudiendo ser rentables con los ingresos propios del negocio.

Cofinanciada.- Son aquellas que requieren del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras, o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos. (p.40).

Esta clasificación resulta bastante importante toda vez que permite identificar las características principales de las posibles estructuras de las asociaciones público privadas, cuyos parámetros específicos deben ser definidos contractualmente.

Estas particularidades implican la necesidad de contar con un régimen jurídico especial, que debe contener además de lineamientos

ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 164-180

generales aspectos específicos que deben ser desarrollados en función de la experiencia en el sector de las contrataciones estatales en el país, toda vez que la norma de contrataciones vigente en Bolivia, contenida en las normas básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, actualmente no prevé los aspectos procedimentales referidos a la aplicación de las alianzas estratégicas de inversión conjunta, quizás, con el criterio de que al haberse establecido que su aplicación será únicamente por parte empresas públicas, las mismas podrán utilizar las normas especiales de la gestión empresarial, sin embargo, no se puede pasar por alto la necesidad de contar con un régimen legal específico que permita llevar adelante esta modalidad de contratación solventando las particularidades que la diferencian, a través de una norma general, toda vez que esperar que cada empresa o sector realice genere su propia reglamentación, implicaría un riesgo en la aplicación de la modalidad con interpretaciones diferentes que pudieran surgir o por otra parte, la ausencia de normas generales podría generar que la previsión no llegue a aplicarse de forma concreta nunca.

Sobre el particular, se considera pertinente hacer referencia a que en criterio de Huapaya (2013) la aplicación de las asociaciones público privadas ha tenido éxito en países con un adecuado entorno institucional de estudio, planificación y desarrollo de proyectos que estimulan la cohesión entre los aportes del sector privado, traducida en: experiencia técnica, obtención de fuentes frescas de financiamiento, creatividad empresarial privada y el aporte del sector público a través de: seguridades y garantías, o de financiamiento para así lograr la prestación de infraestructuras y servicios públicos de calidad.

Es necesario que para la aplicación de las denominadas asociaciones público privadas se cuente con un régimen jurídico expresamente establecido, toda vez que el Estado debe reglamentar el ejercicio de la actividad administrativa. De igual manera, la ausencia de los parámetros generales y necesarios podría llegar a implicar la ejecución de actividades de forma improvisada lo que en lugar de fortalecer la gestión administrativa llegaría a profundizar deficiencia de la contratación estatal, por lo que se requiere desarrollar los lineamientos teóricos y jurídicos necesarios para lograr el avance desde lo doctrinal hacia lo normativo para su aplicación en la realidad nacional.

Desde una perspectiva jurídica, se considera pertinente mencionar lo expresado por Magide (2012) quien precisa que es fundamental partir de la toma de conciencia de que lo que normalmente se ha dado en llamar colaboración público - privada es

un tipo de política pública o un modo de gestión, consistente en la colaboración de un socio privado en la ejecución, financiación y gestión de infraestructuras, equipamientos, servicios o suministros públicos.

En síntesis, se hace visible la necesidad de contar con el escenario adecuado para la aplicabilidad de las denominadas asociaciones público privadas en Bolivia, estableciendo los parámetros generales en función a las previsión constitucionales a través de normas legales y en el nivel procedimental reglamentario se debe fortalecer la fase de negociación y los acuerdos previos así como la definición de roles y el establecimiento de los adecuados controles públicos para evitar desviaciones que pudieran resultar en perjuicios para la gestión estatal.

Es importante señalar que en materia de contratación pública, los principios generales del derecho aplicables, en la mayoría de los países, se encuentran contenidos en normas jurídicas específicas, en el caso de Bolivia se cuenta con las normas básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, es decir, los principios que fueron surgiendo como resultado de la jurisprudencia y el desarrollo de la doctrina jurídica pasaron a estar explícitamente reconocidos en normas jurídicas. Es por ello que si se buscan nuevas alternativas de inversión conjunta, se requiere expresamente dotar a la administración del marco jurídico completo que sirva de indicador para la aplicación de estas asociaciones público privadas de manera que se alcancen los objetivos de la gestión pública sin poner en riesgo la inversión del privado.

En ese sentido, se debe tener plena conciencia de que los acuerdos orientados a materializar las asociaciones público privadas, conllevan obligaciones recíprocas y responsabilidad mutua, relaciones voluntarias o contractuales, así como la aceptación conjunta de los riesgos relacionados con la inversión y la responsabilidad conjunta de la planificación y la ejecución. Todo este desarrollo requiere ser reglamentado de forma expresa previo análisis de la realidad de las contrataciones estatales y ejecución de proyectos.

3. Respecto a la viabilidad de la aplicación de las asociaciones público privadas en Bolivia

Si se aplica como base para el análisis el desarrollo normativo vigente hasta el momento, es posible identificar inicialmente que en Bolivia no existe una restricción constitucional que limite la inversión de privados de forma conjunta con la administración pública, siempre y cuando se garantice la soberanía nacional y se respete la aplicación del ordenamiento jurídico nacional.

GESTIÓN DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS DE INVERSIÓN CONJUNTA COMO PLATAFORMA PARA INICIAR LA DISCUSIÓN RESPECTO A LA APLICABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN BOLIVIA • REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 164-180

Es por ello, que surgió como un primer paso hacia la ejecución conjunta de proyectos, las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta. Lo que de ninguna manera implica poner en riesgo el control o la dirección de la economía nacional, subordinándola a un capital privado, al contrario implica una alternativa para fortalecer el ejercicio de la actividad estatal a través de la ejecución de proyectos de forma conjunta que, por su grado de complejidad técnica o financiera, no podrían realizarse sin la cooperación del sector privado.

Asimismo, es importante referir que el hecho de la administración pública aplica una asociación púbico privada no implica que delega su responsabilidad al privado inversor, es decir, que mientras en los contratos ordinarios de ejecución de obra, la Administración suele garantizar que la infraestructura tenga el nivel de calidad requerido, en el marco de un contrato de asociación púbico privada la administración recibe la obra al finalizar la ejecución y debe establecer los parámetros para la fase de operación, velando porque si se detectan defectos el contratista deberá corregirlos de forma continua sobre ello. (Banco de Desarrollo de América Latina, 2018).

En ese sentido, Sánchez (2015) señala que el contrato de asociación público privada, no debería ser apelable única y exclusivamente en caso de incapacidad objetiva de la Administración para desarrollar por otros métodos el proyecto. Es adecuado pensar y regular que en casos de alta complejidad técnica es óptimo un proceso de diálogo competitivo, pero no solo en tales casos. Aunque parece claro que basta con justificar la necesidad de aplicarla por complejidad económico-financiera, no deberían ser vistas como una modalidad excepcional sino que su aplicación debería ser abierta a otros factores también.

En ese sentido, si bien la aplicación de las asociaciones público privadas en Bolivia, no tiene una limitación constitucional, se debe tomar en cuenta que para su aplicación, necesariamente se deberá contar con un marco legal específico, donde se establezcan todos los parámetros necesarios al tratarse de una relación contractual totalmente diferente a los contratos ordinarios de obra vigentes en función al régimen de las contrataciones estatales en Bolivia. Este régimen legal debe contener los parámetros necesarios para llevar adelante esta modalidad de inversión conjunta, lo que podría sin duda lograr constituir una importante alternativa para la ejecución de proyectos de interés público.

4. Conclusiones

De la revisión de todos los aspectos descritos precedentemente es

posible arribar a las siguientes conclusiones:

De acuerdo al marco Constitucional y régimen legal en Bolivia, actualmente, se encuentra vigente la autorización de la suscripción de alianzas estratégicas de inversión conjunta, como una modalidad para llevar adelante el financiamiento y ejecución de proyectos y obras de interés público. Esta autorización se encuentra circunscrita al ámbito de aplicación de las empresas públicas, es decir, se visibiliza como una forma de sociedad empresarial, transitoria para llevar adelante un objetivo común.

En el proceso de desarrollo del derecho administrativo y de forma específica en el ámbito referido a las contrataciones estatales, la doctrina ha identificado a las asociaciones público privadas como una alternativa de colaboración entre sectores para la ejecución de proyectos de interés público de alta complejidad, considerando la experiencia técnica y la gestión financiera que puede aportar el sector privado y la institucionalidad de la administración pública.

Es importante puntualizar que las asociaciones público privadas para su aplicación requieren de un desarrollo jurídico y procedimental, que permitan establecer la institucionalidad, lineamientos para la gestión de financiamiento, parámetros contractuales, resolución de conflictos que pudieran surgir y los aspectos específicos de cada proyecto. Todos estos aspectos implican que para la aplicación de las asociaciones público privadas se requiere del desarrollo de un marco legal específico que permita otorgarle certeza tanto a la administración como al privado inversor.

En virtud a ello, si bien, en Bolivia se cuenta con la autorización general para las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta, las mismas llegarían a convertirse en parte de una alternativa mayor, referida a la incorporación de las asociaciones público privadas para la ejecución de proyectos de interés público, ya que constitucionalmente no existe una limitante específica, siempre y cuando se respeten los principios de soberanía nacional, protección de los intereses estatales y se garantice el control del Estado en el caso de los sectores estratégicos, por lo que, a fin de viabilizar un nuevo escenario de colaboración entre los sectores público y privado, se considera factible el desarrollo de lineamientos teóricos, jurídicos y procedimentales que permitan la aplicación de las asociaciones público privadas en Bolivia. Por lo cual es necesario proseguir con la reflexión al respecto, con el propósito de otorgar nuevas alternativas al Estado para la ejecución de obras de interés público.

ISSN 2413 – 2810, Volumen 7. Nro. 9 Julio – Diciembre, 2018 • Pág. 164-180

Bibliografía

BETANCOR, Andrés (2012) "REVISIÓN DE LA CATEGORÍA DE ACTO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO" Revista Jurídica de Castilla León No. 26, pp.20,44.

CASSAGNE, Ezequiel (2011) "COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA CONCRECIÓN DE PROYECTOS DE GENERACIÓN DE ENERGÍA RENOVABLE EN LA ARGENTINA", Revista Círculo del Derecho Administrativo No. 23 Buenos Aíres Argentina, pp.223,240.

EMERSON, K. N. (2012). "UN MARCO INTEGRADOR PARA LA GOBERNANZA COLABORATIVA" Journal Of Public Administration Research & Theory, No. 22, pp. 1-29.

HUAPAYA, R. (octubre 2013) "DIEZ TESIS SOBRE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS". Revista de Derecho Administrativo, [En línea] Recuperado en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13465 [Consulta 22/04/2018].

MAGIDE Mariano (2012) "INSTRUMENTOS CONTRACTUALES DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA PROVISIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL" Revista Círculo del Derecho Administrativo No. 36 pp.125-142.

MONTOYA Hernández Pedro Isaías (2017) "LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADA" (Tesis Doctoral en Derecho y Ciencia Política) Universidad Nacional Mayor San Marcos, Lima Perú.

NAVARRO, A. (2013). ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA. Espiral Estudios Sobre Estado y Sociedad, XX, No. 57, [En línea] Recuperado en: http://www.scielo.org.mx/pdf/espiral/v20n57/v20n57a3.pdf [Consulta [04/05/2018].

ROBALINO, J. (2010). LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP): UNA OPCIÓN PARA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LATINOAMÉRICA. Revisa de Derecho UASB - Ecuador/CEN, [En línea] Recuperado en http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2895/1/07-Robalino.pdf [23/06/2018].

RODRÍGUEZ R Lizardo. (2009) "EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS", Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

SANCHEZ, Povis Lucio Andrés (2015) "LA NUEVA RELACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO PERUANO A LA LUZ DEL ACTUAL RÉGIMEN DE OBRAS POR IMPUESTOS" Revista Círculo del Derecho Administrativo No.60, pp.249-270.

SUTO FUJITA, F (2013). "RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE: DIAGNÓSTICO, ANÁLISIS Y PROPUESTA DE MEJORA" (Tesis de Maestria-U-ESAN) (Primera ed.), Lima, Perú: Universidad ESAN Ediciones.

UMEZAWA Angie (2013) "EVOLUCIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – APPS, CONFORME A LA REGULACIÓN NORMATIVA: UNA VISIÓN A TRAVÉS DE EXPERIENCIAS" Revista Círculo del Derecho Administrativo No.45, pp.51-62.

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

VERGARA, Aguilera Laura M. (2011) "EL PAPEL DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS –APP DENTRO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA", Revista Socio Jurídica No.3, pp. 56-70, Bogotá Colombia.

Normas Jurídicas Consultadas

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA (2009) Constitución Política del Estado.

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA (2013) Ley No. 466 de 26 de diciembre de 2013, Ley de la Empresa Pública.

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA (2014) Ley No. 516, de 4 de abril de 2014, Ley de Promoción de Inversiones.

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA (2018) Decreto Supremo No. 3469 de 24 de enero de 2018.

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA (2018) Ley No. 1103 de 25 de septiembre de 2018.