

**APPS Y CONCESIONES**  
GUÍA SOBRE ASPECTOS  
JURÍDICOS Y REGULATORIOS

**CBIC**

**VG&P**

VERNALHA GUIMARÃES  
& PEREIRA ADVOGADOS



**APPS Y CONCESIONES**  
GUÍA SOBRE ASPECTOS  
JURÍDICOS Y REGULATORIOS

# APPS Y CONCESIONES - GUÍA SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS Y REGULATORIOS

## FICHA TÉCNICA

Todos los derechos reservados 2016. ©

### **Coordinación General**

José Carlos Martins *Presidente de la CBIC*

### **Coordinación de Proyecto**

Carlos Eduardo Lima Jorge *Presidente de la Comisión de Obras Públicas de la CBIC*

### **Contenido**

Fernando Vernalha Guimarães *Socio del VG&P*

### **Colaboración**

Luiz Fernando Casagrande Pereira *Socio del VG&P*

Bruno Fonseca Marcondes *Consultor del VG&P*

Érica Miranda dos Santos Requi *Consultora del VG&P*

Mariana Costa Guimarães *Consultora del VG&P*

### **Asesoría Técnica**

Denise Soares *Gestora de los Proyectos de Infraestructura de la CBIC*

### **Proyecto Gráfico y Diagramación**

Luiz André Velasques *Comunicación y Marketing del VG&P*

Nathália Vecchi *Comunicación y Marketing del VG&P*

### **Capa**

Gadioli Branding e Comunicação

### **Traducción**

Jesús Martínez

### **Imágenes**

Shutterstock ©

Pixabay ©

### **Cámara Brasileña de la Industria de la Construcción - CBIC**

SQN - Quadra 01 - Bloco E - Edifício Central Park - 13º Andar - CEP 70711-903 - Brasília/DF

Tel.: (61) 3327-1013 - [www.cbic.org.br](http://www.cbic.org.br)

### **Vernalha Guimarães & Pereira Advogados**

CURITIBA - Rua Mateus Leme, 575 - São Francisco - Palacete Villa Sophia - CEP 80510-192 - Curitiba/PR

SÃO PAULO - Av. Presidente Juscelino Kubitschek, 1545 - Conj. 47 - Vila Olímpia - CEP 04543-011 - São Paulo/SP

BRASÍLIA - SHS Quadra 06 - Cj. C - Bloco E - Sala 1201 - Complexo Brasil 21 - Asa Sul - CEP 70316-000 - Brasília/DF

Tel.: 4007.2221 e +55 (41) 3233-0530 | [www.vgplaw.com.br](http://www.vgplaw.com.br)

**APPS Y CONCESIONES**  
GUÍA SOBRE ASPECTOS  
JURÍDICOS Y REGULATORIOS



**José Carlos Martins**

Presidente de la CBIC - Cámara Brasileña de la Industria de la Construcción

## ► BUSCANDO EL FUTURO

Momentos de crisis son puertas abiertas para el fracaso u oportunidades para la construcción de nuevos caminos. Depende de la mirada y de la disposición de cada uno. Acostumbrados con la repetición de ciclos de retracción, los empresarios brasileños tienen un instinto natural para arremangarse, enfrentar problemas y reinventarse. En este momento, en el que Brasil atraviesa una nueva crisis, la construcción civil busca salidas y trabaja para recuperar su desempeño. Es en este contexto que las modalidades de concesiones y asociaciones público privadas (APPs) entraron en la agenda del sector y pasaron a ser vistas como vector para la abertura de un nuevo horizonte para la construcción, herramientas que abren la posibilidad de recuperar la capacidad de inversión hoy sofocada por la crisis.

Los empresarios de la construcción civil quieren dar ese paso adelante. *La Cámara Brasileña de la Industria de la Construcción (CBIC)* ha liderado un diálogo con el Gobierno Federal y otros actores con vistas a abrir nuevos mercados y perfeccionar el modelado de los proyectos con vistas a garantizar una mayor competencia y transparencia a las licitaciones. Por otra parte, hemos fomentado la capacitación de las empresas, llevando información y estimulando un debate profundo sobre cómo participar de ese mercado y qué contribución dar a Brasil en este momento. Este esfuerzo viene siendo hecho en asociación con el Senai y tiene gran importancia. La construcción puede hacer mucho por Brasil y está preparándose para disputar y ejecutar obras en los diversos segmentos atendidos por concesiones y APPs.

En 2016, daremos continuidad al ciclo de seminarios para debatir este tema y capacitar a los empresarios del sector. Hemos recorrido el país, reuniendo especialistas de las diversas áreas técnicas asociadas a proyectos de esta naturaleza – en estos encuentros discutimos contratos, modelado de proyectos, cuestiones jurídicas y casos para profundizar el conocimiento y preparar mejor la entrada de la construcción en este sector. La guía que está recibiendo ahora es una de las herramientas con las que pretendemos facilitar la comprensión de los aspectos jurídicos y reguladores de las concesiones y APPs, paso fundamental para el suceso de los emprendimientos. Es fruto del conocimiento cualificado que nos trae el *Vernalha Guimarães & Pereira Advogados (VG&P)*, que ha estudiado y discutido en profundidad este tema, una asociación muy provechosa para la CBIC y sus asociados.

¡Buen provecho!

# ▶ SUMARIO

## 1. NOCIONES INICIALES SOBRE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

1.1 ¿Lo qué son y cómo funcionan las concesiones de servicio u obra públicos? .....	16
1.2 ¿En qué se diferencian las concesiones comunes de los contratos convencionales de obra y de servicios de ingeniería? .....	17
1.3 ¿Cómo se configura la estructura económico-financiera de una concesión? .....	20
1.4 ¿Cómo funciona el sistema tarifario de una concesión? .....	22

## 2. NOCIONES INICIALES SOBRE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS (APPS)

2.1 ¿Lo qué son las llamadas APPs? .....	26
2.2 ¿Lo qué es y cómo funciona la concesión o APP patrocinada? .....	26
2.3 ¿Lo qué es y cómo funciona la concesión o APP administrativa? .....	27
2.4 ¿Cuáles prestaciones pueden ser objeto de una APP? .....	29
2.5 La estructura económico-financiera de la APP .....	31
2.6 ¿Cuál es el plazo mínimo y el plazo máximo para la APP? .....	32
2.7 ¿Cuál es el valor mínimo para una APP? .....	32

## 3. LEGISLACIÓN DE CONCESIÓN Y DE APP

3.1 La legislación de APP: normas nacionales, regionales y locales .....	36
--	----

## 4. EL SISTEMA DE REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO

4.1 Sistemas de remuneración en la concesión común .....	40
4.2 Sistema de remuneración en la concesión patrocinada .....	40
4.3 Sistema de remuneración en la concesión administrativa .....	41
4.4 Contraprestación pública solo puede ser proveída a partir de la disponibilidad del servicio .....	42
4.5 A Posibilidad de integración de aportes públicos .....	42
4.6 Necesidad de cronograma de aportes públicos .....	43
4.7 Los beneficios tributarios derivados de los aportes .....	44
4.8 Remuneración por desempeño.....	46
4.9 Obligaciones de escopo y obligaciones de desempeño.....	46
4.10 Estándar técnico mínimo y niveles de desempeño .....	47
4.11 ¿Cómo funciona el sistema de verificación y medición de los indicadores de servicio? .....	48

## 5. EXIGENCIAS FORMALES Y PROCEDIMENTALES PREVIAS AL DESENCADENAMIENTO DE PROGRAMAS DE CONCESIÓN O APP

5.1 Exigencia de autorización legislativa para la delegación del servicio público .....	52
5.2 Providencias y actos previos al desencadenamiento de la concesión común .....	53
5.3 Providencias y actos previos al desencadenamiento de la APP .....	53
5.4 Estudios y proyectos exigidos para el desencadenamiento de programas de Concesión y APP .....	55

## 6. LICITACIÓN

6.1 Exigencia de licitación para la contratación de concesión y de APP .....	62
6.2 ¿Cuáles son las características de la licitación de concesión común?.....	63
6.3 ¿Cuáles son las características de la licitación de APP? .....	64

## 7. MATRIZ DE RIESGOS

7.1 La definición de la matriz de riesgos y su relevancia para la caracterización de la ecuación económico-financiera de la Concesión o de la APP .....	68
7.2 ¿Cómo asignar riesgos en los contratos de concesión y APP? .....	69
7.3 Compartiendo el riesgo de demanda (especialmente, en proyectos <i>greenfield</i> ) .....	69

## 8. GARANTÍAS

8.1 Garantías públicas y garantías privadas .....	74
8.2 Modalidades de garantía pública .....	75
8.3 Relevancia de la garantía pública y su impacto en los costos financieros de la APP .....	76
8.4 Cuáles son las garantías al agente financiero .....	77

## 9. PROCEDIMIENTO DE MANIFESTACIÓN DE INTERÉS (PMI)

9.1 ¿Lo qué es y cómo funciona el PMI? .....	80
9.2 Procesamiento del PMI .....	80
9.3 Condiciones para el desencadenamiento del PMI .....	81

## 10. SOCIEDAD DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE)

10.1 Constitución de SPE para la ejecución de la concesión o APP .....	86
10.2 Aspectos Societarios .....	86
10.3 Capital social mínimo y suscripción .....	87
10.4 Alteración del control en la SPE .....	87
10.5 <i>Step in right</i> .....	88

## 11. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

11.1 Mediación y arbitraje en las concesiones y APPs .....	92
--	----



▶ EQUIPO

## ▶ AUTOR

### FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES

Abogado y Consultor en el área de infraestructura. Doctor y Maestría en Derecho Administrativo. Profesor de Derecho de diversas instituciones. Autor de diversos libros en el área de infraestructura, entre ellos: Asociación Público Privada (São Paulo: Saraiva, 2012) y Concesión de Servicio Público (São Paulo: Saraiva, 2012). Fue Consultor de la Unidad de APP – Asociación Público Privada del Ministerio de Planificación, Presupuesto y Gestión (Unidad de Asociaciones Público Privadas) en 2009.



*fernando.vernalha@vgpadvogados.com.br*

## ▶ COLABORACIÓN

### **LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA**

Abogado y Consultor en derecho empresarial. Doctor y Maestría en Derecho por la UFPR. Profesor de Derecho de diversas instituciones. Autor de libros y artículos en el área de derecho empresarial.

*luizfernando.pereira@vgpadvogados.com.br*



### **BRUNO FONSECA MARCONDES**

Abogado y consultor en el área de estructuración de empresas y grupos empresariales. Maestría en Derecho por la Universidad de Coimbra – Portugal.

*bruno.marcondes@vgpadvogados.com.br*



### **MARIANA GUIMARÃES**

Abogada y Consultora especializada en el área de licitaciones y contratos administrativos. Autora de diversos artículos en el área de la contratación pública.

*mariana.guimaraes@vgpadvogados.com.br*



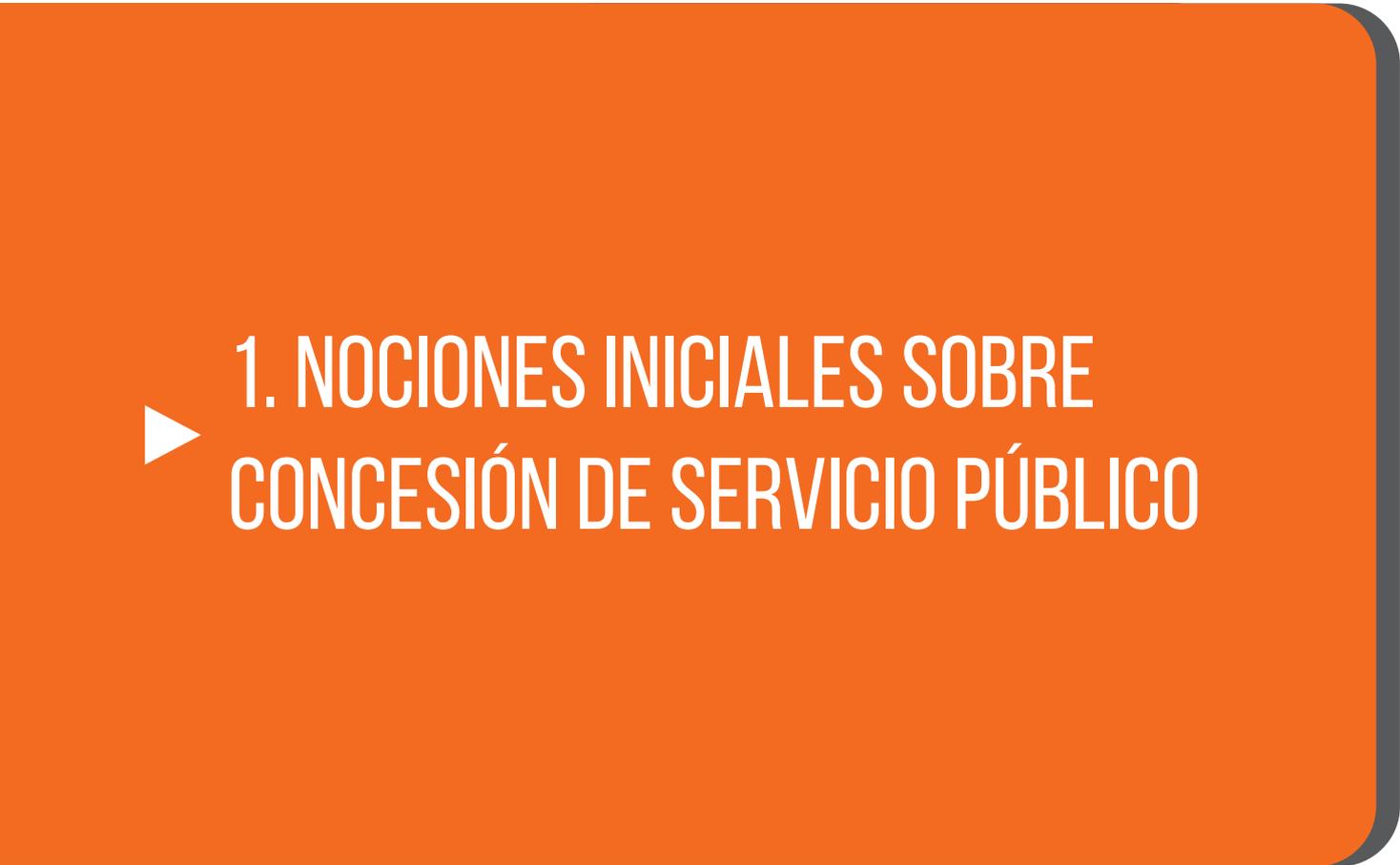
### **ÉRICA MIRANDA DOS SANTOS REQUI**

Abogada y Consultora en el área de licitaciones y contratos. Cursando Maestría en Derecho Administrativo por la UFPR. Autora de diversos artículos en el área de la contratación pública.

*erica.requi@vgpadvogados.com.br*







**▶ 1. NOCIONES INICIALES SOBRE  
CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO**

## {1.1 ¿LO QUE SON Y CÓMO FUNCIONAN LAS CONCESIONES DE SERVICIO U OBRA PÚBLICOS?

Las concesiones comunes de servicio público son contratos firmados entre empresas privadas y la Administración Pública, cuyo objetivo es la prestación de servicios públicos usufructuados directamente por los usuarios. En una concesión común, la empresa concesionaria se encarga de proveer toda la infraestructura necesaria para la disponibilidad del servicio público, remunerándose las tarifas que son pagadas por los usuarios por su usufructo. Es considerada, por ello, un contrato autosostenible financieramente, pues no depende de subsidios de la Administración Pública. Las fuentes de remuneración del concesionario serán la receta tarifaria y (eventualmente) recetas accesorias o alternativas, derivados de negocios accesorios que puedan ser relacionados a la concesión, pero que no se constituyen en la prestación del servicio público propiamente dicho (por ejemplo: exploración de espacios publicitarios y de centros comerciales en los márgenes de una carretera concedida).

La concesión común de servicio público puede envolver (y como regla envuelve) la ejecución de obra pública. En muchos casos, la disponibilidad del servicio público depende no solo de la realización de obras, sino de su aparato. El concesionario se encarga de proveer y costear toda la infraestructura necesaria para que el servicio público pueda ser prestado al usuario. Debido a ello, se suele decir que el objetivo de las concesiones es complejo, pudien-

do englobar una multiplicidad de prestaciones (diversamente, por ejemplo, de lo que pasa en los contratos ordinarios, como el contrato de obra pública, cuyo objetivo es único y específico).

Una derivación de la concesión de servicio público es la concesión de obra pública, considerada un contrato firmado entre una empresa privada y la Administración Pública, cuyo objetivo es la ejecución y exploración de una obra pública (por ejemplo: la construcción y exploración de un puente). Así como pasa con la concesión de servicios públicos, en la concesión de obra pública el concesionario se remunerará de tarifas que son pagadas por los usuarios por el uso de la obra y, eventualmente, de recetas alternativas o accesorias, como ya se mencionó. No hay tanta relevancia en la distinción entre las figuras de la concesión común de servicios públicos y de la concesión de obra pública, una vez que su tratamiento jurídico es prácticamente el mismo. Por esta razón, será utilizada, en las siguientes referencias, la terminología concesión común de servicio público (o simplemente concesión común) para englobar tanto las concesiones comunes de servicio público, como las concesiones de obra pública propiamente dicha.

**LAS CONCESIONES COMUNES DE SERVICIO PÚBLICO SON CONTRATOS FIRMADOS ENTRE EMPRESAS PRIVADAS Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, CUYO OBJETIVO ES LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS USUFRUCTUADOS DIRECTAMENTE POR LOS USUARIOS**

## {1.2 ¿EN LO QUÉ SE DIFERENCIAN LAS CONCESIONES COMUNES DE LOS CONTRATOS CONVENCIONALES DE OBRA Y DE SERVICIOS DE INGENIERÍA?

Los contratos de concesión común se diferencian de los contratos convencionales de obra y servicios de ingeniería en relación a aspectos diversos, conforme abajo examinado.

### **Distinción en cuanto a la exhaustividad del objetivo**

Una primera distinción se relaciona a la exhaustividad de su objetivo. Mientras el objetivo de los contratos de obra pública está delimitado única y exclusivamente a la ejecución de una obra, a partir de la disponibilidad de un proyecto (apenas proyecto básico, como regla) por la Administración, el objetivo de la concesión es mucho más amplio y está centrado en la prestación de un servicio público. La concesión podrá envolver la ejecución de obra y el suministro de bienes, pero esas prestaciones serán prestaciones-medio para que el concesionario pueda poner a disposición el servicio público al usuario.

De esto deriva una diferencia con relación a la exhaustividad y complejidad de la cadena de contratos y de negocios que son realizados en el ámbito de la ejecución de una concesión comparativamente a los contratos convencionales de obra. Una concesión podrá envolver contratos con suministrado-

res de obra y de servicios e ingeniería (como son, por ejemplo, los contratos de *EPC – Engineering Procurement Construction*), contratos de suministro de bienes y de tecnología, y, aún, contratos de externalización (prestación de servicios) de parcelas de la operación del servicio público. El concesionario funcionará como un operador de la concesión, encargándose de articular, integrar y administrar todos esos negocios-medio, con vistas a asegurar la prestación del servicio público al usuario. En los contratos ordinarios de obra, la cadena de contratos-medio es más reducida, centrándose el contratado en la ejecución de la obra en sí.

### **Distinción en cuanto a la identidad del tomador del servicio y al sistema de remuneración**

La segunda distinción está en la identidad del tomador. Un contrato de obra es ejecutado por el contratado con el interés exclusivo de la Administración Pública, en el sentido de ser la obra encomendada, recibida y pagada por la Administración Pública. Ya la concesión común presupone la prestación de un servicio directamente a los usuarios y no a la Administración. En la concesión, la Administración no figura como la tomadora, beneficiaria directa o pagadora por los servicios prestados. Estos serán ejecutados directamente para ser usufructuados y

pagados por los usuarios, habiendo una relación de prestación de servicio entre estos y la concesionaria toda vez que hubiera usufructo del servicio. La Administración Pública, como el Poder Concedente de la concesión, se encarga de planear, delegar, fiscalizar y controlar su ejecución.

El concesionario, por lo tanto, aunque preste el servicio al usuario, está sometido al control y supervisión de la Administración Pública. Este control podrá ser desempeñado directamente por la Administración titular del servicio público o incluso por entidades de su Administración indirecta (agencias reguladoras, por ejemplo).

Como resultado de esto hay también diferencias en el sistema de remuneración. La remuneración del concesionario - como ya se ha dicho - proviene de las recetas tarifarias (y, eventualmente, de recetas alternativas) y no de desembolsos de la Administración, conforme pasa con los contratos convencionales. Esto envuelve, en muchos casos, la transferencia del riesgo de demanda al concesionario (riesgo de explotación del negocio), una vez que su remuneración será impactada por el nivel de utilización del servicio público (aunque eso pueda ser mitigado por la adopción de sistemas compartidos de riesgo positivo y negativo de demanda, dependiendo del contrato de concesión. Es una fórmula que viene siendo recurrentemente utilizada, especialmente en proyectos greenfield - como será examinado más adelante). Además de eso, la tarifa es un precio regulado y controlado por la Administración, y que, dependiendo del tipo del servicio público, puede sufrir mayor o menor intervención - asegurándose al concesionario, en todos los casos, la recomposición de la ecuación económico-financiera. Ya el sistema de remuneración de un contrato de obra es

mucho más sencillo, siendo que los pagos están vinculados, como regla, a marcos del cronograma físico financiero.

### **Distinción en cuanto al nivel de autonomía de gestión**

La tercera distinción se relaciona al nivel de autonomía de gestión y de ejecución. En los contratos ordinarios, como el contrato de obra pública, el contratado goza de poca autonomía de gestión, pues su escopo fundamental será ejecutar fielmente el proyecto que fue proveído y puesto a disposición por la Administración. Como este proyecto tiende a ser suficientemente detallado (en un nivel de especificación compatible con la definición legal de proyecto básico), no hay mucha libertad o autonomía del contratado para administrar las elecciones de los insumos y de los medios que serán empleados y utilizados en la ejecución de la obra. Se acostumbra decir que estos contratos funcionan a partir de un control centrado en los medios y no en los resultados.

Ya las concesiones, diversamente, no presuponen la disponibilidad de proyectos exhaustivamente detallados o específicos. Los estudios que acompañan los programas de concesión son más genéricos y están centrados en el alcance de resultados (outputs) y no en la especificación de los medios. Eso hace con que el concesionario posea mucha mayor libertad y autonomía de gestión en la concesión si se compara con lo que pasa con los contratos ordinarios de obra. En la concesión, la gestión de los medios queda a cargo del concesionario, que se esforzará para alcanzar los resultados esperados para el desempeño del servicio público y de la concesión. Aun cuando el objetivo de la concesión sea



envolver la ejecución de obra, la legislación no exige la disponibilidad del proyecto básico completo, bastando un anteproyecto. El objetivo está en transferir para el concesionario los riesgos del proyecto, transfiriéndole los riesgos inherentes a las elecciones y a la gestión de los medios para la producción de los resultados.

### **Diferencia en cuanto a la estructura de incentivos (eficiencia) y a la responsabilidad a largo plazo**

Otra diferencia que podría ser señalada reside en el hecho de que el concesionario asume una responsabilidad a largo plazo sobre las obras y bienes que son objeto de la concesión, lo que no se verifica en la contratación convencional. Recuérdese que la concesión es un contrato a largo plazo y que incluye como regla la ejecución y adquisición de obras y bienes que, además de ser utilizados en la prestación del servicio público, serán después transferidos al patrimonio de la Administración Pública. Esto exige una lógica de administración a largo plazo sobre los bienes objeto de la concesión, lo que no pasa en los contratos puramente de obra, por ejemplo, cuya responsabilidad de la empresa se agota en el momento en el que la obra es entregada (y también por el período de responsabilidad jurídica sobre la solidez de la obra).

Además de eso, la integración de escopos diversos en el objeto de la concesión le permite atribuir al concesionario la responsabilidad de elaborar el proyecto, ejecutar la obra y, aún, mantenerla por un largo plazo, lo que promueve un alineamiento de intereses capaz de generar una mayor eficiencia a la concesión. El concesionario pasa a tener incentivo para confeccionar y formatear un proyecto bien hecho, una vez que sus imperfecciones acabarán generando costos durante la ejecución de la obra. De la misma forma, el concesionario tenderá a evitar la utilización de materiales de baja calidad o métodos constructivos ineficaces, una vez que los problemas derivados de la ejecución de la obra se retractarán en mayores costos de mantenimiento. Esta estructura de concentración de riesgos (bundling) en la esfera del concesionario es apta a generar mayor eficiencia al contrato de concesión comparativamente a lo que pasa con las contrataciones convencionales, que tienen escopos más restrictos y delimitados.

## {1.3 ¿CÓMO SE CONFIGURA LA ESTRUCTURA ECONÓMICO-FINANCIERA DE UNA CONCESIÓN?

Es habitual, para fines didácticos, disociar una concesión en dos grandes partes o fases: (i) fase preparatoria (o fase de obras o fase de inversiones); y (ii) fase de operación (o fase de prestación del servicio público). La fase preparatoria comprende la ejecución de la infraestructura necesaria para la ejecución del servicio. Es en esta fase que son tomados los financiamientos, proveídas las inversiones, así como realizadas las obras y el suministro de los bienes necesarios para colocar el servicio público en condiciones de disfrute por el usuario. Ya la fase de operación retracts el período de prestación del servicio público (envolviendo también la administración de todos los encargos atinentes a su mantenimiento).

Como las recetas de la concesión están vinculadas al pago de tarifas por el disfrute del servicio, lo que solo se realiza en la fase de operación, toda la fase de ejecución de infraestructura dependerá de inversiones del concesionario en la provisión de obras y otros bienes. Todas las inversiones aplicadas en la fase inicial serán amortizadas a lo largo de la fase de operación, a partir de las recetas tarifarias percibidas. Por consiguiente, el plazo de la concesión pasa a tener una relevancia fundamental en su ecuación económico-financiera, pues debe estar dimensionado de modo que permita la amortización y depreciación de todos los activos aplicados en la concesión (además de asegurar una tasa de retorno razonable al concesionario). No por acaso

el régimen jurídico del plazo en la concesión común es distinto de aquel vigente para la contratación convencional. Mientras que para los contratos de prestación de servicios ordinarios la Ley 8.666/93 establece un plazo máximo de sesenta meses (art. 57), para las concesiones no hay limitación de ese orden (a excepción de algunas especies de concesión, en que leyes especiales establecen plazos máximos), pues los plazos habitualmente son largos y dimensionados de acuerdo con su estructuración económico-financiera.

Precisamente por la inexistencia de recetas en la fase inicial de la concesión es que hay en ella una mayor concentración de riesgos financieros. El financiamiento, inclusive, suele ser más caro durante la fase preparatoria, lo que provoca, a partir del inicio de la fase de operación, refinanciamientos y exoneración de garantías. Los agentes financiadores vislumbran riesgos en la fase inicial con relación al rendimiento del concesionario en la ejecución de las obras y finalización de la infraestructura, lo que pone en duda el potencial del proyecto para la generación de recetas. Por esta razón, los costos de financiamiento tienden a ser elevados durante esa fase preparatoria. De esa perspectiva, proyectos de concesión cuyo perfil financiero eviten una fuerte concentración de inversiones en la fase preparatoria pueden no solo permitir la exoneración del costo financiero del proyecto, sino ampliar el acceso de empresas de menor porte al negocio de la concesión.

## FIGURA 1 - ESTRUCTURA DE CONCESIÓN COMÚN



— Período sin receta y con inversiones.

— Período con receta tarifaria.

\* Fase preparatoria: Inversión en obras y equipamientos, con vistas a crear y equipar la infraestructura necesaria para la prestación del servicio.

\*\* Fase de operación: Período de prestación del servicio público a lo largo del cual las inversiones serán amortizadas.

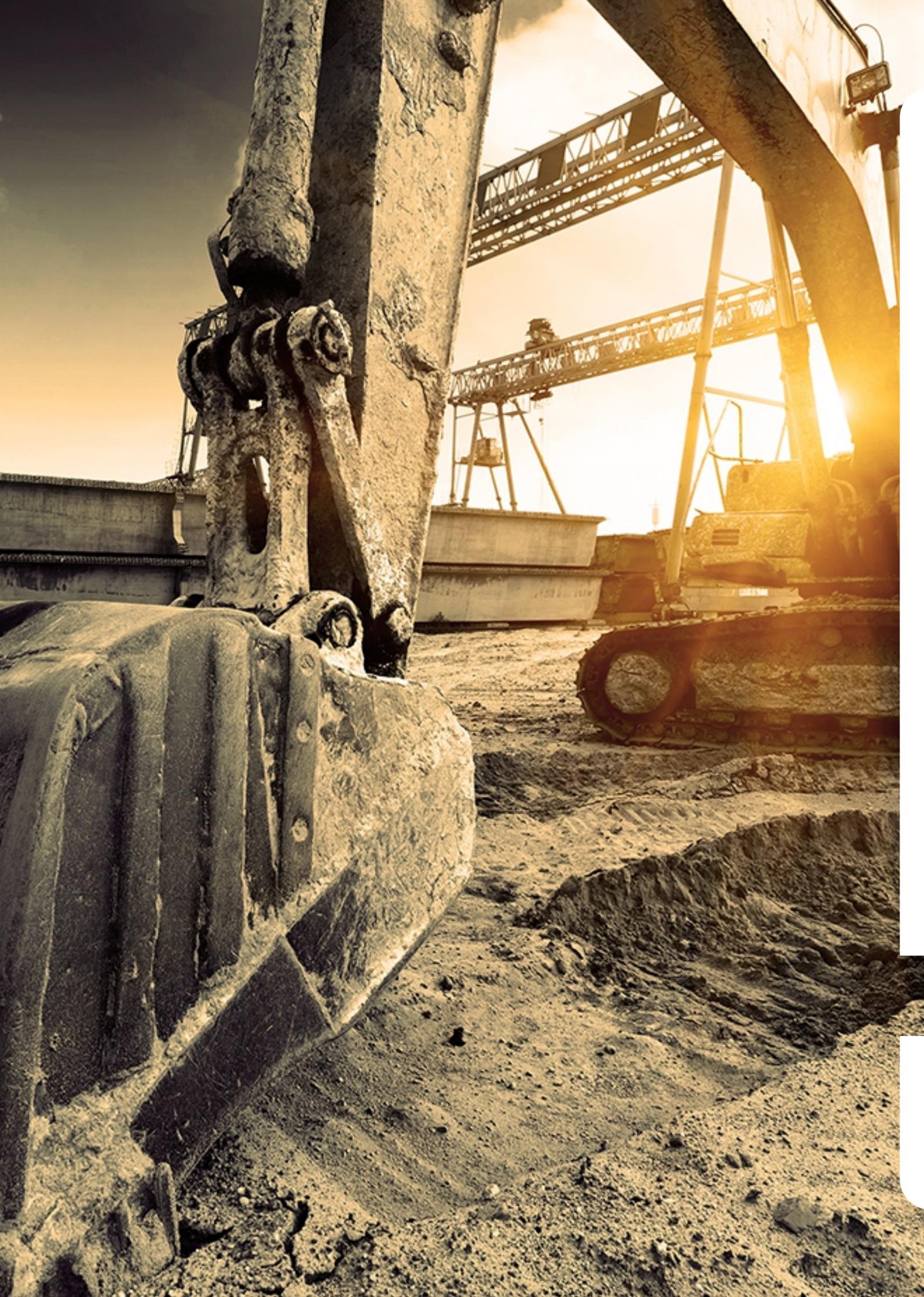
## {1.4 ¿CÓMO FUNCIONA EL SISTEMA TARIFARIO DE UNA CONCESIÓN?

La estructuración de toda y cualquier concesión depende previamente de la identificación de un valor referencial de la tarifa. La estimativa de demanda y la fijación del valor de la tarifa (así como el establecimiento de sus condiciones de actualización) son informaciones básicas y fundamentales para la proyección de la receta de la concesión. La legislación admite no solo *tarifas diferenciadas* (por clases y segmentos de usuarios, por ejemplo), sino también aquello que se llama de tarifas sociales (exoneración tarifaria para la socialización del servicio público – por ejemplo: tarifas especiales para ancianos o para los más carentes), así como tarifas extra fiscales (alteración del valor de la tarifa para cumplir objetivos de regulación – por ejemplo, tarificación más cara para el consumo de energía eléctrica en horas punta).

Por consiguiente, la estructura tarifaria puede parecer compleja en muchos casos, en el sentido de envolver niveles diferenciados de tarificación. Lo relevante es que las tarifas sean módicas, lo que significa que deben ser aptas a favorecer el acceso (por el usuario) al servicio público. Pero la fijación del valor de la tarifa también debe llevar en consideración la necesidad de cobertura de los costos de producción de la concesión y de generación de una tasa de retorno razonable al concesionario. Por eso, siempre que la receta tarifaria idealmente considerada (obedecidos los parámetros de modicidad) no fuera suficiente para que se permita la estructuración de una concesión común, se debe considerar la integración de subsidios públicos (lo que puede trans-

formarla en una concesión patrocinada). Es imprescindible que los documentos fundamentales de la licitación proporcionen la exacta comprensión de todos los valores y condiciones de funcionamiento del sistema tarifario, permitiéndose a los interesados la formulación de sus propuestas comerciales (en ciertos casos, el valor de la tarifa será ofertado en la licitación). Eso significa que toda y cualquier alteración en el valor de la tarifa o en las condiciones para su cobranza implementados posteriormente a la celebración del contrato de concesión (presentación de las propuestas en el ámbito de la licitación) dará lugar a la recomposición de la ecuación económico-financiera.

El reajuste del valor de la tarifa, por regla general, deberá ocurrir de modo automático, sin necesidad de homologación por la Administración. Aunque la legislación que disciplina la concesión común no disponga sobre eso, la legislación de APP prevé que las cláusulas contractuales de actualización automática de valores basadas en índices y fórmulas matemáticas serán aplicadas sin necesidad de homologación por la Administración Pública, excepto cuando esta presente razones fundamentadas para el rechazo de la actualización. Esta regla parece perfectamente aplicable a las concesiones comunes, ante la identidad de los ajustes. Además de eso, eliminar la necesidad de previa homologación por el poder concedente para el reajuste tarifario es una sistemática deseable porque compite para la reducción de los costos de transacción en la contratación de concesión.







## 2. NOCIONES INICIALES SOBRE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

## {2.1 ¿LO QUÉ SON LAS LLAMADAS APPS?

Las Asociaciones Público Privadas (APPs) son contratos a largo plazo formalizados entre empresas privadas y la Administración Pública, cuyo objeto podrá envolver la prestación de servicios públicos o de servicios a la Administración Pública, y, adicionalmente, la ejecución de obra y el suministro de bienes. Son contratos semejantes a los contratos de concesión común, pero se diferencian tanto por la integración de compromisos financieros asumidos por la Administración Pública como por el alcance de su objetivo, como se explica más adelante.

Hay dos modalidades de APP en Brasil: (i) concesión patrocinada y (ii) concesión administrativa,

también llamadas de APP patrocinada o APP administrativa. Ya por la propia terminología es posible percibir que las APPs son contratos emparentados de las concesiones comunes. Después de todo, así como las concesiones, las APP son contratos complejos, de larga duración y que envuelven una ingeniería económico-financiera peculiar y bastante diferenciada de los contratos convencionales.

Para comprender mejor las características y el funcionamiento de las APPs, es necesario profundizar en el análisis sobre sus dos modalidades: concesión patrocinada y concesión administrativa.

## {2.2 ¿LO QUÉ ES Y CÓMO FUNCIONA LA CONCESIÓN O APP PATROCINADA?

La concesión patrocinada o APP patrocinada es un tipo de contrato totalmente parecido a la concesión común de servicios públicos, con la diferencia de que a la receta tarifaria son necesariamente adicionadas contraprestaciones pecuniarias proveídas crónicamente por la Administración Pública. Equivalen a contratos de concesión común subsidiados por la Administración.

El surgimiento de la concesión patrocinada tuvo por finalidad permitir que proyectos deficitarios de concesión, cuya receta tarifaria no era suficiente para asegurar la cobertura de los costos del contrato y una tasa de retorno para el concesionario, se tornasen factibles y rentables, a partir de la integración de subsidios públicos. Con la integración de subsidios públicos en la forma de contraprestaciones periódicas

cas, las concesiones que antes eran deficitarias se tornan económicamente viables, asumiendo la forma de una concesión patrocinada.

Por eso, en la configuración de un determinado proyecto de concesión, en el caso de que sea necesaria la integración de subsidios públicos, el ajuste deberá ser modelado como una concesión patrocinada, con obediencia a la legislación de APP. Esa salvedad es relevante, porque históricamente (y antes de la llegada de la Ley General de Concesiones) se admitía que subsidios públicos fuesen integrados en el régimen de remuneración de la concesión común. Con la Ley General de APP, ese modelado pasó a atraer el régimen jurídico de la concesión patrocinada, que contiene una serie de reglas destinadas precisamente a controlar esos desembolsos financieros de la Administración Pública. Excepcionalmente, hay quien admita aún la figura de la concesión común integrada también por subsidios

públicos (que podrán asumir varias formas jurídicas, como subvención para inversiones, por ejemplo). Pero la regla será vestir ajustes que necesiten de subsidios públicos como concesión patrocinada, con la aplicación del régimen jurídico de las APPs.

Vale la pena percibir que, para que se tenga una concesión patrocinada, es necesaria la presencia de contraprestación pecuniaria adicionada crónicamente a la remuneración del socio privado. O sea: no basta la integración de contraprestación pública (que es un género). Es necesario que esa contraprestación tenga la naturaleza de contraprestación pecuniaria (pagamento en pecunia o cesión de créditos, por ejemplo). Un ajuste que presuponga contraprestación pública de otra naturaleza (por ejemplo: la transferencia al concesionario de un bien dominical) adicionada a la receta tarifaria deberá preferentemente ser modelada como concesión común o concesión administrativa, dependiendo de las peculiaridades del ajuste.

## {2.3 ¿LO QUÉ ES Y CÓMO FUNCIONA LA CONCESIÓN O APP ADMINISTRATIVA?

Ya las concesiones administrativas o APPs administrativas se diferencian de las concesiones comunes e incluso de las concesiones patrocinadas por no envolver actividades tarifadas o tasables. Por no haber receta tarifaria, toda la remuneración del concesionario proviene de contraprestaciones públicas (y, eventualmente, de recetas alternativas derivadas

de negocios asociados). Esos contratos pueden tener por objeto, además de la ejecución de obras y del suministro de bienes, servicios que pueden ser prestados tanto directamente a la Administración Pública (en que la tomadora del servicio sea la propia Administración y no el usuario), como entregados directamente al usuario - aunque en este caso

quien remunerará al concesionario será la Administración.

La concesión administrativa, por lo tanto, envuelve servicios (y otras prestaciones) que no permiten la cobranza de tarifa. Son actividades que, o por su naturaleza o por el régimen jurídico incidente, no son divisibles en unidades tasables. Un ejemplo es el barrido de las vías públicas. Es difícil identificar un criterio de tarificación para que los usuarios paguen individualmente por el barrido de las calles, pues esta es una actividad de beneficio colectivo y no individual. La prestación de servicios de salud o de servicios penitenciarios son otros ejemplos. No es posible cobrar tarifa para el usufructo de servicios de salud pública, en virtud de su régimen jurídico y constitucional. De la misma forma, los servicios penitenciarios son prestados para la Administración Pública, de modo que no hay usuarios individualmente identificables. Así pasa con todas las actividades y servicios usufrutuados directamente por la Administración, como la prestación de servicios técnicos en un centro de procesamiento de datos, la prestación de servicios de iluminación pública, la prestación de servicios de mantenimiento de edificios públicos etc.

Lo que motivó la creación de la figura de la concesión administrativa fue el propósito de extender la lógica de la concesión a objetos que no eran posibles del modelo "concesionario". Se trató de la idea de permitir que proyectos que no envolvían la prestación de un servicio público tasable (servicio prestado directamente al usuario, cuya utilización es objeto de pago de tarifa) fuesen modelados

conforme la estructura económico-financiera de las concesiones. Esto significó permitir, por ejemplo, que servicios (conjuntamente con obras) que tradicionalmente eran contratados por el régimen de la Ley 8.666/93 pudiesen ser contratados (alternativamente) bajo la forma de APP, o sea: a partir de una estructuración económico-financiera propia de las concesiones.

En este sentido, cuando es adecuadamente utilizada, la concesión administrativa para la prestación de obras y servicios en general puede significar un modelo apto para generar una mayor eficiencia a las Administraciones comparativamente a la contratación ordinaria. Eso porque, a partir de la conjugación de escopos diversos (ejecución del proyecto + ejecución de obra + prestación de servicio y mantenimiento de la obra, por ejemplo), no solo se permite una asignación de riesgos más eficiente, como beneficios diversos derivados de la integración de escopos (por ejemplo: reducción de costos administrativos de gestión de contratos – véase la figura 2).

Figúrese un ejemplo en el que una Administración Pública tenga en su planificación (i) la construcción de una penitenciaría y (ii) la contratación de servicios de hotelería del presidio. Para ejecutar esa planificación, podrá optar por el régimen convencional (Ley 8.666/93) o por el régimen de la APP (Ley 11.079/2004). En el caso de que opte por el régimen convencional, tendrá que realizar dos contrataciones autónomas e independientes. Primero, cuidará de licitar y contratar la ejecución de la obra, a partir, inclusive, de la disponibilidad de la Administración de un proyecto básico del edificio del presidio.

Después de listo el presidio, tendrá que realizar una nueva licitación, con vistas a contratar los servicios de hotelería de la penitenciaria. En el caso de que opte por el régimen de APP, podrá conjugar e integrar esos dos escopos (construcción de la penitenciaria y los respectivos servicios de hotelería), promoviendo una única licitación y contratación para el conjunto de prestaciones. Y en esta hipótesis – vale recordar – será puesto a disposición apenas un anteproyecto de la obra del presidio, transfiriéndose para el concesionario el encargo de realizar el pro-

yecto básico, la construcción del presidio y la prestación de los servicios de hotelería. La integración de todos esos escopos en el ámbito de un único contrato es apta para generar economías a la Administración, como ya fue mencionado y ejemplificado más arriba. Otros ejemplos podrían ser recordados, como la construcción y exploración de hospitales públicos, la construcción de escuelas con la prestación de servicios de apoyo, la construcción de centros administrativos conjugada con la prestación de servicios de apoyo etc.

## {2.4 ¿CUÁLES PRESTACIONES PUEDEN SER OBJETO DE UNA APP?

El objeto de la APP deberá comprender necesariamente la prestación de servicio. Podrá envolver la ejecución de obra y, aún, el suministro de bienes. Pero no puede haber APP sin prestación de servicio. Eso significa que las APPs no podrán tener por objeto único la ejecución de obra pública o el suministro de bienes. Esas prestaciones, aisladamente consideradas, deben ser contratadas a partir del régimen de la Ley 8.666/93, que rige la contratación convencional. Por otro lado, aunque sea perfectamente posible una APP que tenga por objeto únicamente la prestación de servicios, será común que otras prestaciones como la realización de obra y la adquisición e instalación de bienes estén integradas en el escopo de la APP. Después de todo, es de la vocación del modelo de la APP la complejidad del objeto, permitiéndose la combinación e integración de prestaciones de diversa naturaleza. Eso deriva de las características del régimen de la APP, como el régimen de plazos alargados con vistas a permitir la amortiza-

ción de inversiones iniciales. Recuérdese que, para colocar el servicio en funcionamiento, el socio privado tendrá de construir la infraestructura necesaria, realizando obras e integrando bienes en la concesión. Y como el sistema de remuneración en la APP funciona a partir del pago por el servicio, todas esas inversiones serán amortizadas a lo largo del período de prestación del servicio. Por consiguiente, servicios simplificados y que no presupongan gestión organizacional y operacional - como regla dependientes de plazos largos con vistas a la amortización de inversiones - no pueden ser objeto de APP. No es viable que el modelo sea utilizado como mera alternativa al régimen convencional para alcanzar la extensión de plazo para contratos de prestación de servicios ordinarios. Servicios de mera limpieza de edificio público, por ejemplo, no pueden ser contratados mediante el modelo APP, pues deben obedecer al régimen de la Ley 8.666/93 (inclusive, en cuanto a la limitación de plazo).

## FIGURA 2 - CUADRO COMPARATIVO ENTRE CONTRATACIÓN CONVENCIONAL Y APP

Aspectos Contractuales	Ley n° 8.666/93	APP	Ventajas de la APP comparada a la contratación ordinaria
Complejidad del objeto (Integración de prestaciones diversas)	No permite, como regla, la integración de prestaciones diversas. Se prestigia el principio del fraccionamiento.	Es típico de la APP la conjugación y la integración de prestaciones de distinta naturaleza.	La posibilidad de integración de prestaciones y escopos diversos permite: 1) La reducción de costos administrativos de gestión de contratos; 2) La reducción de costos con la renovación periódica del proceso de licitación; 3) Mejores condiciones para la asignación eficiente de riesgos buscándose el alineamiento de intereses.
Longevidad del plazo del contrato	No permite la delimitación de plazos largos. El régimen de los contratos ordinarios impone un límite de hasta sesenta meses para contratos de prestación de servicios.	Permite la delimitación de plazos largos (hasta 35 años).	La posibilidad de plazos prolongados permite: 1) La amortización de inversiones realizadas en la fase de obras; 2) Transferir al concesionario el encargo de mantenimiento y administración de bienes a largo plazo.
Sistema de pago	El modo de pago de la contratación convencional se basa en un sistema de control y medición del cumplimiento de obligaciones de medio (ejemplo: exigencia de proyecto básico completo para el desencadenamiento de licitaciones de obras de ingeniería).	El sistema de pago de la APP admite la remuneración por desempeño, referenciada por el cumplimiento de metas de resultado (indicadores de servicio).	La sistemática de remuneración por desempeño confiere una mayor eficiencia a la contratación, generando incentivo a que el concesionario persiga padrones de calidad y de cantidades más exigentes.
Remuneración por la construcción y adquisición de activos/reversibilidad de bienes	En la contratación convencional, la remuneración por la ejecución de obras y por el suministro de bienes está referenciada por las mediciones y por el recibimiento de estas prestaciones. No hay, como regla, reversión de bienes al patrimonio público al final del contrato.	La remuneración del concesionario en la APP, inclusive por la ejecución de obras y por el suministro de bienes, se basa en la prestación del servicio, admitiéndose la reversión de bienes al final del contrato.	El modelo APP también en una técnica de financiamiento de activos públicos a largo plazo

## {2.5 LA ESTRUCTURA ECONÓMICO-FINANCIERA DE LA APP

Así como pasa con las concesiones comunes, la ejecución de un contrato de APPs puede ser segmentada, para fines de análisis, en dos grandes fases: (i) fase de preparación (o fase de realización de la infraestructura) y (ii) fase de operación (o fase de prestación de servicios). En la fase de preparación de la APP, el socio privado obtendrá los financiamientos, realizará las inversiones, así como realizará todas las obras y adquirirá todos los bienes necesarios para colocar el servicio en funcionamiento. Solo después de la disponibilidad del servicio, o por lo menos de parte de él, se inicia la fase de operación, cuando se realiza la receta de la APP (remuneración del concesionario).

Esta división de la APP en dos fases más exhaustivas se destina a explicar un aspecto importante de su estructura económico-financiera: en la fase preparatoria, se concentra la mayoría de las inversiones necesarias para la estructuración y disponibilidad del servicio, que serán amortizables a lo largo del período de prestación del servicio, cuando llegue la receta de la APP. Como la remuneración del concesionario está presa a la prestación del servicio, todas las despesas aportadas en la ejecución de obras y en el suministro de bienes previamente a la disponibilidad del servicio estarán incorporadas en el precio del servicio. Con ello, se diluye el pago por activos públicos a lo largo del período de prestación del servicio, lo que hace con que la APP funcione, desde el prisma del interés de la Administración,

también como una vía para el financiamiento de activos a largo plazo.

Esta segmentación entre fase preparatoria y fase de operación se explica también por la prohibición contenida en la legislación de APP a que las contraprestaciones públicas sean proveídas antes de la disponibilidad del servicio (excepción hecha a los llamados “aportes públicos” – ver ítem 4.5). Eso hace con que, durante la fase preparatoria, no haya receta. Ni hay receta tarifaria (en el caso de la concesión patrocinada) porque esa solo llegará de la prestación del servicio, ni hay contraprestación pública, ante la prohibición contenida en la legislación de APP. La inexistencia de receta y la concentración de inversiones tornan la fase preparatoria una fase de alto riesgo en la óptica del inversor/financiado. Precisamente por eso, es habitual que, después de la llegada de la disponibilidad del servicio, el costo financiero disminuya (generándose la oportunidad para refinanciamientos), así como las garantías sean exoneradas.

En vista de esta estructuración, el plazo de operación de la APP (fase de operación) funciona como un elemento relevante de su ecuación económico-financiera. Ese plazo deberá ser calibrado con vistas a permitir el resarcimiento de las inversiones y la generación de una tasa de retorno razonable para el concesionario.

## {2.6 ¿CUÁL ES EL PLAZO MÍNIMO Y EL PLAZO MÁXIMO PARA LA APP?

La legislación instituyó un plazo máximo de 35 años para la duración de la APP. En este plazo ya deben estar computadas eventuales prorrogaciones del contrato de APP. El establecimiento de un plazo máximo está relacionado con algunos objetivos. Primero, impone un límite a la asunción de compromisos financieros públicos en el tiempo, funcionando como una regla de responsabilidad fiscal. En segundo lugar, permite que el negocio de concesión sea periódicamente reevaluado por el mercado, estimulándose la competitividad en las hipótesis de

renegociación de la concesión.

Por otro lado, la legislación instituyó un plazo mínimo para la prestación de los servicios integrados en la APP. La racionalidad de imponer un límite mínimo temporal a la prestación del servicio se relaciona con la sistemática de remuneración por el servicio. La finalidad de esta limitación es permitir un período mínimo a la amortización de las inversiones realizadas durante la fase preparatoria.

## {2.7 ¿CUÁL ES EL VALOR MÍNIMO PARA UNA APP?

En los términos de la legislación, el valor mínimo del contrato de APP debe ser de R\$ 20 millones. Esa es la referencia utilizada por la legislación nacional. Algunos estados y municipios optaron por calibrar ese parámetro de acuerdo con sus realidades regionales y locales, aunque haya una discusión acerca de la vinculación de las legislaciones estatales y municipales a ese parámetro (R\$ 20 millones) establecido por la ley nacional.

La finalidad de instituirse la obligación de un valor-piso para las APPs está en velar por la eficiencia

en la contratación. Como los estudios preliminares para la estructuración de la APP son invariablemente caros, tiene sentido inhibir el desencadenamiento de APPs cuyo valor del contrato sea reducido. Eso porque, en estas situaciones, hay un incremento significativo de los costos transaccionales. El valor-piso de R\$ 20 millones fue el parámetro reputado por el legislador nacional como siendo un límite para que los contratos de APP no sean (potencialmente) ineficientes en relación a los costos envueltos en su preparación y estructuración.

## FIGURA 3 - ESTRUCTURA DE LA APP



— Período con concentración de inversiones y con eventuales aportes públicos. Período sin *contraprestación pública*.

— Período con receta.

**Concesión patrocinada:** Receta tarifaria + contraprestación pecuniaria de la Administración Pública – con la posibilidad de recetas alternativas y aportes públicos.

**Concesión administrativa:** Contraprestación pública (sin receta tarifaria) – con la posibilidad de recetas alternativas y aportes públicos.

\* Fase preparatoria: Inversión en obras y equipamientos con vistas a crear y equipar la infraestructura necesaria para la prestación del servicio.

\*\* Fase de operación: Período de prestación del servicio público, a lo largo del cual las inversiones serán amortizadas.





## 3. LEGISLACIÓN DE CONCESIÓN Y DE APP

## {3.1 LA LEGISLACIÓN DE APP: NORMAS NACIONALES, REGIONALES Y LOCALES

Las concesiones y las APPs son modelos contractuales fuertemente regulados. Hay tanto legislación nacional sobre el tema, como leyes y normas regionales y locales.

La concesión de obra o servicio público está regulada genéricamente por la Ley 8.987/95 (considerada la Ley General de Concesiones), que disciplina sus aspectos fundamentales, como los derechos y obligaciones de los usuarios del servicio público concedido, los encargos del poder concedente y del concesionario, las premisas del régimen tarifario, las exigencias atinentes a la licitación de concesión, etc. Además de la Ley General de Concesiones, la Ley nº 9.074/95 establece normas para la concesión y prorrogaciones de las concesiones y permisos de servicios públicos, disciplinando la reestructuración de los servicios concedidos y reglamentando específicamente los servicios de energía eléctrica. Estas leyes contienen normas generales, que vinculan no solo la Administración federal, sino las Administraciones estatales, del Distrito Federal y municipales.

Ya las APPs están reguladas por la Ley 11.079/2004 (también llamada de Ley General de APP), que transmite normas generales, vinculantes de todas las esferas federadas (Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios), pero también contiene normas federales, aplicables exclusivamente a la

Administración federal. La Ley 11.079/2004 estableció directrices para la contratación de APP, cláusulas contractuales obligatorias, disciplinó los mecanismos de garantía y trajo normas para el procesamiento de la licitación. Trató, aún, de temas más específicos relacionados al control presupuestario envuelto en la asunción de compromisos financieros en los programas de APP. Todos estos temas centrales relativos tanto a las concesiones comunes (Ley 8.987/95) como a las APPs (Ley 11.079/2004) fueron tratados por la legislación con carácter vinculante de las Administraciones federal, estatal y municipal.

Eso no significa, sin embargo, la imposibilidad de que estados y municipios editen sus leyes específicas sobre concesiones y APPs. No solo es posible sino deseable que estados y municipios disciplinen de modo suplementario los modelos de APP y concesión. Esa suplementación se dará a partir de la edición de leyes estatales o municipales y también a través de actos alegales (reglamentos y otros actos normativos alegales) que traten de especificar el régimen jurídico regional o local para el funcionamiento de las APPs y de las concesiones e, inclusive, para la prestación del servicio público.

En este sentido, es bastante común que, bajo leyes regionales o locales, haya la edición de decre-

tos reglamentando aspectos secundarios como la estructura orgánica de las Administraciones para el procesamiento de las APPs (definiéndose, por ejemplo, la composición y la estructura del consejo gestor y de comisiones técnicas para el procesamiento y análisis de programas de APPs) y de concesiones, así como las suposiciones y condiciones para el procesamiento de procedimientos de manifestación de interés (PMI).

Vale resaltar, también, que, aunque no sea necesaria (aunque recomendable) la edición de leyes regionales o locales para que las Administraciones hagan uso del modelo de APP, la delegación del servicio público dependerá de autorización legislativa. Eso significa que, para delegar cierto servicio público (mediante concesión común o concesión patrocinada, por ejemplo), la Administración Pública tendrá que obtener autorización legislativa, en los términos indicados más adelante. Esa ley autorizadora de la delegación del servicio público no se confunde con la ley regional o local que instituye normas sobre la contratación de concesión o de APP (aunque esos aspectos puedan ser disciplinados por la misma ley), pues apenas tiene la función de autorizar la Administración Pública a delegar a la iniciativa privada la gestión del servicio público. Por eso, necesariamente tendrá que ser una ley regional o local, editada por el ente federado que es el titular del servicio público. En algunos casos, la legislación podrá, inclusive, autorizar que entes de la Administración indirecta (como las autarquías) puedan recibir atribuciones de la persona política para proceder a la delegación del servicio público y figurar en los contratos de concesión y de APP. Así pasa, en el

plano federal, con la Agencia Nacional de Telecomunicaciones – ANATEL y con la Agencia Nacional de Energía Eléctrica ANEEL, conforme los términos de la legislación federal específica (Ley 9.247/96 y Ley 9.648/98). Lo relevante es que la delegación de la gestión del servicio público sea hecha por una entidad que tenga competencia para tal – que será siempre la persona política titular del servicio o entidades de la Administración indirecta que hayan recibido (por medio de ley editada en el ámbito del ente titular del servicio público) los poderes y atribuciones necesarios para tanto.

Además de la reglamentación nacional, regional y local sobre el funcionamiento de concesión común y de APP, los programas concesionarios deben ser modelados según la legislación específica sobre el servicio público objeto de la delegación. En los casos de concesión común y de APP que envuelvan la prestación de servicio público, la legislación sectorial condicionará el formateo de los programas. Es en este sentido que los programas de concesión y de APP servicios de saneamiento básico, por ejemplo, deben obediencia a los términos de la Ley 11.445/2007 (considerada la Ley Nacional de Saneamiento Básico), así como a las normas municipales que instituyan la política para el saneamiento básico y el Plano Municipal de Saneamiento Básico (PMSB). Así pasa con otros servicios públicos regulados.



## ▶ 4. EL SISTEMA DE REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO

## {4.1 SISTEMAS DE REMUNERACIÓN EN LA CONCESIÓN COMÚN

En la concesión común de obra o servicio público, la remuneración del concesionario será formada por la recaudación tarifaria, pudiendo envolver también y adicionalmente recetas alternativas. La característica fundamental del sistema de remuneración de la concesión común es su *autosostenibilidad*, no habiendo, como regla, la integración de subsidios públicos. Ya las recetas alternativas son aquellas que derivan de negocios accesorios, que pueden eventualmente ser asociados a la concesión con vistas a generar recetas complementarias a la remuneración del concesionario. Un ejemplo está en la exploración por el concesionario de áreas adyacentes en carreteras, con vistas al desarrollo de emprendimientos como centros comerciales. Otro ejemplo - característico de concesiones y APPs en el área de saneamiento - es la comercialización de energía en sistemas de tratamiento de residuos que envuelvan el reaprovechamiento energético. Es posible también -

aunque poco usual - que, en el ámbito de una concesión común, haya subsidios públicos de otra naturaleza integrados en el sistema de remuneración del concesionario. Aunque la vocación de la concesión común sea la autosostenibilidad financiera, históricamente siempre se admitió que, en casos específicos, hubiese la adición de recursos y subsidios públicos a la receta tarifaria con vistas a subsidiar las parcelas deficitarias de la concesión.

Con la edición de la Ley General de APP, ajustes con esas características fueron encuadrados como concesión patrocinada, especie de APP. Pero excepcionalmente aún se admite, en ciertos casos y con la debida justificación, que las concesiones comunes puedan tener subsidios públicos integrados en su sistema de remuneración, desde que sea respetada la disciplina de responsabilidad fiscal.

## {4.2 SISTEMA DE REMUNERACIÓN EN LA CONCESIÓN PATROCINADA

En la concesión patrocinada, la remuneración del concesionario viene de recetas tarifarias y de la integración de contraprestaciones públicas, que tienen el papel de subsidiar la concesión. Esa contraprestación tendrá naturaleza de contraprestación pecuniaria. Para que se configure una concesión patrocini-

nada, por lo tanto, tiene que haber contraprestación pecuniaria adicionada crónicamente a la receta tarifaria. Como se dijo antes, se trata de un modelo aplicable a proyectos concesionarios con potencial para la generación de receta tarifaria, pero carentes de subsidios para tornarse factibles y rentables.

Así como pasa con las concesiones comunes y con la concesión administrativa, la concesión patrocinada también admite recetas alternativas, que derivan de la exploración por el concesionario de negocios secundarios y asociados a la concesión. Además de la receta tarifaria, de la contraprestación pecuniaria, y de recetas alternativas, en la concesión patrocinada podrá haber, adicionalmente, contra-

prestación pública de otra naturaleza, como la transferencia de bienes y derechos, por ejemplo. La contraprestación pública puede asumir diversas formas jurídicas, dependiendo del modelado. Es imprescindible apenas que haya, de entre las formas de contraprestación pública, contraprestación pública pecuniaria.

## {4.3 SISTEMA DE REMUNERACIÓN EN LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

En la concesión administrativa, toda la receta del concesionario vendrá de contraprestación pública (no necesariamente pecuniaria) y de recetas alternativas. No habrá recetas tarifarias integradas en el sistema de remuneración. Por consiguiente, ese modelo será utilizado para la ejecución de servicios (y otras actividades) que no estén sujetas a tarifación (es decir: servicios que, por su naturaleza, no sean divisibles en unidades de cobranza). Precisamente por eso, el objeto de una concesión administrativa se aproxima al objeto de un contrato tradicional de prestación de servicios (regido por la Ley 8.666/93), a

pesar de que los modelos sean distintos en relación a diversos aspectos.

Para que se configure una concesión administrativa, no se exige que la contraprestación pública tenga naturaleza pecuniaria. La contraprestación pública podrá asumir formas diversas, no pecuniarias, como la cesión de derechos o la cesión de bienes, y pecuniarias, como la cesión de crédito y la orden de pago. Pueden incluso envolver recetas alternativas, que vengan de la exploración de negocios accesorios a la concesión.

**EN LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA, TODA LA RECETA DEL CONCESIONARIO VENDRÁ DE CONTRAPRESTACIÓN PÚBLICA (NO NECESARIAMENTE PECUNIARIA) Y DE RECETAS ALTERNATIVAS.**

## {4.4 CONTRAPRESTACIÓN PÚBLICA APENAS PUEDE SER PROVEÍDA A PARTIR DE LA DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO

Hay una regla en la Ley general de APP que impide que las contraprestaciones públicas sean pagas al concesionario antes de la disponibilidad del servicio. Eso significa que durante la fase de inversiones (o fase de construcción y equipamiento de la infraestructura) no habrá contraprestación pública. Solo cuando el servicio esté en condiciones de ser prestado, después de todo el desarrollo de la fase de inversiones, con la construcción y el equipamiento de las obras y equipamientos necesarios, las contraprestaciones públicas empiezan a ser proveídas.

Hay, sin embargo, la posibilidad de que *aportes*

*públicos* destinados a la construcción o adquisición de bienes reversibles (a la Administración Pública) puedan ser proveídos incluso antes de disponibilizado el servicio (o sea: durante la fase de inversiones).

De eso resulta una diferencia, en el ámbito de la APP, entre *contraprestación pública*, apenas debida cuando el servicio esté en condiciones de ser usufructuado, y *aportes públicos*, que pueden ser pagos al concesionario antes de la disponibilidad del servicio, pero desde que sean aplicados en la adquisición o en la construcción de bienes reversibles.

## {4.5 LA POSIBILIDAD DE INTEGRACIÓN DE APORTES PÚBLICOS

La Ley General de APP, como se ha dicho, admitió la figura de los aportes públicos. Se trata de recursos públicos pagos al concesionario para ser aplicados exclusivamente en la adquisición o construcción de bienes reversibles a la Administración Pública. Esos bienes reversibles serán aquellos activos que, adquiridos por el concesionario para ser integrados en la APP, serán transferidos para la propiedad de la Administración Pública al final del contrato. Apenas para ser aplicados en la construcción y adquisición de

esos activos es que la legislación admite que aportes públicos ocurran antes de la disponibilidad del servicio (o sea: durante la llamada fase de obras o fase de inversiones, en que el concesionario desarrolla la construcción o el equipamiento de la infraestructura necesaria para colocar el servicio en operación).

La figura de los aportes públicos fue creada por el legislador como una vía para permitir que las Administraciones que dispongan de recursos para

aplicados ya en la fase preparatoria puedan hacerlo, lo que contribuye para exonerar los costos de financiamiento de la APP. En virtud de la regla que prohíbe que las contraprestaciones públicas sean pagas antes de la disponibilidad del servicio, muchas Administraciones que disponían de recursos para ser aplicados ya en la fase inicial de la APP no podrían hacerlo, inhibiéndose economías que podrían ser generadas a la APP por la exoneración del financiamiento correspondiente – la inyección de recursos públicos en la fase preparatoria reduciría la necesidad de obtención de financiamiento por el concesionario, lo que acabaría por reducir los costos financieros de la APP. Precisamente para sortear esa ineficiencia financiera, el legislador concibió la figura de

los aportes públicos, permitiéndose que esos recursos sean integrados en la APP ya en la fase preparatoria.

Sin embargo, el surgimiento de la posibilidad de integración y aportes públicos en la fase preparatoria no significó la eliminación de la prohibición a que las contraprestaciones públicas sean proveídas en este período. La prohibición está mantenida. La figura de los aportes difiere de las contraprestaciones precisamente por ser recurso público destinado exclusivamente a la adquisición de bienes reversibles, mientras la contraprestación se destina a remunerar el servicio prestado.

## {4.6 NECESIDAD DE CRONOGRAMA DE APORTES PÚBLICOS

La aplicación de esos *aportes públicos* en la concesión deberá seguir un cronograma que esté necesariamente disponible en la convocatoria de licitación de la APP. Cuando sean ejecutados durante la llamada fase preparatoria (todavía antes de la disponibilidad del servicio), esos aportes deberán guardar proporcionalidad con etapas efectivamente ejecutadas. O sea: no será adecuado que aportes sean

integrados a la remuneración del socio privado de modo desvinculado del cumplimiento de las etapas del cronograma de obras y adquisiciones inherentes a la fase preparatoria. La integración de aportes públicos, por lo tanto, deberá estar sincronizada con el desarrollo de las etapas previstas en el cronograma de obras y adquisiciones.

LA APLICACIÓN DE ESOS APORTES PÚBLICOS EN LA CONCESIÓN DEBERÁ SEGUIR UN CRONOGRAMA (NECESARIAMENTE DISPONIBLE CON LA CONVOCATORIA DE LICITACIÓN), SINCRONIZADO CON EL DESARROLLO DE LAS OBRAS Y ADQUISICIONES.

## {4.7 LOS BENEFICIOS TRIBUTARIOS DERIVADOS DE LOS APORTES

Conjuntamente con la introducción de la figura de los aportes públicos, la legislación les permitió la aplicación de un régimen tributario diferenciado. Es que la concentración de recursos y la ampliación de la facturación en el inicio de la APP acaban por generar un encarecimiento del costo tributario, relativamente a los tributos incidentes que consideran en su base de cálculo la facturación o el lucro (como la Contribución para el PIS/PASEP, COFINS, CSL y IRPJ). Para evitar esa ineficiencia tributaria fue que el legislador admitió el aplazamiento del pago de esos tributos, a partir de la sincronización de esa tributación con la realización de los costos de construcción o adquisición de los bienes reversibles.

Recuérdese que el surgimiento de la posibilidad de que aportes públicos sean pagos al socio privado antes de la disponibilidad del servicio (desde que sea para ser aplicados en la construcción o adquisición de bienes reversibles) se justificó con el propósito de evitar ineficiencias financieras, una vez que, en muchos casos, las Administraciones disponían de recursos en caja para ser dirigidos a la aplicación de esos activos, pero no podrían hacerlo ante la prohi-

bición de la legislación. Por lo tanto, el socio privado tenía que buscar financiamiento externo para ese fin, sobrecargando los costos financieros de la APP. Posibilitar la aplicación de aportes públicos durante la fase preparatoria significó justamente la superación de aquella ineficiencia, liberando la APP del respectivo costo financiero. Por otro lado, la concentración de recursos públicos aplicados a la APP en el inicio de vida del contrato acabaría por incrementar su facturación, atrayendo el incremento de diversos tributos que inciden o sobre la facturación o sobre el lucro del concesionario.

De ahí que, comprensiblemente, la mudanza en la legislación, al introducir la posibilidad de los aportes públicos, también le introdujo un régimen tributario diferenciado, admitiendo la posibilidad de que la tributación de la Contribución para el PIS/PASEP, de la COFINS, de la CSL y del IRPJ esté sincronizada con la realización de los costos de construcción y adquisición de los bienes reversibles. Eso funcionará como un aplazamiento en el pago del tributo, que podrá estar diluido a lo largo del tiempo de depreciación de los activos reversibles.

LA CONCENTRACIÓN DE RECURSOS Y LA AMPLIACIÓN DE LA FACTURACIÓN EN EL INICIO DE LA APP ACABAN POR GENERAR UN ENCARCAMIENTO DEL COSTO TRIBUTARIO, RELATIVAMENTE A LOS TRIBUTOS QUE CONSIDERAN EN SU BASE DE CÁLCULO LA FACTURACIÓN O EL LUCRO. POR ESTA RAZÓN, LA LEGISLACIÓN PERMITIÓ EL APLAZAMIENTO DEL PAGO DEL TRIBUTO.



## {4.8 REMUNERACIÓN POR DESEMPEÑO

La legislación admitió la posibilidad de que los contratos de APP prevean que la remuneración del concesionario funcione vinculada a su rendimiento. Eso significará que la remuneración del socio privado será impactada por el (des)cumplimiento de indicadores de desempeño previamente establecidos. Los contratos de APP contendrán, como regla, indicadores de servicio, que retratarán niveles diversos de atención a los resultados y metas esperados para la ejecución del contrato. La remuneración del concesionario será ampliada o reducida en la pro-

porción de la atención de esas metas: el alcance de metas más exigentes proporcionará pago de bonus de remuneración, así como el alcance de niveles insatisfactorios podrá originar la reducción de remuneración. El objetivo de la sistemática de la remuneración por rendimiento es ampliar la eficiencia en la ejecución del contrato de APP, incrementando el incentivo para que el concesionario persiga niveles más exigentes para la calidad del servicio prestado.

## {4.9 OBLIGACIONES DE ESCOPO Y OBLIGACIONES DE DESEMPEÑO

Es habitual, para fines de análisis, diferenciar obligaciones contractuales cuyo objeto se constituye en un escopo único y determinado - por ejemplo: instalar, en edificación pública, un cierto equipamiento para la reducción de humedad - de obligaciones contractuales de desempeño - por ejemplo: medir el nivel de humedad de las áreas internas de un edificio público, con vistas a identificar el desempeño del concesionario. Mientras que las primeras son obligaciones que retratan indicaciones de medio, las obligaciones de desempeño se relacionan a la obtención de resultados (outputs). En contratos de concesión y APP, las obligaciones de

desempeño adquieren gran relevancia, pues la busca por la mayor eficiencia en la ejecución del contrato se prende con la transferencia de autonomía al concesionario para la elección y gestión de los medios con vistas a la producción de los resultados esperados. Al establecer los niveles y estándares de atención, relacionándolos a la remuneración del concesionario, el contrato crea una sistemática de remuneración por desempeño capaz de generar eficiencias a la contratación. El concesionario tenderá a buscar los resultados más exigentes a partir del menor costo posible.

Ya las obligaciones de escopo serán establecidas en contrato para los casos en que la Administración desea la ejecución de escopo determinado: el cumplimiento no comporta niveles de calidad o de cantidad, pero funciona a partir del estándar binario cumplimiento-incumplimiento. En un contrato de concesión o APP habrá tanto obligaciones de esco-

po como obligaciones de desempeño, dependiendo de las características de la prestación – aunque sea deseable que se prestigien las obligaciones de desempeño, hay casos en los que la institución de obligaciones de esta naturaleza no es factible en vista de dificultades prácticas o técnicas de evaluación del desempeño.

## {4.10 ESTÁNDAR TÉCNICO MÍNIMO Y NIVELES DE DESEMPEÑO

Incluso para metas que puedan ser niveladas en diferentes grados de calidad y cantidad, siempre habrá un estándar cualitativo o cuantitativo mínimo, abajo del cual se configura el incumplimiento del concesionario, atrayendo sanciones contractuales típicas (multas y sanciones de otra naturaleza). El estándar mínimo de calidad o cantidad será establecido para los casos en los que la Administración no se contenta con un resultado menos exigente. Los niveles de desempeño, diversamente, retratan resultados satisfactorios al interés administrativo, cuya variación constituye una escala de beneficios a la ejecución del servicio.

La remuneración por desempeño es una alternativa a los sistemas represivos tradicionalmente utilizados para estimular al contratado a cumplir con las obligaciones contractuales (centrados en las sanciones convencionales, como la multa). Sin embargo, aunque los contratos concesionarios deban prestigiar la remuneración por desempeño, será inevitable la coexistencia de esta con el régimen de sancio-

nes, utilizado para las hipótesis de incumplimiento. Hay casos en los que la falta de alcance de cierto nivel cualitativo o cuantitativo establecido configura una prestación insuficiente, retratando desobediencia a una obligación contractualmente establecida. No se trata, aquí, de atención a niveles de servicio o de ejecución de obligaciones de desempeño, sino de incumplimiento contractual. Su régimen jurídico es, por lo tanto, diverso de aquel que condiciona las obligaciones de desempeño. Mientras la variación de rendimiento y la atención a obligaciones de desempeño se caracterizan apenas como distintos modos de ejecutar la prestación contractual (atrayendo sanciones premiativas - *soft law*), la desatención a una obligación de escopo o de un padrón mínimo de calidad configura incumplimiento contractual, atrayendo el régimen sancionador convencional (multa y otras formas de sanción).

**EL ESTÁNDAR MÍNIMO DE CALIDAD O CANTIDAD SERÁ ESTABLECIDO PARA LOS CASOS EN LOS QUE LA ADMINISTRACIÓN NO SE CONTENTE CON UN RESULTADO MENOS EXIGENTE.**

## {4.11 ¿CÓMO FUNCIONA EL SISTEMA DE VERIFICACIÓN Y MEDICIÓN DE LOS INDICADORES DE SERVICIO?

La legislación no trató de modo más específico de los indicadores de servicios, así como del funcionamiento del sistema de remuneración variable por desempeño. Exigió apenas que los indicadores de servicio mantengan relación de pertinencia con las funcionalidades y los resultados relevantes para la ejecución del servicio (y de las obras) objeto del contrato de APP, y que su impacto en el sistema de pago esté adecuadamente dimensionado.

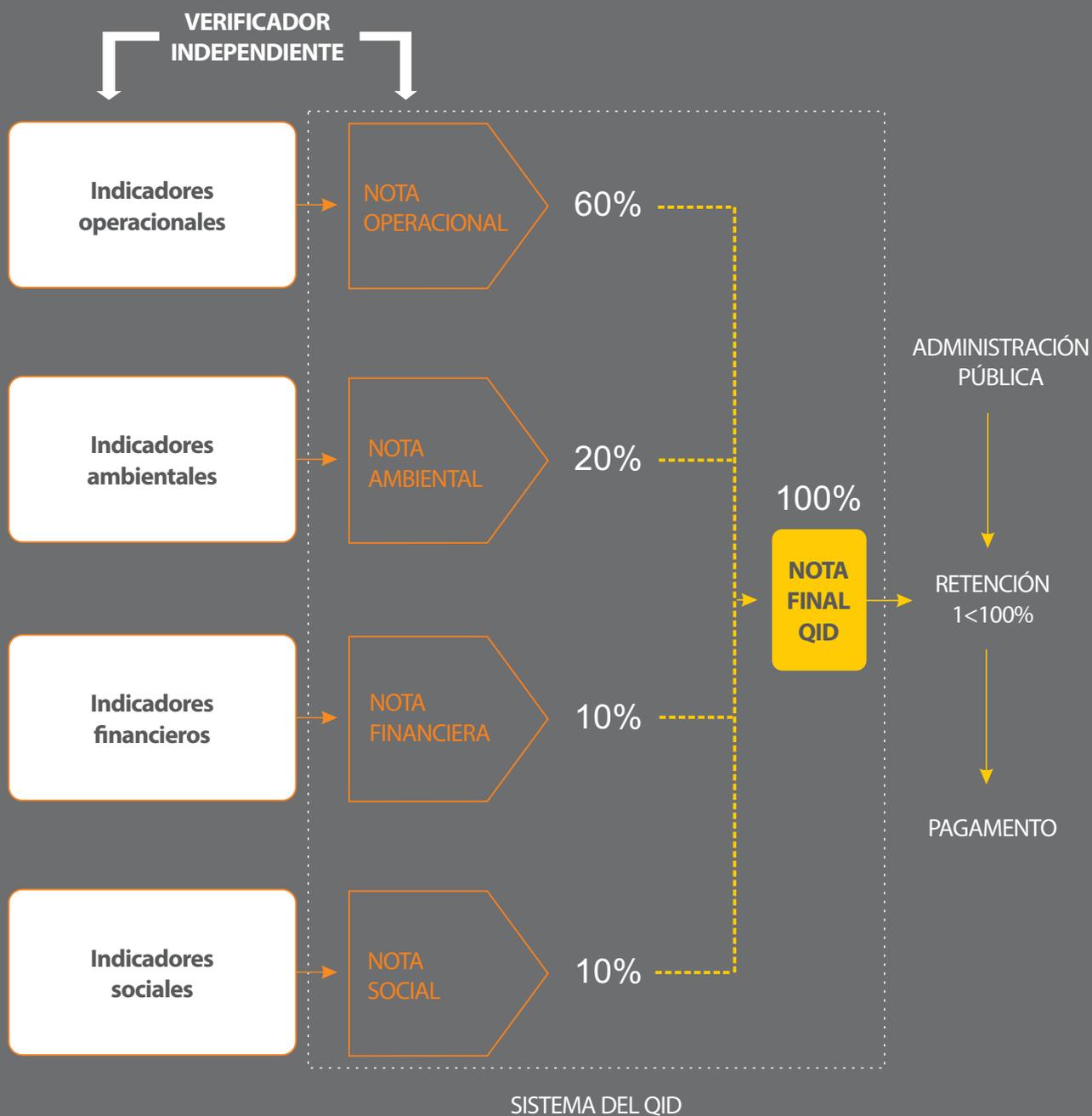
De esta forma, los factores de evaluación, la periodicidad de la evaluación, así como la forma y el agente verificador son informaciones que deben obligatoriamente constar en el contrato de APP.

Contratos omisos o relapsos en relación a esas

cuestiones favorecerán la ampliación de costos de transacción.

En relación a la sistemática de medición y verificación, es recomendable que el contrato de APP prevea un verificador independiente a las partes. No es deseable que la propia Administración Pública promueva esa evaluación-verificación del cumplimiento de metas y de los indicadores de servicios, pues es parte interesada en el pago de la contraprestación debida al concesionario. La exención e imparcialidad del agente evaluador es aspecto que contribuye para la reducción de costos de transacción – promoviendo la reducción del valor de la APP.

FIGURA 4 - EJEMPLO DE QID





**5. EXIGENCIAS FORMALES Y  
PROCEDIMENTALES PREVIAS AL  
▶ DESENCADENAMIENTO DE  
PROGRAMAS DE CONCESIÓN O APP**

La institución de programas de concesión y APP presupone el cumplimiento de procedimientos y formalidades por el Poder Público durante su fase preliminar de planificación.

Además de la institución de la legislación regional o local (cuando la concesión o la APP fuera desencadenada por estados y municipios) sobre aspectos más específicos referentes a la contratación, y de la edición de ley autorizadora para la delegación del servicio público (cuando eso fuera exigido), hay una serie de actos formales, documentos y estudios que necesitan ser confeccionados y disponibles previamente al lanzamiento del proceso de contratación.

## {5.1 EXIGENCIA DE AUTORIZACIÓN LEGISLATIVA PARA LA DELEGACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Siempre que el objeto de la concesión o de la APP envuelva la delegación del servicio público, será necesaria la previa autorización legislativa. Deberá ser editada una ley que autorice la Administración Pública titular del servicio público a transferir su gestión y ejecución a la iniciativa privada mediante programas de concesión y APP. Recuérdese que la Ley 9.074/95 prohibió la ejecución de obras y servicios por medio de concesión y permisión de servicio público sin ley que le fije los términos, dispensándose la exigencia apenas a los casos de saneamiento básico. Pero podría entenderse que la propia Consti-

tución (en su artículo 175) condiciona el desencadenamiento de concesión común a la autorización legislativa.

Esa autorización será dispensada en los casos de programas de APP que no envuelvan la delegación del servicio público. Como dicho antes, hay hipótesis de concesión administrativa en que el objeto no se constituirá como servicio público, sino como mero servicio prestado a la Administración. En estos casos, no se exige previa autorización legislativa para procederse a la contratación.

## {5.2 PROVIDENCIAS Y ACTOS PREVIOS AL DESENCADENAMIENTO DE LA CONCESIÓN COMÚN

La primera providencia formal inherente a la delegación del servicio público es la edición, por la Administración, de un acto justificando la conveniencia del otorgamiento de concesión o permisión (justificativa), el cual debe también caracterizar el objeto, el área y el plazo de la prestación del servicio público. Es también en esta etapa de planificación que deben ser realizados los estudios y elaborados los proyectos fundamentales de la concesión, conforme más adelante enumerados, ejemplarmente. Además, deben ser elaborados en esta etapa preliminar de la convocatoria de licitación, la minuta de contrato y sus anexos, los cuales pueden ser puestos a disposición para consulta y audiencia públicas.

Aunque la Ley General de Concesiones no tenga previsión expresa del deber de realizar consulta y audiencia públicas – y la Ley General de APP haya exigido apenas la submisión de la minuta de convocatoria y contrato a la consulta pública –, se entiende que, a ejemplo de lo que ocurre con las contrataciones subordinadas a la Ley 8.666/93, la audiencia pública será necesaria para la licitación o conjunto de licitaciones que envuelvan el valor mínimo de R\$ 150 millones. Para ciertas especies de servicio público, la legislación impone la obligatoriedad de realización de audiencia y consulta públicas, como es el caso de la concesión de servicios de saneamiento básico (Ley 11.445/2007).

## {5.3 PROVIDENCIAS Y ACTOS PREVIOS AL DESENCADENAMIENTO DE LA APP

En el ámbito de su fase interna, la APP está condicionada a la (i) formalización de un acto de autorización, que traiga, además de la motivación cuanto a la conveniencia del proyecto, justificativa técnica y económico-financiera para el uso del modelo APP; (ii) elaboración de demostraciones fiscales y presupuestarias; (iii) realización de consulta pública; (iv) presentación de documentación ambiental y de los

estudios referidos más adelante. Además de eso, la Administración deberá elaborar el instrumento convocatorio de la licitación (y sus anexos) y la minuta del contrato de APP.

Las justificativas en cuanto a la conveniencia y oportunidad del programa, deben identificar todas las razones que conducen a la prevalencia del mo-

delo APP comparativamente a otras formas de contratación, lo que exige análisis técnicos y económico-financieros. En este ámbito, será importante demostrar el llamado “Value for Money” (VFM) – explicitándose las razones por las cuales el modelo APP promueve la valorización del dinero público (y trae ventajas socio-económicas).

Además de esta justificativa, será exigida una serie de demostraciones financieras y presupuestarias. Como los programas de APP envuelven comprometimiento de recursos públicos a largo plazo, las demostraciones fiscales son siempre muy relevantes. En este apartado, la Ley exigió que la Administración facilite la elaboración de estimativa del impacto presupuestario-financiero en los ejercicios en los que deba vigorar el contrato de APP; la declaración del ordenador de la despesa de que las obligaciones contraídas por la Administración durante el transcurso del contrato son compatibles con la ley de directrices presupuestarias y están previstas en la ley presupuestaria anual; la estimativa del flujo de recursos públicos suficientes para el cumplimiento, durante la vigencia del contrato y por ejercicio financiero, de las obligaciones contraídas por la Administración. Recuérdese también que, en virtud de la legislación, la Unión no podrá conceder garantía o realizar transferencia voluntaria a los estados, Distrito Federal y municipios si la suma de las despesas de carácter continuado derivadas del conjunto de las asociaciones ya contratadas por esos entes hubiesen excedido, el año anterior, al cinco por ciento de la receta corriente líquida del ejercicio o si las despesas anuales de los contratos vigentes en los diez años subsiguientes excedieran al cinco por

ciento de la receta corriente líquida proyectada para los respectivos ejercicios.

El objeto de la APP deberá también estar previsto en el plano plurianual en vigor en el ámbito donde el contrato será celebrado. La asunción de compromisos financieros públicos a largo plazo exige que tales obligaciones tengan respaldo presupuestario en el plano plurianual (que abarca un cuatrienio).

Todavía con paso previo al lanzamiento de la licitación de la APP, las minutas de convocatoria y contrato deben ser sometidas a la consulta pública, por el período mínimo de treinta días, cuyo término final debe darse por lo menos siete días antes de la fecha prevista para la publicación de la convocatoria. Ese plazo mínimo funcionará como un lapso para que la Administración pueda evaluar las proposiciones y análisis críticas vehiculadas en la fase de consulta y producir las debidas respuestas, ajustes y justificaciones. Todo ese procedimiento de consulta tiene en vista tanto la publicidad de los términos como el control popular del contrato que se pretende formalizar. En cuanto a la audiencia pública, es totalmente recomendable que sea realizada cuando la licitación o conjunto de licitaciones que envuelvan el valor mínimo de R\$ 150 millones. La audiencia pública tiene por objetivo permitir la participación popular en la construcción de la solución propuesta por el Poder Público, permitiendo que los usuarios opinen al respecto del proyecto que será licitado. Finalmente, será necesario que los programas de APP (y de concesión) estén equipados con estudios y proyectos imprescindibles.

## {5.4 ESTUDIOS Y PROYECTOS EXIGIDOS PARA EL DESENCADENAMIENTO DE PROGRAMAS DE CONCESIÓN Y APP

Los programas de concesión y de APP deberán necesariamente estar acompañados de estudios y proyectos que permitan su plena caracterización técnica y financiera.

Por regla general, los programas de concesión y APP dependerán de la confección previa de:

- (i) estudios jurídicos
- (ii) proyecto operacional
- (iii) anteproyecto de obras de ingeniería
- (iv) estudios de demanda
- (v) estudios financieros
- (vi) estudios ambientales
- (vii) otras demostraciones y levantamientos

### **Estudios jurídicos**

Los estudios jurídicos definirán el modelado jurídico de la Concesión o APP, identificando la tipología contractual escogida y la atención a los requisitos y la obediencia a los límites impuestos por la legislación. Esos estudios ofrecerán el diseño completo de la concesión o APP y deberán proveer los encuadramientos legales relativamente a temas centrales del programa (como la estructuración de las garantías públicas, a las formas de contraprestación pública, la previsión de los "step in rights", etc). Además de eso, será necesario examinar la atención a diversas exigencias procedimentales y formales impuestas por la legislación.

### **Proyecto operacional**

El proyecto operacional definirá todos los aspectos técnicos referentes al funcionamiento del servicio objeto de la concesión o de la APP. Este documento servirá para orientar el modo de prestación del servicio, las especificaciones técnicas de los equipamientos necesarios para la prestación, las condiciones de atención al usuario, el cronograma de actividades y de implementación de obras, así como el cuadro de los indicadores de servicio (que será utilizado, inclusive, para orientar el sistema de remuneración del concesionario).

En las concesiones y APPs, el proyecto operacional deberá estar referenciado preferencialmente por obligaciones de desempeño, centradas en el alcance de resultados (*outputs*) – y no tanto en la gestión y control de los medios. Por consiguiente, hay una deseada falta de completitud de las definiciones técnicas, en la aceptación de que la elección y el gerenciamiento de los insumos y tecnologías deben estar a cargo del concesionario.

### **Anteproyecto de obras de ingeniería**

Siempre que la concesión envuelva la ejecución de obras, será necesaria la disponibilidad de un anteproyecto de ingeniería. No se exigirán, para el desencadenamiento de la licitación, proyectos completos o acabados. Los estudios deberán presentar nivel de anteproyecto, dejándose para la responsa-

bilidad del concesionario el encargo de detalle de proyectos. A partir, por lo tanto, de los elementos fundamentales a la caracterización de las obras integradas en la concesión (esos necesariamente disponibles con la convocatoria de licitación), el concesionario producirá, ya en el ámbito de la ejecución del contrato, los proyectos básico y ejecutivo (que serán, a su tiempo, evaluados y autorizados por la Administración Pública).

### **Estudios de demanda**

Los estudios de demanda son pieza fundamental en la estructuración de negocios de concesión y APP, pues ellos definirán uno de los elementos más impactantes de la ecuación económico-financiera de esos contratos, que es la estimativa de la demanda. Este indicador es el que permitirá estimar la receta del negocio, con vistas a componer los estudios económico-financieros referentes a la concesión. Esas estimativas adquieren una relatividad acentuada en proyectos *greenfield*, por la natural dificultad en proyectar los niveles de utilización de infraestructuras aún inexistentes.

### **Estudios financieros**

Es imprescindible también que programas de concesión y APP estén acompañados de estudios económico-financieros que indiquen la tasa de retorno esperada para la ejecución de la concesión y exploración del emprendimiento, lo que dependerá de la proyección del conjunto de costos, de recetas así como del perfil financiero escogido para el modelado del contrato.

### **Estudios ambientales**

Será necesario que el programa de concesión y APP contenga, además de un informe de eventuales pasivos ambientales existentes en los activos que puedan ser transferidos para el concesionario, estudios referentes a los impactos ambientales que el emprendimiento pueda generar. Tales estudios contendrán, por regla general, la evaluación del impacto ambiental y la identificación de las posibles medidas mitigadoras. Es importante que se ofrezca a los interesados en disputar el contrato de concesión o de APP la condición de identificación de los eventuales riesgos ambientales correspondientes, así como de su repercusión económico-financiera.

### **Otras demostraciones y levantamientos**

Es siempre difícil relacionar y sistematizar todas las demostraciones y estudios que deben acompañar la estructuración de concesiones y APPs, pues eso dependerá, en buena medida, de la naturaleza del servicio y del emprendimiento. En muchos casos, además de los estudios referidos más arriba, pueden ser necesarios levantamientos adicionales, dependiendo de las peculiaridades de la concesión. Concesiones y APPs en el segmento de carreteras, por ejemplo, pueden exigir levantamientos referentes al conjunto de desapropiaciones a ser implementadas etc.

# FIGURA 5 - SECUENCIA DE LOS PASOS PARA LA FASE INTERNA DE LA APP





# FIGURA 6 - SECUENCIA DE LOS PASOS PARA LA FASE INTERNA DE LA CONCESIÓN





## ▶ 6. LICITACIÓN

## {6.1 EXIGENCIA DE LICITACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE CONCESIÓN Y DE APP

Los contratos de concesión y de APP deberán ser precedidos de proceso de licitación. La posibilidad de contratar una concesión o APP por medio de contratación directa - sin licitación, por lo tanto - será rara y excepcional. Algunos ni siquiera admiten esa posibilidad. Pero hay casos en los que la licitación puede no ser exigible en vista de una situación inexigible (inviabilidad de competición) o de una hipótesis de dispensa. Esas están previstas en la Ley 8.666/93 y son extensibles apenas en hipótesis específicas a los casos de concesión y de APP. Los casos más probables serán los de concesión administrativa que no envuelva "servicio público". Aún así, no es posible afirmar, en teoría, que todas esas hipótesis de dispensa se aplican a las APPs administrativas, pues hay diferencias marcantes entre los modelos que pueden exceptuar las APPs del ámbito de aplicación de las normas que autorizan la dispensa prevista en la Ley 8.666/93.

El procesamiento de la licitación de concesión o de APP obedece a una disciplina diversa de aquella prevista en la Ley 8.666/93, aunque esta ley les sea aplicada subsidiariamente. Tanto la Ley General de Concesiones (Ley 8.987/95) como la Ley General de APPs (Ley 11.079/2004) trajeron una disciplina propia sobre la licitación, eligiendo modalidades específicas, introduciendo criterios de selección personalizados para esos modelos contractuales y regulando temas referentes al procesamiento de la licitación, tanto en lo que se refiere a la fase interna como a la fase externa.

Las providencias y los pasos referentes a la fase interna del procesamiento de la contratación de concesión y de APP ya fueron tratados antes (ver ítem 5). Los temas relativos a la fase externa de la licitación, envolviendo principalmente cuestiones alusivas a su procesamiento, serán tratados más abajo.



## {6.2 ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DE LA LICITACIÓN DE CONCESIÓN COMÚN?

La licitación para la concesión común de servicios públicos es regida por la Ley 8.987/95 y, subsidiariamente, en lo que compete, por la Ley 8.666/93. Por el hecho de que la concesión común envuelva un contrato a largo plazo y con características peculiares y bastante distintas de los contratos de desembolso (regidos por la Ley 8.666/93), aunque se pueda hablar en aplicación subsidiaria de la Ley General de Licitaciones, la incidencia de esta legislación está condicionada a su compatibilidad con la figura de la concesión común de servicios. Eso significa que, aun cuando la legislación de concesiones silencie, no será adecuado importar automáticamente para esos contratos las interpretaciones convencionalmente extraídas de la legislación general.

También rigen la licitación para la concesión común de servicios públicos las leyes específicas del sector en el cual se insiere el objeto del contrato, en especial los reglamentos de las agencias reguladoras, bien como la legislación de proceso administrativo (Ley 9.784/99).

En relación al procesamiento de la licitación, la legislación hizo expresa opción por la modalidad competencia, siendo admitida por la Ley 9.074/95 (y por otras leyes específicas) la utilización de la modalidad subasta en determinadas situaciones. La Ley General de Concesiones previó, además, la posibilidad de inversión de la orden de las fases de habilita-

ción y juzgamiento de propuesta (en relación a la cronología convencional que presupone la precedencia de la habilitación al juzgamiento de las propuestas). En ese caso, encerrada la fase de clasificación de las propuestas o el ofrecimiento de ofertas, es abierto el envoltorio con los documentos de habilitación del licitante mejor clasificado para la verificación de la atención de las condiciones fijadas en la convocatoria. Verificada la atención de las exigencias de la convocatoria, el licitante es declarado vencedor. En el caso de que el licitante clasificado en primer lugar sea inhabilitado, se pasa al análisis de los documentos habilitadores del licitante con la propuesta clasificada en segundo lugar, y, así, sucesivamente, hasta que un licitante clasificado atienda a las condiciones fijadas en la convocatoria. Esa sistemática de inversión de fases – inspirada en la Resolución 65/1998 de la Anatel y en la modalidad de subasta – no es obligatoria o preferencial en relación a la cronología convencional, tratándose apenas de una opción discrecional para la estructuración de la licitación de concesión.

La Ley General de Concesiones también creó, comprensiblemente, nuevos criterios para juzgamiento de las propuestas. La licitación podrá comportar, alternativamente, los siguientes criterios: a) criterio de la menor tarifa; b) criterio de la mayor propuesta técnica, con precio fijado en la convocatoria; d) criterio de la mejor propuesta en razón de la

combinación de los criterios de menor valor de la tarifa con el de mejor técnica; e) criterio de la mejor propuesta en razón de la combinación de los criterios de mayor oferta por el otorgamiento con el de mejor técnica; f) criterio de la mejor oferta de pago por el otorgamiento después de la calificación de propuestas técnicas.

La definición del criterio más adecuado derivará de una apreciación discrecional de la Administración, lo que deberá considerar las características del

objeto y las peculiaridades del mercado que accederá a la disputa. Es cierto que el criterio elegido debe ser compatible con el objeto licitado, análisis que despierta mayores dificultades en relación a la aplicación de criterios de técnica (que envuelven apreciación cualitativa de propuestas técnicas). De cualquier modo, la definición de los criterios de selección de propuestas dependerá del análisis de los casos concretos, siendo difícil concebir parámetros abstractos para orientar la cuestión.

## {6.3 ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DE LA LICITACIÓN DE APP?

La licitación para la formación de asociación público privada se rige por la Ley 11.079/04, aplicándose, en lo que compete, la Ley 8.987/95 y la Ley 8.666/93.

Aquí valen las mismas consideraciones registradas más arriba al respecto de la aplicación subsidiaria de la legislación sobre contratación pública, en el sentido de que la Ley General de Licitaciones (y la Ley General de Concesiones) solamente será aplicable cuando sea compatible con las características del modelo de las APPs.

En cuanto al procesamiento, la Ley General de APP, a semejanza de lo que pasa con la Ley General de Concesiones, impuso la aplicación de la modalidad de competencia, admitiendo también la opción

por la inversión de fases. Permitió, además, que el juzgamiento sea precedido de etapa de calificación de propuestas técnicas, hipótesis en la cual serán desclasificados los licitantes que no alcancen la puntuación mínima.

Además de eso, la legislación de APP acogió el modo abierto de disputa, que permite que propuestas sean manifestadas por ofertas a viva voz. Se admitió tanto la presentación de las propuestas económicas a modo cerrado, en sobres lacrados, como a modo cerrado-abierto, cuando serán presentadas en primer lugar propuestas escritas seguidas de ofertas a viva voz. La participación en la fase de ofertas puede estar restringida, dependiendo de la disciplina prevista en la convocatoria de licitación, a los licitantes cuyas propuestas estén próximas al menor

precio ofertado (la legislación permite que la convocatoria restrinja la presentación de ofertas a viva voz a los licitantes cuya propuesta escrita fuera como máximo un veinte por ciento mayor que el valor de la mejor propuesta). La finalidad de crear esa restricción está en estimular a los licitantes a ofrecer precios competitivos ya en las propuestas escritas (modo cerrado), apartándose el riesgo de adjudicación de precios elevados en casos de inexistencia de competición.

En cuanto a los criterios de juzgamiento, la licitación de APPs puede ser regida por los criterios (i) del menor valor de la tarifa del servicio público a ser

prestado; (ii) de la mejor propuesta en razón de la combinación de los criterios de menor valor de la tarifa del servicio público a ser prestado con el de mejor técnica; (iii) del menor valor de la contraprestación a ser paga por la Administración Pública; o (iv) de la mejor propuesta en razón de la combinación del criterio del menor valor de la contraprestación pública con el de mejor técnica, de acuerdo con los pesos establecidos en la convocatoria. Relativamente al saneamiento de eventuales fallas, la Ley todavía prevé la posibilidad de complementación de insuficiencias o también correcciones de carácter formal, siempre que esté dentro del plazo fijado en el instrumento convocatorio.

**FIGURA 7 - DESARROLLO DE LA FASE EXTERNA DE LICITACIÓN DE LA APP**



\* La Garantía de propuesta integrará los documentos de habilitación (y será revelada y examinada juntamente con los documentos de habilitación). En la hipótesis de inversión de fases, el sobre conteniendo la garantía de propuesta será presentado y abierto antes del inicio de la fase de juzgamiento de propuestas.



## ▶ 7. MATRIZ DE RIESGOS

## {7.1 LA DEFINICIÓN DE LA MATRIZ DE RIESGOS Y SU RELEVANCIA PARA LA CARACTERIZACIÓN DE LA ECUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DE LA CONCESIÓN O DE LA APP

La matriz de riesgos será uno de los elementos fundamentales del contrato de concesión y de APP. Ella identificará los riesgos envueltos en la ejecución del contrato, asignándolos a la responsabilidad de cada una de las partes. Una vez definida la matriz de riesgos en el contrato, la eventual materialización de esos riesgos a lo largo de la ejecución de la concesión atraerá la responsabilidad de la parte responsable, que hará frente a los perjuicios derivados. Por consiguiente, la matriz de riesgos es el cimiento de la ecuación económico-financiera del contrato de concesión o de APP. La estabilidad de los efectos de esa matriz es lo que garantizará el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato. Siempre que el concesionario soporte un perjuicio derivado de la materialización de un riesgo asignado a la responsabilidad de la Administración (ej: riesgo de aumento de carga tributaria incidente sobre los costos de producción del contrato), esta deberá resarcirlo, en los términos previstos en el contrato (recomponiéndose la ecuación económico-financiera originariamente definida).

Por eso, la matriz de riesgos es una pieza fundamental en los contratos administrativos en general,

y parece aún más relevante en contratos complejos y a largo plazo, como los contratos de concesión y de APP.

Para la definición de la matriz de riesgos en esos contratos, hay reglas jurídicas y premisas económicas a ser seguidas. La disciplina jurídica es bastante genérica sobre el asunto y no arbitra una asignación de riesgos previamente definida. Apenas en hipótesis muy específicas, como en el caso del riesgo de inflación, del riesgo de alteración de carga tributaria y de encargos legales, del riesgo de modificación unilateral (por el poder concedente) del objeto es cuando el legislador arbitró una cierta asignación de riesgos. Además de eso, la Ley General de APP arbitró el intercambio con el socio público de los beneficios derivados de la reducción del riesgo de crédito de los financiamientos utilizados por el socio privado. Por lo demás, el derecho trata del tema apenas de forma *principiológica*: la asignación de riesgos deberá observar el principio de la eficiencia, pues es uno de los puntos de calibrado de la eficiencia de los contratos. Para asignar riesgos de modo eficiente, es necesario observar algunas premisas económicas fundamentales, conforme dicho más adelante.

## {7.2 ¿CÓMO ASIGNAR RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y APP?

Es evidente que la asignación de riesgos a la responsabilidad de una o de otra parte acabará interfiriendo en la estructura de costos del contrato de concesión o de APP. Después de todo, las partes envueltas en el contrato cobran para asumir riesgos, y esa fijación de precios variará conforme el riesgo sea asignado a una o a otra parte, una vez que las partes tienen capacidad y aptitud distintas para absorber riesgos o lidiar con las consecuencias de su materialización. De esta forma, la contratación será tanto más económica como los riesgos sean asignados a aquella parte que consigue absorberlos a costos más bajos. Por eso, la premisa económica fundamental que debe orientar la definición de la matriz de riesgos está en la asignación del riesgo a aquel que efectivamente cobrará menos para gestionarlo, pues eso contribuirá a la reducción de la suma de costos envueltos en la contratación.

Esa capacidad de gestión del riesgo envuelve tanto a su aptitud para la prevención del riesgo (la parte que tiene mejores condiciones para prevenirse del riesgo), como su condición para minimizar los perjuicios en la hipótesis de su materialización.

Un instrumento bastante utilizado para la prevención de riesgos es el seguro. La existencia de seguros en el mercado a costos accesibles para ciertos riesgos puede favorecer su asignación al socio privado.

Por otro lado, riesgos de los cuales el concesionario no tiene como protegerse (inclusive, por inexistir seguro disponible y accesible en el mercado) deben siempre ser retenidos por la Administración Pública.

## {7.3 COMPARTIENDO EL RIESGO DE DEMANDA (ESPECIALMENTE, EN PROYECTOS GREENFIELD)

El intercambio del riesgo de demanda (entre socio público y socio privado) ha sido una fórmula utilizada en muchos proyectos concesionarios. La finalidad del intercambio está en la división de

ganancias y perjuicios no esperados que pueden derivar de la variación de la demanda originariamente prevista. Funciona como un instrumento de protección de las partes en relación al riesgo

de ineficacia e inconsistencia de los estudios de demandas que acompañarán el programa de concesión o de APP.

El intercambio del riesgo de demanda gana relevancia en proyectos *greenfield*, cuando las estimativas de demandas adquieren márgenes de errores no despreciables, pues es siempre difícil estimar el nivel de utilización de infraestructuras inexistentes.

Las fórmulas de división de riesgos pueden ser variadas. Lo importante será encontrar bandas de variación de demanda que ofrezcan la seguridad

esperada por el concesionario (y por los inversores y financiadores del programa), evitando perjuicios acentuados derivados de niveles de demanda muy inferiores a los originariamente previstos (riesgo negativo), y también, por otro lado, ganancias extraordinarias y excesivas al concesionario derivados de niveles de demanda superlativos en relación a la estimativa (riesgo positivo). El intercambio de riesgo de demanda, por lo tanto, puede contribuir para la reducción de los costos de transacción, generándose economías para la contratación de concesión y de APP.

**FIGURA 8 - EJEMPLO DE MATRIZ DE RIESGOS**

Riesgo	Definición	Asignación	Consecuencia	Mitigación
Obras.	No atención al cronograma – modificación del proyecto bajo pedido del Socio Privado y entidades públicas – estimativa de costos y tiempos incorrectos – problemas geológicos (es posible prevenir riesgo geológico antes de la obra, solamente no puede ser prevista su extensión).	Privado.	Multas contractuales, término anticipado del contrato y exigencia de garantías.	<p>Selección del concesionario con plena capacidad de atender adecuadamente a todas las exigencias contractuales. Reglas y plazos para la presentación del proyecto básico previo a las obras, no objeción y presentación del proyecto "as built". Plazo para todo, inclusive sin objeción – definición del procedimiento. Pedido de cambio de proyecto del Socio Privado no genera reequilibrio contractual.</p> <p>Obras nuevas dan lugar al reequilibrio y aprobación del Poder Concedente (debe estar claro el procedimiento para tanto). La concesionaria es responsable por los estudios geológicos y geotécnicos.</p> <p>Las obras realizadas son por su cuenta y riesgo. Realización de estudios anteriormente a la licitación y a la visita al local del proyecto pueden mitigar el riesgo del aumento del costo del problema geológico, realizando la declaración de inspección del local.</p> <p>Revisión de la multa para el atraso de la obra.</p> <p>Garantía de la ejecución del contrato. Previsión del plan de seguros (Riesgos de Ingeniería, etc.) En la cláusula de obras dejar claro que deben ser seguidas las fechas de inicio y término.</p> <p>Se puede establecer la posibilidad de anticipación de las obras a título de evitar caso fortuito o fuerza mayor, pero nunca atrasadas.</p> <p>La alteración del cronograma de obras puede ser considerada una forma de reequilibrio.</p> <p>En el caso de eventos climáticos, no considerados como fuerza mayor, debe ser contratado un seguro por el socio privado.</p>
Disconformidad de la obra con la aprobación.	No conformidad de la obra (incluyendo los vicios ocultos) con las prescripciones del contrato.	Privado.	Atraso y costos asociados.	<p>Observancia al proyecto básico y al proyecto ejecutivo elaborados por la Concesionaria y en la forma aprobada por el Poder Concedente.</p> <p>Establecimiento de multas y penalidades.</p>
Problemas de liquidez financiera de obra.	Socio Privado presenta problemas de caja que imposibilitan la continuación de la obra.	Privado.	Multa <i>Step in rights</i> .	<p>Presentación del levantamiento de costos y origen de los recursos en la firma del Contrato de Concesión.</p> <p>Requisitos de habilitación e indicador financiero de desempeño.</p> <p>Previsión de multas.</p> <p>Cláusula para bonificar los buenos indicadores financieros.</p>

Riesgo	Definición	Asignación	Consecuencia	Mitigación
Atrasos para obtención de licencias (inclusive ambiental).	Atrasos para obtención de licencias por culpa del Privado.	Privado.	Multas contractuales, término anticipado del contrato y exigencia de garantías.	<p>El Poder Concedente podrá expedir la directriz para el licenciamiento ambiental del emprendimiento, en la forma de los reglamentos aplicables.</p> <p>Debe haber previsión contractual de la atención por la Concesionaria de las normas federales, estatales y municipales sobre licencias/autorizaciones al tiempo y modo.</p> <p>Exigencia de Garantía de Fiel Cumplimiento de Obligaciones Contractuales, multa y término anticipado del contrato.</p> <p>Independientemente del plazo establecido en ley para la concesión de licencia ambiental, la concesionaria debe protocolizar la documentación legal en el plazo mínimo de 180 días anteriores a la fecha de inicio de la obra, bien como comparecer a la inspección programada por los órganos ambientales.</p>
Error en la estimativa de los costos de construcción o de la duración de los trabajos, con aumento del precio de materiales esenciales/mano de obra.	Error en la estimativa de los costos de construcción o de la duración de los trabajos, con aumento del precio de materiales esenciales/mano de obra que generan aumento del costo, salvo aquellos que deriven directamente de cambios tributarios o políticas públicas.	Privado.	Costos adicionales. Atrasos y costos asociados.	<p>La responsabilidad del proyecto y de la obra es de la Concesionaria.</p> <p>Prever en el contrato que no habrá reequilibrio en tales casos.</p> <p>Prever el indicador del desarrollo de la obra.</p>
Atraso de la transferencia de la administración del servicio para la concesionaria.	Atrasos además de lo previsto en la entrega de las instalaciones existentes, generando costos.	Público.	Reequilibrio económico-financiero; Rescisión contractual.	<p>La transferencia del sistema deberá ocurrir en el momento de la firma del contrato, con la firma del término de recibimiento por la SPE.</p> <p>En caso de retraso superior a 1 año, hay posibilidad de rescisión.</p>
Atraso en el recibimiento de nuevas obras.	Atraso en el recibimiento de nuevas obras.	Público.	Aprobación tácita.	Se considerará aprobado durante el curso del plazo.
Errores esenciales en la construcción de la obra.	Error en la realización de las obras por parte de la Concesionaria, causando perjuicios debido a la reconstrucción total o parcial.	Privado.	Mala calidad en la prestación del servicio, multa, término anticipado del contrato y exigencia de garantías.	La responsabilidad del proyecto y de la obra es de la Concesionaria.
Alteración del Cronograma por el Poder Público.	Alteración en el cronograma de construcción de iniciativa del Poder Público.	Público.	Posibilidad de costos adicionales, reequilibrio económico-financiero.	Cláusula contractual de equilibrio económico-financiero del contrato.
Alteración del Cronograma por la Concesionaria.	Alteración en el cronograma de construcción de iniciativa de la Concesionaria.	Privado.	Posibilidad de costos adicionales.	<p>Los pedidos de anticipación del cronograma dependerán de la previa autorización del Poder Concedente.</p> <p>Posibilidad de aplicación de multas por atraso.</p>
Caso fortuito o fuerza mayor (posible seguro).	Eventos considerados caso fortuito o fuerza mayor que impidan la continuidad o la conclusión de la obra/servicio o el alcance del desempeño exigido.	Privado.	Pérdida o daños a los activos, pérdidas de las recetas, atraso en las obras y discontinuidad en la prestación de los servicios.	En determinados casos se puede contratar un seguro contra fuerza mayor y caso fortuito.
Caso fortuito o fuerza mayor (no asegurable o cuyo valor del premio sea incompatible con el flujo de caja del proyecto).	Eventos considerados caso fortuito o fuerza mayor que impidan la continuidad o la conclusión de la obra/servicio o el desempeño exigido.	Público.	Pérdida o daños a los activos, pérdidas de las recetas, atraso en las obras y discontinuidad en la prestación de los servicios.	En los casos en los que no sea posible contratar (en Brasil) seguros en bases razonables (sin comprometer el plan de negocios), el riesgo quedará a cargo del Poder Público, por medio de la recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato.

FUENTE: Esquema simplificado de asignación de riesgos de construcción en APPS, extraído del Manual de estandarización de Reglas clave de Asociaciones Público Privadas del Gobierno del Estado de Minas Gerais. (<http://ppp.mg.gov.br/manual/livro.htm>)



## ▶ 8. GARANTÍAS

## {8.1 GARANTÍAS PÚBLICAS Y GARANTÍAS PRIVADAS

Los contratos de concesión y de APP exigirán, en todos los casos, garantías y seguros del concesionario en relación al cumplimiento de ciertos encargos. El tema ha sido, inclusive, objeto de reglamentación por las agencias reguladoras.

Siempre que el objeto de la concesión envuelva la ejecución de obra, serán exigibles garantías para esa parte específica, limitada al valor de la obra. Además de eso, será habitual la exigencia de seguros diversos, con vistas a proteger al poder concedente en cuanto a los riesgos envueltos en la ejecución de la concesión o de la APP (por ejemplo: seguro de rendimiento – “*performance bond*”, seguro de responsabilidad civil para riesgos de obras de ingeniería, seguro de responsabilidad civil para riesgos operacionales etc). Hay modalidades variadas de seguros que pueden ser exigidos en los programas concesionarios, lo que dependerá de la naturaleza de las prestaciones envueltas en el objeto de la concesión.

Además de las garantías a ser prestadas por el concesionario, los contratos de APP pueden prever garantía pública, estructurada por el socio público con vistas a proteger al socio privado en relación al pago de las contraprestaciones públicas (y de otros créditos originados de la concesión). La garantía pública podrá ser prestada bajo diversas modali-

dades de garantía, tal como se señala más adelante.

Todas las garantías públicas, así como los hechos que darán lugar a su ejecución por el concesionario, deben de estar indicados y descritos suficientemente en el contrato de APP.

Según la legislación (inciso VI del art. 5º de la Ley 11.079/2004), los contratos de APP deberán prever los hechos que caractericen la insolvencia pecuniaria del socio público, los modos y el plazo de regularización y, cuando la hubiera, la forma de accionamiento. El contrato deberá contener, por lo tanto, no solo la descripción objetiva de las conductas que caracterizan la insolvencia pecuniaria del socio público, sino que deberá definir el momento en que la garantía podrá ser accionada y los procedimientos que deberán regir su accionamiento.

Nótese que no solo el cumplimiento de las contraprestaciones públicas puede ser asignado por la garantía pública, sino también otras obligaciones que pueden ser imputables al Poder Concedente, como el pago de indemnizaciones derivadas de la materialización de riesgos que fueron asignados bajo su responsabilidad, de la extinción anticipada del contrato por expropiación, entre otras causas.

## {8.2 MODALIDADES DE GARANTÍA PÚBLICA

La legislación previó algunas modalidades de garantía pública, como son: (i) vinculación de recetas (observada la imposibilidad de vinculación de recetas de naturaleza tributaria, así como la inembargabilidad de la renta pública); (ii) institución o utilización de fondos especiales previstos en ley; (iii) contratación de seguro-garantía con las compañías aseguradoras que no sean controladas por el Poder Público; (iv) garantía prestada por organismos internacionales o instituciones financieras que no sean controladas por el Poder Público; (v) garantías prestadas por fondo garantizador o empresa estatal creada para esa finalidad; y (vi) otros mecanismos admitidos por ley. Ese rol no es limitativo o exhaustivo, solo apenas ejemplificativo. Es perfectamente posible que otras modalidades de garantías sean utilizadas por la Administración en contratos de APP.

Una forma de garantía que viene siendo bastante utilizada para la estructuración de programas de APP es el fondo garantizador o empresa garantizadora. Cuando son utilizados para ese fin, estos entes deberán poseer activos suficientes (transferidos, por ejemplo, de la Administración y de sus entidades) para garantizar los contratos de APP. Cuando se trate de un fondo garantizador, este deberá poseer personalidad jurídica (de derecho privado), lo que significa que podrá estar sujeto a derechos y obligaciones – diversamente de un fondo meramente financiero, que no posee esa condición. El objetivo de dotar el fondo de personalidad jurídica está en permitir que

asuma en su nombre - como garante - las obligaciones contraídas por la Administración Pública (directa) en los contratos de APP. Si así fuera, en la hipótesis de incumplimiento de la Administración Pública, el concesionario (SPE) podrá accionar directamente el fondo, sin necesidad de someterse, por ejemplo, a la sistemática de rogatorios para pago de eventual crédito reconocido judicialmente contra la Administración Pública. Vale la pena recordar que, en virtud de nuestro régimen constitucional, todos los entes que posean personalidad de derecho público (las personas de la Unión, del Distrito Federal, de los estados y de los municipios, y sus respectivas autoridades) estarán sometidos al régimen de rogatorios. Debido a eso, los créditos reconocidos judicialmente contra esas Administraciones acaban teniendo que someterse a ese procedimiento. Esa condición favorece la ampliación de los costos de transacción, pues retarda el recibimiento de créditos de particulares en el caso de la Administración. Precisamente para evitar ese problema el legislador previó la hipótesis de fondos o empresas estatales que funcionen como agentes garantizadores. En el caso de que el fondo posea personalidad jurídica de derecho privado, podrá ser demandado directamente por el concesionario en los moldes de una ejecución civil, evitándose el régimen de los rogatorios. La Unión, así como diversos estados y municipios estructuraron fondos garantizadores para esos fines (en el caso federal, existe el FGP – Fondo

Garantizador de APPs, instituido por la Ley 11.079/-2004, así como el FGIE – Fondo Garantizador de Infraestructura, administrado por la ABGF – Agencia Brasileña Gestora de Fondos Garantizadores y Garantías).

La estructuración de las garantías públicas en contratos de APP, como regla, envolverá múltiples modalidades de garantías, dependiendo de las caracterís-

ticas del proyecto (la reserva, en cuenta garantía, de recursos destacados de transferencias enderezadas a las Administraciones o el empeño sobre títulos de crédito son otros ejemplos). Lo relevante es que la garantía pública sea eficaz y tenga la liquidez suficiente para proteger al socio privado en relación a los riesgos de incumplimiento del socio público.

## {8.3 RELEVANCIA DE LA GARANTÍA PÚBLICA Y SU IMPACTO EN LOS COSTOS FINANCIEROS DE LA APP

Las garantías públicas poseen un papel relevante en la estructuración de programas de concesión y APP. Recuérdese que la contratación con la Administración Pública siempre fue marcada por altos costos de transacción, fruto no solo de ciertas peculiaridades de su régimen jurídico (el régimen de pago de créditos públicos, así llamado sistema de rogatorios, por ejemplo), como de la situación de su deuda contractual. De esta forma, para que fuese viable atraer inversiones privadas para el segmento de infraestructura, bajo el modelo de APP, era necesario proteger al socio privado en relación al riesgo de incumplimiento público, mediante la integración de garantías públicas en los contratos de APP. De ahí que la Ley General de APP ha previsto de forma expresa (y hasta entonces inédita para contratos administrativos) esa posibilidad.

Es evidente, por lo tanto, que la calidad y la eficacia de la garantía pública impactarán el costo financiero de la APP. El cuidado que las Administraciones

Públicas deben tener con la estructuración de garantías adecuadas para los programas de APP refleja la preocupación con la reducción de su costo financiero, generándose economías al usuario y a la sociedad. Después de todo, cuanto menores sean los riesgos jurídicos envueltos en el programa, tanto menor será el costo de financiamiento. Las instituciones financiadoras necesariamente considerarán las modalidades, la liquidez y la eficacia de la garantía pública integrada en la APP con el fin de definir las tasas de financiamiento.

Aunque sea correcto afirmar que las garantías públicas generan, en todos los casos, la reducción de los costos financieros al programa, ni siempre serán factibles. En un escenario de escasez de activos públicos disponibles y adecuados para componer garantías eficaces para hacer frente al conjunto de asociaciones deseadas – lo que se verifica principalmente en realidad de estados y municipios -, puede ser conveniente la opción por estructuras que eviten

la concentración de inversiones en obras y activos (CAPEX) en el inicio de la ejecución de la APP, diluyéndose, tanto como sea posible, esas inversiones a lo largo del período de ejecución del contrato. En el mismo sentido, la celebración de contratos de APP por personas administrativas con personalidad jurídica de derecho privado, alternativamente a la cele-

bración por la Administración directa, cuando es posible, elimina el riesgo de sumisión al régimen de rogatorios en hipótesis de cobranza de crédito judicialmente constituido contra la Administración. Esas medidas son aptas a reducir la exposición del capital privado a riesgos, mejorando las condiciones para el financiamiento del proyecto.

## {8.4 ¿CUÁLES SON LAS GARANTÍAS AL AGENTE FINANCIADOR?

Tanto la legislación de APP como la de concesión previeron mecanismos dirigidos a proteger a los agentes financiadores en relación a los riesgos de incumplimiento por el socio privado de las obligaciones de financiamiento.

Uno de esos mecanismos es el llamado “*step in right*” (también tratado en el ítem 10.5). Se trata de la posibilidad de que el agente financiador asuma el control o la *administración temporal* de la SPE en casos de incumplimiento del financiamiento. El “*step in*” tiene el objetivo de reestructurar financieramente la concesión y asegurar la continuidad de la prestación del servicio, conforme se examina más adelante.

El control de la SPE se caracteriza, en los términos de la legislación, como la propiedad resoluble de acciones o cuotas por sus financiadores y garantizadores que atiendan los requisitos de la ley que disciplina las sociedades por acciones (Ley 6.404/76). Ya aquello que se llamó de administración temporal de la SPE por sus financiadores y garantizadores se dará

cuando, sin la transferencia de la propiedad de acciones o cuotas, fueran otorgados determinados poderes que les garanticen la toma de decisiones estratégicas, como definido en la legislación.

Además del “*step in*”, la legislación de APP admitió la posibilidad de emisión de empeño en nombre de los financiadores del proyecto en relación a las obligaciones pecuniarias de la Administración Pública, así como la posibilidad de que los financiadores del proyecto reciban indemnizaciones por extinción anticipada del contrato, bien como pagos efectuados por los fondos y empresas estatales garantizadores de asociaciones público privadas. La emisión de empeño directamente en nombre del financiador se constituye en una garantía relevante al “*project finance*”, pues transforma las recetas oriundas de la concesión en vía de pago directo al financiador o le permite gestionar directamente esos recursos para su enderezamiento a las cuentas vinculadas que integran la estructura de financiamiento.





## 9. PROCEDIMIENTO DE MANIFESTACIÓN DE INTERÉS (PMI)

## {9.1 ¿LO QUÉ ES Y CÓMO FUNCIONA EL PMI?

El PMI es un procedimiento por medio del cual la Administración Pública obtiene de la iniciativa privada estudios, proyectos y levantamientos con vistas a preparar el futuro programa de concesión o APP. Se trata de un expediente que viene siendo utilizado como un paso previo para la estructuración de concesiones y APP, a veces provocado por la iniciativa privada, a veces desencadenado por la propia Administración Pública.

El PMI tanto puede originarse de solicitud pública – acto que instala un llamamiento público para que personas de la iniciativa privada puedan presentar estudios, proyectos, levantamientos, investigaciones etc, como puede – en algunos casos, dependiendo de la reglamentación local – derivar de manifestación espontánea e independiente de particulares – hipótesis en que, dependiendo de la reglamentación, su tramitación subsiguiente exigirá un llamamiento público, con vistas a comunicar publicidad y asegurar la oportunidad de que otros interesados manifiesten proposiciones equivalentes.

Eso permite hablar en **PMI espontáneo**, que se formaliza por solicitud de la Administración, y **PMI provocado**, que nace de una manifestación de la iniciativa privada (también llamada de Propuestas No Solicitadas – PNS – “Unsolicited Proposals”). La legislación nacional no disciplinó aspectos más específicos del PMI, quedando su reglamentación a la cuenta de las leyes regionales y locales y de sus respectivos reglamentos. Además de la Unión, que editó el Decreto nº 8.428/2015 para ese fin, buena parte de los estados y municipios ya poseen reglamento acerca del PMI. Es el caso, por ejemplo, de los Estados de Minas Gerais (Decreto 44.565/07), Ceará (Decreto 30.328/10), Rio de Janeiro (Decreto 43.277/11), Bahia (Decreto 12.653/11, alterado por el Decreto 12.679/11), Espírito Santo (Decreto 2.889/11, alterado por el Decreto 2.889-R); São Paulo (Decreto 61.371/15), Paraná (Decreto 6.823 /12), Santa Catarina (Decreto 962/12), entre otros.

## {9.2 PROCESAMIENTO DEL PMI

Por el hecho de no existir en la legislación nacional disciplina específica sobre el PMI, su procesa-

miento viene siendo regulado por las órdenes regionales o locales. De eso deriva que no hay un único

modelo de PMI, lo que dificulta el examen sobre su estructura y procesamiento. En todo caso, es posible identificar algunas características comunes en los modelos de PMIs que vienen siendo personalizados por estados y municipios, como explicitado más adelante.

Desde el punto de vista de su estructura procedimental, el PMI comprende las fases de (i) divulgación de la solicitud y llamamiento de contribuciones de particulares; (ii) análisis de las contribuciones y definición del proyecto seleccionado; e (iii) incorporación y aprovechamiento de la contribución, con la definición del resarcimiento del particular por la transferencia de los derechos sobre el proyecto. En el caso de que tenga éxito, el PMI servirá para instruir la preparación subsiguientemente de un proceso de licitación de APP o de concesión, del cual el autor del proyecto podrá, por regla general, participar.

En el caso de que la reglamentación no cree prohibición de esa orden, será perfectamente posible, por lo tanto, que el autor del proyecto producido en el ámbito de PMI dispute la licitación derivada. Tal posibilidad deriva de la legislación nacional (art. 31, Ley 9.074/95).

Por regla general, el PMI no creará ninguna obli-

gación para la Administración interesada hasta que se formalice el acto de elección y homologación de la contribución proveída y autorizada por el interesado privado. En esta hipótesis, y ante el aprovechamiento (parcial o total) de la contribución para instruir o preparar el proceso de contratación de la APP o de la concesión, se crea la obligación de resarcimiento al socio privado a ser proveído o por la Administración o por el licitante vencedor de la licitación que genere la contratación de APP, desde que haya asumido un compromiso de resarcimiento correspondiente exigido con la convocatoria de licitación. Tales definiciones dependerán del modo como el PMI esté reglamentado en cada Administración, en la respectiva esfera federada.

Aunque el modelo que históricamente ha sido adoptado por las reglamentaciones regionales o locales sea el de permitir la participación de múltiples interesados, que pueden adquirir la condición de autorizadores para el desarrollo de estudios y proyectos en el ámbito del PMI, algunos reglamentos más recientes ya han admitido que la autorización sea hecha en favor de una única empresa, previéndose, de ahí, la restricción de su participación en el proceso de licitación subsiguiente.

## {9.3 CONDICIONES PARA EL DESENCADENAMIENTO DEL PMI

El desarrollo de un PMI depende, en primer lugar, de la preexistencia de un cuadro institucional y regulador adecuado, dotado de estabilidad y previsibili-

dad. La Administración Pública deberá haber instituido su legislación sobre las condiciones para la instauración y el procesamiento del PMI.

Esa disciplina tanto puede derivar de una ley como de actos alegales. Viene siendo común que los entes federados editen sus leyes sobre concesión y APP, reglamentando el PMI a través de la edición de decretos. Esos actos normativos tienen el cuidado de definir la estructura por la cual tramitará el PMI, así como establecer sus modalidades y la disciplina para la proposición, procesamiento y juzgamiento.

En segundo lugar, es altamente recomendable que el PMI surja como una consecuencia de la planificación administrativa. El riesgo de ineficacia del PMI está directamente asociado a su desarrollo autónomo e independiente de una previa planificación administrativa. La propia decisión administrativa en recurrir a esa especie de procedimiento, alternativa-mente a la producción de estudios por los propios

servidores públicos o por medio de la contratación de consultoría externa, debe estar lastrada en evaluaciones armonizadas con la planificación administrativa.

Finalmente, la Administración Pública necesita estar debidamente capacitada (ya sea a través de sus cuadros propios, ya sea por medio de consultoría externa) para analizar los estudios, levantamientos y proyectos que pueden ser producidos y presentados por la iniciativa privada en el ámbito del PMI. La preparación técnica de las Administraciones para interactuar con los interesados (y autorizadores) acerca de la consistencia técnica y financiera de las soluciones propuestas es una condición que minimiza el riesgo de captura del interés público por el interés privado.

## FIGURA 9 - ESQUEMA PMI POR SOLICITACIÓN

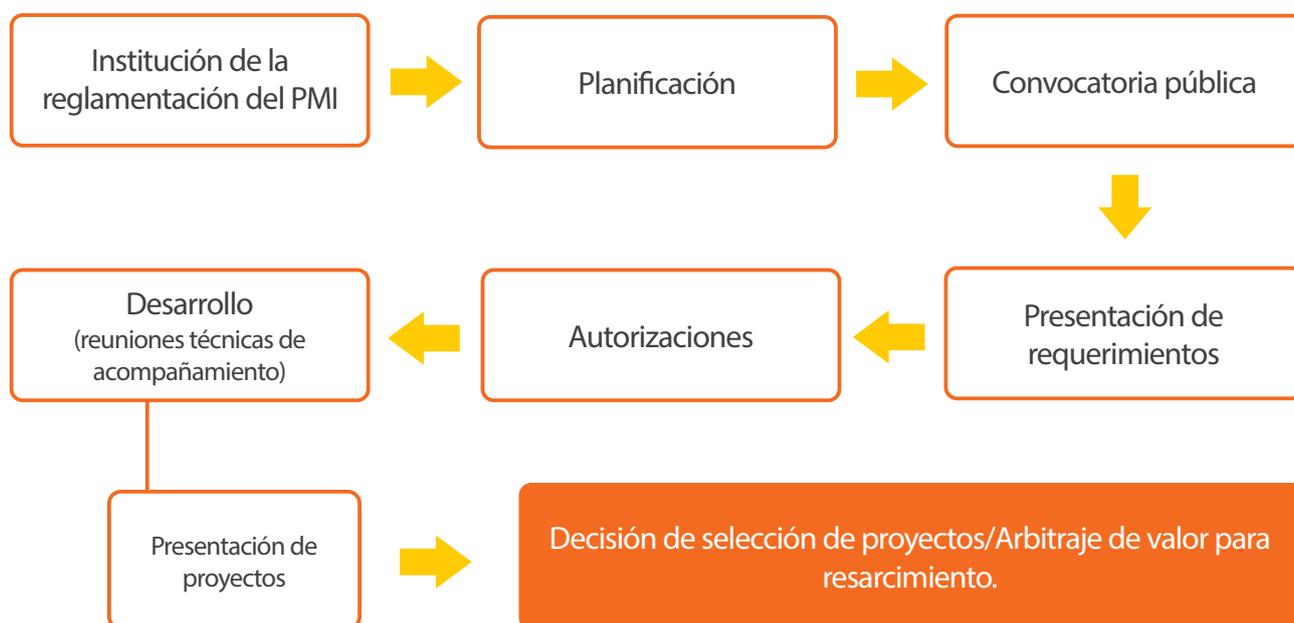
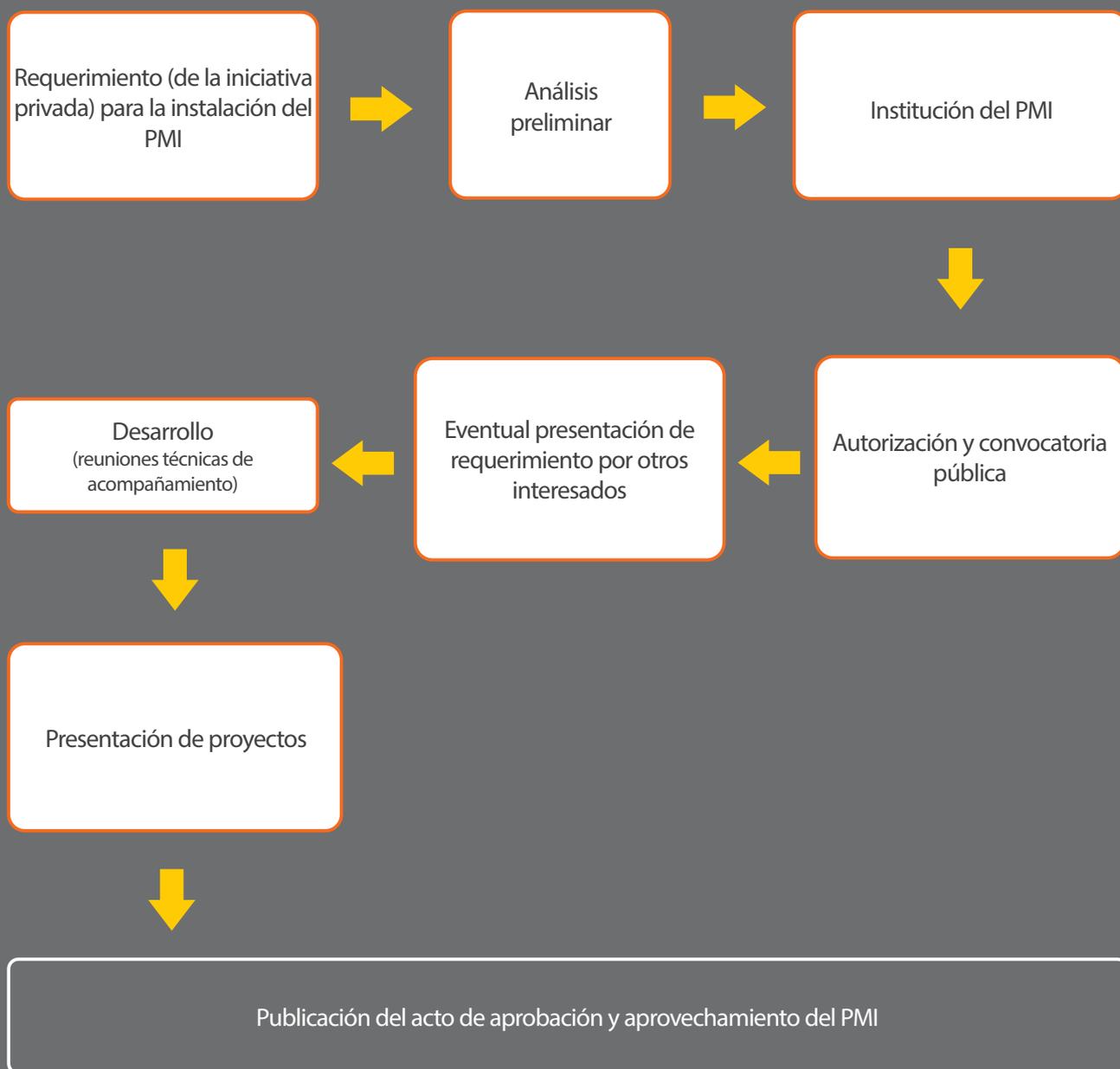


FIGURA 10 - ESQUEMA PMI PROVOCADO (MIP)







▶ 10. SOCIEDAD DE PROPÓSITO  
ESPECÍFICO (SPE)

## {10.1 CONSTITUCIÓN DE SPE PARA LA EJECUCIÓN DE LA CONCESIÓN O APP

La legislación que disciplina las concesiones comunes permite - aunque no exige - que la convocatoria de licitación condicione la formalización del contrato de concesión a la constitución, por la empresa vencedora del certamen, de una Sociedad de Propósito Específico (SPE) dirigida a la ejecución de la concesión. La SPE será una sociedad creada específica y exclusivamente para gestionar la concesión, evitándose que otros negocios de la empresa puedan contaminar su ejecución.

Ya el régimen de las asociaciones público privadas fue más allá e instituyó la obligación para que el licitante declarado vencedor en el certamen licitatorio constituya una Sociedad de Propósito Específico (SPE) para la celebración y ejecución del contrato de APP.

El objetivo de esta exigencia de la ley es, como se dijo, garantizar que la APP sea gestionada por una empresa exclusivamente creada para ese fin, dissociándose de la SPE los demás negocios y emprendimientos de la empresa o del grupo de empresas vencedor de la licitación. Esa segregación compete para librar la gestión del servicio público y de la APP de los riesgos que puedan ser generados por el involucramiento de la concesionaria con otros negocios, mejorar las condiciones de gobernanza y facilitar el control de inspección que el poder concedente debe ejercer sobre la SPE. Además de eso, al dissociarse los riesgos del negocio concesión de aquellos inherentes a los demás negocios y emprendimientos del concesionario, la constitución de la SPE acaba por mejorar las condiciones de financiamiento para la ejecución de la APP.

## {10.2 ASPECTOS SOCIETARIOS

No hay en el derecho brasileño una indicación directa sobre la forma jurídica a ser adoptada por la SPE ni un reglamento específico sobre su dinámica societaria. Se abre, con eso, la posibilidad de que la Sociedad de Propósito Específico venga a ser constituida bajo cualquiera de los tipos societarios dispo-

nibles en el sistema legal brasileño. Es habitual, sin embargo, que la SPE adopte la forma de sociedad anónima, lo que le permite abrir capital en bolsa, obteniéndose el autofinanciamiento en el mercado de capitales (alternativamente al financiamiento obtenido junto al mercado financiero).

Para que una sociedad sea considerada una SPE es necesario que el objeto social sea precisamente determinado e individualizado, coincidente con el objeto más extenso de la concesión. Además de eso, la duración de la SPE debe estar estrictamente relacionada con la ejecución del objeto social (ejecución de los objetos inherentes a la concesión o APP), una vez que, agotadas las actividades sociales, la SPE

debe encaminarse para la disolución.

Esta es una diferencia marcante de la SPE en relación a las demás sociedades. Las empresas son generalmente constituídas para perpetuar sus actividades en el tiempo - esa es la esencia del pensamiento empresarial. Ya las SPEs tienden a extinguirse después de la ejecución de su objeto social.

## {10.3 CAPITAL SOCIAL MÍNIMO E INTEGRALIZACIÓN

Es raro encontrar en la legislación empresarial la determinación de capital mínimo para las sociedades empresariales, habiendo apenas la indicación de que el capital social debe ser acorde con la actividad a ser ejecutada. Sin embargo, es habitual - y perfectamente viable - que convocatorias de licitación para concesión y APP exijan que las SPEs

adquieran un cierto capital social mínimo. Es común también que el acto convocatorio de la licitación discipline la sistemática de integralización del capital hasta alcanzarse cierto nivel. Exigencias y condicionamientos de esta orden están relacionados con la suficiencia de capacidad económico-financiera de la SPE para la ejecución de la concesión o de la APP.

## {10.4 ALTERACIÓN DEL CONTROL EN LA SPE

El control de la SPE será ejercido por la empresa (o por las empresas constituyentes del consorcio) vencedora de la licitación, siendo que, por regla general, cualquier alteración en su control societario debe ser aceptada por la Administración Pública. Esa limitación para la alteración del control deriva de las

peculiaridades del régimen de derecho público que orienta la ejecución de las concesiones y de las APPs. Precisamente porque las empresas controladoras y constituyentes de la SPE fueron aquellas que vencieron la disputa de la licitación, su sustitución debe garantizar que el nuevo controlador atienda a las

condiciones de la habilitación de la licitación. De lo contrario, estaría abierta la puerta para frustrar los objetivos de la licitación mediante la libre sustitución de las empresas constituyentes de la SPE. Después de todo, la SPE es el resultado de un proceso de selección hecho por medio de licitación, de modo que los participantes tuvieron que demostrar la atención a los diversos criterios estipulados por la Administración. Posteriormente, una alteración del control de la SPE debe pasar por la verificación de la equivalencia técnica, jurídica y económico-financiera del socio recién llegado. Por ello, para la

alteración del control de la SPE, no basta la atención al régimen societario específico, pero es necesario verificar la atención a los requisitos de habilitación de la licitación que generó la contratación de la concesión o de la APP. La transferencia de acciones tiene un trato relativamente libre en las sociedades anónimas, pero la cuestión pasa a ser más rigurosamente tratada por el régimen de la APP, en la medida en que cualquier alteración en el control accionario de la SPE requiere anuencia previa de la Administración Pública (semejante a lo que ocurre en las transferencias de cotas sociales en las sociedades limitadas).

## {10.5 STEP IN RIGHT

La legislación de las concesiones y de las APPs acogió el llamado *"step in right"*. Se trata de la posibilidad de que la institución financiadora del proyecto asuma el control (o la administración temporal) de la SPE en la hipótesis de incumplimiento de las obligaciones derivadas del financiamiento. Es decir: en un escenario de incumplimiento del concesionario en relación a las obligaciones de financiamiento que fueron contraídas por él junto a la institución financiera, esta podrá asumir el control de la SPE, con vistas a su reestructuración financiera. El *"step in right"* funciona como un mecanismo para proteger al financiador en relación a esos riesgos, asegurándose la continuidad de la SPE y de la ejecución de la concesión. El tema fue tratado antes en el ítem 8.4.

El *"step in right"* cumple dos papeles relevantes.

Por un lado, refuerza las garantías de los agentes financiadores del proyecto de concesión o APP, liberando el costo del financiamiento. Minimizar el riesgo del financiador compete para la reducción de los costos de financiamiento, reduciendo los costos de transacción en el contrato de concesión o APP. Posteriormente, y por ello, es deseable que los contratos de concesión y APP prevean el *"step in right"*, especificando todas las propuestas y condiciones para que pueda ser ejercitado por el agente financiador.

Por otro lado, el *"step in right"* es apto también a asegurar la continuidad de la concesión o de la APP. Se trata de una vía para permitir la reestructuración de la SPE encargada de la concesión, con el objetivo de asegurar la continuidad de la prestación de los

servicios. Por eso también el *“step in right”* acaba trascendiendo el interés del financiador, funcionando como una garantía para la propia Administración Pública.

Para el ejercicio del *“step in”*, la legislación exige que los financiadores recién llegados en el control de la SPE atiendan los requisitos de regularidad jurídica y fiscal exigidos en la licitación, pudiendo el poder concedente dispensar o modificar las exigencias de calificación técnica o de calificación económico-financiera. Tiene mucho sentido la dispensa de la atención a esos requisitos y condicionantes, una vez que el *“step in right”* no significa una transferencia ordinaria de la concesión por conveniencia de la concesionaria, sino una hipótesis de cesión de control – o de la administración temporal - a una institución o empresa que tiene la condición de financiadora del proyecto. Está relacionado con la reestructuración de la concesión y de la APP y, en este sentido, tiene relevancia para el interés colectivo y de la Administración Pública. Además de eso, vale la pena notar que la asunción del control de la SPE será temporal y provisional, destinada apenas a posibilitar la reestructuración financiera de la concesión. Eso porque los agentes financiadores no serán, por regla general, entidades especializadas en la operación de una concesión o APP. La asunción del control o de la administración temporal, por eso, será siempre excepcional. Debido a esto, es conveniente que los contratos de concesión y de APP prevean el *“step out”*, o sea: los procedimientos y condiciones para que el controlador provisional sea sucedido por un operador especializado. El *“step out”* significará una nueva transferencia del control a un operador espe-

cializado, este sí dotado de todas las condiciones de habilitación para gestionar la concesión por todo su plazo restante.

Nótese que la legislación no trajo de modo más específico los procedimientos, propuestas y condicionamientos para el ejercicio del *“step in”* o del *“step out”*. Esta disciplina quedará a cuenta del contrato de concesión o de APP. Es muy importante, sin embargo, que todos estos condicionamientos estén detalladamente descritos en el plan del contrato, evitándose omisiones y oscuridades en relación a eso, pues se trata de un tema con fuerte impacto en los costos financieros de la concesión o de la APP. Nuevamente se destaca que garantías como esa compiten para reducir el costo de financiamiento, generándose beneficios para la Administración Pública y para los usuarios del servicio.

Será necesario, como ya se dijo, que la administración pública formalice su anuencia para el ejercicio de ese derecho por el agente financiador. Pero eso no significa que la posibilidad del *“step in”* esté condicionada a un análisis discrecional del administrador. Las condiciones y los requisitos para el ejercicio de ese derecho estarán descritos en el contrato de concesión o de APP, siendo que la autorización y la anuencia de la Administración dependerán de la atención a aquellos requisitos. Se dice que la competencia administrativa, en este caso, es de naturaleza vinculada y no discrecional. Es decir: desde que estén presentes las condiciones y los requisitos, no corresponde a la Administración recusarse a aceptar o autorizar el ejercicio de la asunción del control por el agente financiador.



## ▶ 11. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

## {11.1 MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN LAS CONCESIONES Y APPS

La legislación nacional autorizó la previsión de modo amigable para la solución de divergencias contractuales tanto para la concesión como para la APP, lo que hace referencia al tema de la mediación y del arbitraje.

Cuando está prevista en el contrato de concesión o APP, la mediación viene siendo utilizada como forma de solución de controversias puntuales asociada a temas específicos, generalmente realizada por medio de un perito o de comisión técnica indicada en el contrato. Es común que muchas definiciones futuras alusivas a la ejecución o extinción de la concesión dependan de decisiones consensuales previstas en el contrato. Para hipótesis así, un eventual “impasse” podrá ser superado por medio de la mediación, establecida en contrato como un mecanismo para superar divergencias y permitir que tales definiciones sean establecidas sin que la controversia se extienda para otros foros. Relativamente a la posición del poder concedente, será viable la adopción de la mediación para la parcela de derechos y obligaciones que se insieran en el ámbito de la disponibilidad de intereses, tal como pasa en relación al arbitraje. Diversamente del arbitraje, sin embargo, la decisión de un mediador no substituye la decisión judicial, pudiendo ser discutida posteriormente en juicio.

La Ley 8.987/95 admitió también el arbitraje como método para solucionar conflictos derivados de la ejecución de la concesión entre concesionario

y poder concedente. Los beneficios del arbitraje comparativamente al modo convencional de resolución de litigios ante el Poder Judicial son muchos. Su mayor ventaja reside en dotar de mayor celeridad y efectividad al proceso, generando, consecuentemente, economías importantes para las partes – inclusive, para el poder concedente y para los usuarios del servicio público. La especialización de los árbitros es otro aspecto que podrá competir para imprimir mayor calidad al juzgamiento.

Además de eso, la presencia de cláusula arbitral en las minutas de contratos de concesión es apta a reducir los costos de transacción al proceso de contratación de la concesión, promoviendo la exoneración de las ofertas que son manifestadas en los procesos de licitación.

Por consiguiente, es deseable que el arbitraje figure como modo de resolución de conflictos en las minutas de contratos de concesión y APP. No obstante, aún hay mucha resistencia por las Administraciones a la adopción del arbitraje. El principal óbice jurídico que viene siendo afirmado es la inviabilidad en la utilización de la hipótesis para la discusión de cuestiones o derechos indisponibles (debido a la restricción establecida en la propia legislación de arbitraje). Y se torna aún más eventual ante una ampliación de la noción de indisponibilidad que comúnmente es operada para el examen del problema.

Recuérdese que la concesión es un contrato que se podría decir híbrido. Envuelve aspectos estatutarios o reglamentarios y otros de índole típicamente contractual. A partir de ese contrapunto, sería posible afirmar que todas las cuestiones que versan sobre los aspectos contractuales de la concesión serán perfectamente pasibles del compromiso arbitral; diversamente, los temas relativos a la parcela reglamentaria o estatutaria tendrían que ser controvertidos en la esfera del Poder Judicial.

En la tentativa de delimitar mejor esa división temática, sería posible afirmar que el arbitraje será perfectamente posible y viable para resolver litigios que versen sobre: (i) cuestiones fácticas; (ii) cuestiones de índole técnica, inclusive aquellas que sean pasibles de evaluación por peritos; (iii) cuestiones derivadas del contenido del contrato de concesión que no versen sobre derechos indisponibles; (iv) controversias acerca de la matriz de riesgos establecida en contrato; (v) cuestiones asociadas a la atención por el concesionario de los niveles de servicios definidos en contrato; (vi) restablecimiento de la ecuación económico-financiera de la concesión; (vii) cláusulas económico-financiera del contrato de concesión; (viii) indemnizaciones debidas al concesionario o al poder concedente; (ix) cuestiones asociadas a la extinción de la concesión, especialmente aquellas relativas a la rescisión consensual, exceptuadas otras relacionadas con prerrogativas estatales.

No será viable, por otro lado, someter al arbitraje discusiones acerca del ejercicio de prerrogativas administrativas, como la intervención, la expropia-

ción y la caducidad, así como las manifestaciones administrativas de inspección y de alteración en el contenido de la concesión. Así también, cuestiones asociadas a la nulidad de la concesión (o de la licitación que le dio origen) tampoco serán pasibles de ser controvertidas por la vía del arbitraje.

Está claro que esa delimitación temática no es suficiente para orientar, en todos los casos, la definición de la cabida del arbitraje. Después de todo, esa definición dependerá de los límites temáticos que caracterizan el litigio en el caso concreto. Así, y por ejemplo, la controversia sobre la evaluación y la valoración que el poder concedente hace ciertamente (falta del concesionario) con vistas a decretar la intervención o la caducidad en la concesión no parece susceptible de ser juzgada por arbitraje. Pero si la discusión versa sobre la desatención por el concesionario de estándares mínimos de servicio establecidos en el contrato de concesión, como causa referida por el poder concedente para el decreto de la intervención o de la caducidad, será perfectamente susceptible al tribunal arbitral. Después de todo, la controversia sobre hechos o evaluaciones de índole técnica envolviendo la conducta del concesionario no es reacia al arbitraje, inclusive por el no involucramiento de derechos indisponibles.

Sea como fuere, lo importante es que la cultura del arbitraje sea de una vez por todas incorporada a la experiencia brasileña con contratos administrativos. En tiempos de busca por mayor eficiencia, la substitución del Poder Judicial por el Tribunal Arbitral será un importante avance.

## FIGURA 11 - PRINCIPALES LEYES ESTATALES DE APP\*

### AMAZONAS

**Ley 3.322, de 22 de diciembre de 2008.** Crea el Fondo de Asociaciones Público Privadas del Estado de Amazonas, y establece otras providencias. ("Unidad Gestora del Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas").

**Ley 3.363, de diciembre de 2008.** Dispone sobre el Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas, y da otras providencias.

**Ley 3.716, de febrero de 2012.** Altera en la forma que especifica la Ley n° 3322, de 22 de diciembre de 2008, que "crea el Fondo de Asociaciones Público Privadas del Estado de Amazonas, y establece otras providencias". ("Unidad Gestora del Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas").

**Ley 3.879, de mayo de 2013.** Altera en la forma que especifica la Ley n° 3322, de 22 de diciembre de 2008, que "crea el Fondo de Asociaciones Público Privadas del Estado de Amazonas, y establece otras providencias". ("Unidad Gestora del Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas").

**Decreto 659, de mayo de 2012.** Aprueba los nombres indicados para componer el Consejo Gestor del Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas del Estado de Amazonas. ("Unidad Gestora del Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas").

**Decreto 31756, de 11 de noviembre de 2011.** Dispone sobre la aprobación del Reglamento del Consejo Gestor y de la Unidad Gestora del Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas del Estado de Amazonas. ("Unidad Gestora del Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas").

**Ley 3902, de 17 de julio de 2013.** Altera dispositivos de la Ley n° 3.322, de 22 de diciembre de 2008, y autoriza la transferencia de parcela de los recursos financieros oriundos del fondo de participación de los Estados y del Distrito Federal (FPE) al Fondo de Asociaciones Público Privadas del Estado de Amazonas.

### BAHIA

**Ley n° 12.604, de 14 de diciembre de 2012.**

**Ley n° 12.610, de 27 de diciembre de 2012.** Autoriza al Poder Ejecutivo a crear el Fondo Garantizador Baiano de Asociaciones – FGBP.

**Decreto n° 12.653 de 28/02/2011.** Reglamenta el Procedimiento de Manifestación de Interés en proyectos de asociaciones público privadas, en las modalidades patrocinada o administrativa, y en proyectos de concesión común y permisión, en el ámbito de los órganos y entidades de la Administración Pública Estatal.

**Decreto n° 9.322, de 31 de enero de 2005.** Dispone sobre la asignación, en depósitos especiales, remunerados, de recursos de las disponibilidades financieras del Fondo de Amparo al Trabajador – FAT.

**Ley n° 11.477, de 1 de julio de 2009.** Autoriza la transferencia de parcela de los recursos financieros oriundos del Fondo de Participación de los Estados y del Distrito Federal (FPE), destinados al Estado de Bahia, la DESENBHIA – Agencia de Fomento del Estado de Bahia S.A., para fines de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado de Bahia y entidades de su administración indirecta en contratos de asociación público privada, en los términos del art. 16, inciso II, de la Ley Estatal n° 9.290, de 27 de diciembre de 2004, y da otras providencias.

**Decreto N° 11.724 de 22 de septiembre de 2009.**

**Ley N° 11.620 de 14 de diciembre de 2009.**

**Resolución SEFAZ N° 139 de 26 de mayo de 2010.** Define reglas para el pago de las obligaciones contraídas por el Estado de Bahia y sus entidades de la Administración Indirecta en contratos de Asociación Público Privadas, en los términos de la Ley Estatal n° 11.477, de 1 de julio de 2009.

### ESPÍRITO SANTO

**Decreto 3.304, de 9 de mayo de 2013.** Aprueba la resolución 04 del CGP-ES.

**Decreto 3.138, de 26 de octubre de 2012.** Altera el Decreto 2889/2011.

**Decreto 2.889, de 1 de noviembre de 2011.** Instituye el Procedimiento de Manifestación de Interés.

**Decreto 307-S, de 2 de febrero de 2001.** Altera miembro del CGP ES.

**Decreto 029-S, de 27 de diciembre de 2010.** Dispone sobre el Reglamento Interno de la Unidad APP-ES.

**Decreto 868-S, de 26 de agosto de 2009.** Designa Presidente y miembros del Consejo Gestor de Asociaciones Público Privadas del Estado de Espírito Santo y da otras providencias.

**Ley Complementaria 492, de 10 de agosto de 2009.** Instituye el Programa de Asociaciones Público Privadas del Estado de Espírito Santo y da otras providencias.

## PIAUI

Ley 5.494, de septiembre de 2005. Instituye el Programa de Asociaciones Público Privadas del Estado de Piauí – APP Piauí y da otras providencias.

Ley 5.817, de diciembre de 2008. Altera la Ley 5.494, de 19.09.2005, que instituye el Programa de Asociaciones Público Privadas del Estado de Piauí.

## PERNAMBUCO

Ley 12.765, de diciembre de 2005. Dispone sobre el Programa Estatal de Asociación Público Privada, y da otras providencias.

Ley 12.976, de enero de 2005. Instituye el Fondo Estatal Garantizador de las Asociaciones Público Privadas, y da otras providencias.

Decreto 28.844, de enero de 2006. Instala el Comité Gestor del Programa Estatal de Asociación Público Privada CGPE de que trata la Ley n° 12.765, de 27 de enero de 2005, y da otras providencias.

Resolución Normativa RN/CGPE-001/2006, de febrero de 2006. Establece los procedimientos generales para el registro y la aprobación de Estudios de Viabilidad y Proyecto Básico para Emprendimientos de Asociación Público Privada.

Instrucción Normativa RN/CGPE-001/2006, de marzo de 2006. Establece conceptos, criterios, procedimientos y competencias para la actuación Unidad Operacional de Coordinación de Asociaciones Público Privadas – Unidad APP.

Decreto 29.348, de junio de 2006. Instala la Comisión Permanente de Licitación – CPL/APP.

Ley 13.070, de julio de 2006. Incluye los proyectos prioritarios del Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas en el PPA.

Ley 12.994, de marzo de 2006. Introduce alteración en la Ley n° 12.976, de 28 de diciembre de 2005, y da otras providencias.

Ley 13.282, de agosto de 2007. Altera dispositivos de la Ley n° 12.765, de 27 de enero de 2005, y alteración, y de la Ley n° 12.976, de 28 de diciembre de 2005, y alteración.

Ley 13.954, de diciembre de 2009. Altera la Ley Estatal n° 12.765, de 28 de enero de 2005.

Ley 14.339, de junio de 2011. Modifica la Ley n° 12.765, de 27 de enero de 2005, y alteraciones, que dispone sobre el Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas, y la Ley n° 12.976, de 28 de diciembre de 2005, y alteraciones, que instituye el Fondo Estatal Garantizador de las Asociaciones Público Privadas, y da otras providencias.

Ley 14.819, de noviembre de 2012. Altera dispositivos de la Ley n° 12.976, de 28 de diciembre de 2005, que instituye el Fondo Estatal Garantizador de las Asociaciones Público Privadas, FGPE.

## RIO GRANDE DO SUL

Ley 12.234, de enero de 2005. Dispone sobre las normas para licitación y contratación de asociaciones público privadas, instituye el Programa de Asociaciones Público Privadas del Estado de Río Grande do Sul – APP/RS y da otras providencias.

Resolución 02, de abril de 2013. Establece los procedimientos para la Manifestación del Interés, por particulares, en la presentación de anteproyecto y estudios de viabilidad referentes a proyectos en el ámbito del Programa de Asociaciones Público Privadas del Estado de Río Grande do Sul.

Resolución 01, de septiembre de 2008. Establece procedimientos generales para registro, selección y aprobación de proyecto básico y estudios de viabilidad de emprendimientos, visando su potencial inclusión en el programa de asociaciones público privadas en el Estado de Río Grande do Sul.

## RIO DE JANEIRO

Ley 5.068, de julio de 2007. Instituye el Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas – PROPAP.

Ley 6.089, de noviembre de 2011. Crea el Fondo Fluminense de Asociaciones (FFP), altera dispositivos de la Ley n° 5.068, de 10 de julio de 2007, que instituye el Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas y da otras providencias.

Decreto 43.263, de octubre de 2011. Reglamenta el Consejo Gestor del Programa Estatal de Asociaciones Público Privadas – CG, previsto del art. 6º & 5º, de la Ley n° 5.068, de julio de 2007, y da otras providencias.

Decreto 43.277, de noviembre de 2011. Reglamenta el procedimiento de presentación, análisis y aprovechamiento de propuestas, estudios y proyectos presentados por la iniciativa privada para la inclusión en el programa estatal de asociaciones público privadas – PROPAP, y da otras providencias.

## RONDÔNIA

Ley 609, de febrero de 2001. Instituye en el ámbito del Estado de Rondônia el Programa de Asociaciones Público Privadas.

## CEARÁ

**Ley 14.391, de 7 de julio de 2009.** Instituye normas para la licitación y contratación de asociaciones público privadas, en el ámbito de la administración pública del Estado de Ceará, y da otras providencias.

**Decreto 29.801, de 10 de julio de 2009.** Dispone sobre el Consejo Gestor de Asociaciones Público Privadas.

**Decreto 30.328, de 27 de septiembre de 2010.** Instituye el Procedimiento de Manifestación de Interés en proyectos de asociaciones público privadas, en las modalidades patrocinada y administrativa, y en proyectos de concesión común y permisión.

**Decreto 30.366, de 23 de noviembre de 2010.** Altera la composición del Consejo Gestor de Asociaciones Público Privadas – CGAPP y del Grupo Técnico de Asociaciones – GTP.

**Resolución n° 529/2011.**

**Resolución n° 952/2012.**

**Decreto 30.646, de 14 de septiembre de 2011.** Altera el decreto n° 30328 de 27 de septiembre de 2010 que instituye el procedimiento de manifestación de interés en proyectos de asociaciones público privadas, en las modalidades patrocinada y administrativa.

**Ley 15.277, de 28 de diciembre de 2012.** Autoriza al Poder Ejecutivo a realizar aportes de recursos a favor del socio privado en los contratos de asociaciones público privadas en el ámbito del Estado de Ceará.

## DISTRITO FEDERAL

**Ley Distrital 3792.**

**Ley Distrital 4828.**

## GOIÁS

**Ley 14.910, de 11 de agosto de 2004.** Dispone sobre la institución del Programa de Asociaciones Público Privadas, de la constitución de la Compañía de Inversiones y Asociaciones del Estado de Goiás y da otras providencias.

**Decreto 7.365, de 09 de junio de 2011.** Dispone sobre la institución del Procedimiento de Manifestación de Interés – PMI – destinado a orientar la participación de particulares en la estructuración de proyectos de asociaciones público privadas, en las modalidades patrocinada y administrativa, de concesión común y de permisión en el ámbito de la administración pública directa o indirecta del Poder Ejecutivo.

## MINAS GERAIS

**Decreto 46.100, de 10/12/2012.** Dispone sobre la cartera de programas estructuradores del Gobierno del Estado, instituye las funciones del gerente de programas, gerente de proyectos y gerente de procesos y designa agentes públicos para el ejercicio de las respectivas funciones.

**Decreto 46.001, de 04/07/2012.** Aprueba el plan estatal de asociaciones público privadas, para los años 2011 y 2012, con las alteraciones introducidas por la deliberación n° 1/2012 del Consejo Gestor de Asociaciones Público Privadas.

**Decreto 44.565, de 03/07/2007.** Instituye el Procedimiento de Manifestación de Interés en Proyecto de asociaciones público privadas, en las modalidades patrocinadas y administrativas, y en proyectos de concesión común y permisión.

**Ley 14.868, de 16/12/2003.** Dispone sobre el programa estatal de asociaciones público privadas.

**Ley 14.869, de 16/12/2003.** Crea el Fondo de Asociaciones Público Privadas del Estado de Minas Gerais.

**Decreto 43.702, de 16/12/2003.** Instala el Consejo Gestor de Asociaciones Público Privadas – CGAPP y da otras providencias.

## PARAÍBA

**Ley 8.684, de 07 de noviembre de 2008.** Instituye el programa de asociación público privada, disponiendo sobre normas específicas para la licitación y contratación, en el ámbito del Estado de Paraíba, y da otras providencias.

**Ley 9.759, de 08 de junio de 2012.** Altera dispositivos de la Ley 8.684, de 07 de noviembre de 2008.

## PARANÁ

Decreto n° 5.272, de 16 de julio de 2012. Reglamenta la Ley Estatal n° 17.046, de 11 de enero de 2012 y da otras providencias.

Decreto n° 1.997, de 13 de julio de 2011. Instituye el Consejo Gestor de Asociaciones Público Privadas en el ámbito de la Secretaría del Estado de Planificación y Coordinación General.

Decreto n° 5.272, de 16 de julio de 2012. Reglamenta la Ley Estatal n° 17.046, de 11 de enero de 2012 y da otras providencias.

Decreto n° 6.823, de 21 de diciembre de 2013. Instituye el procedimiento de manifestación de interés en proyectos de asociaciones público privadas, en las modalidades patrocinada y administrativa, y en las concesiones del servicio público, en el ámbito de los órganos y entidades de la Administración Estatal.

Decreto n° 12.283, de 29 de septiembre de 2014. Reglamenta el Fondo Garantizador de las Asociaciones Público Privadas de Paraná – FGP/PR, autorizado por el art. 25 de la Ley Estatal n° 17.046, de 11 de enero de 2012 y da otras providencias.

Decreto n° 1.575, de 01 de junio de 2015. Reglamenta el artículo 6° de la Ley Estatal n° 17.046, de 11 de enero de 2012 y da otras providencias.

Ley n° 17.046, de 11 de enero de 2012. Dispone sobre las normas para licitación y contratación de Asociaciones Público Privadas de Paraná (Paraná Asociaciones).

Ley n° 18.376, de 15 de diciembre de 2014. Alteración de la Ley n° 17.046, de 11 de enero de 2012, que dispone sobre normas para licitación y contratación de Asociaciones Público Privadas de Paraná (Paraná Asociaciones), y revocación de la Ley n° 17.904, de 02 de enero de 2014.

## TOCANTINS

Ley 2.231, de diciembre de 2009. Instituye el Programa de Asociaciones Público Privadas del Estado de Tocantins - APP y adopta otras providencias.

Ley 2.588, de mayo de 2012. Altera la Ley n° 2.231, de 3 de diciembre de 2009, que instituye el Programa de Asociaciones Público Privadas del Estado de Tocantins – APP-Tocantins.

## SANTA CATARINA

Ley 12.930, de febrero de 2004. Instituye el marco regulatorio de los programas de asociaciones público privadas del ámbito del Estado de Santa Catarina, entre otras providencias.

Ley 1.932, de junio de 2004. Reglamenta la Ley n° 12.930, de 04.02.2004, que instituye el marco regulatorio de los programas de asociaciones público privadas en el ámbito del Estado de Santa Catarina.

Ley 13.335, de febrero de 2005. Autoriza al poder Ejecutivo a constituir empresa para proyectos de Asociaciones Público Privadas y de concesiones.

Ley 13.342, de marzo de 2005. Dispone sobre el Programa de Desarrollo de la Empresa Catarinense – PRODEC y del Fondo de Apoyo al Desarrollo Catarinense – FADESC.

Decreto 962, de mayo de 2012. Dispone sobre el Procedimiento de Manifestación de Interés de la Iniciativa Privada y establece otras providencias.

## SÃO PAULO

Ley 11.688, de 19 de mayo de 2004. Instituye el Programa de Asociaciones Público Privadas.

Decreto 48.867, de agosto de 2004. Reglamenta el Programa de Asociaciones Público Privadas.

Decreto 50.826, de mayo de 2006. Medidas relativas a la alineación de los inmuebles mencionados en la Ley 11.688.

Decreto 51.126, de septiembre de 2006. Medidas relativas a la alineación de los inmuebles mencionados en la Ley 11.688.

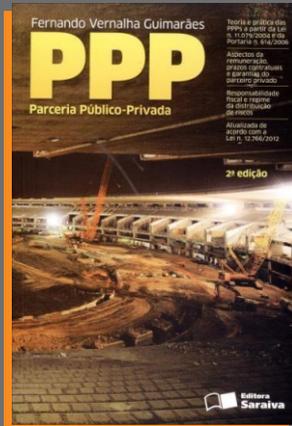
Decreto 52.152, de septiembre de 2007. Comisión de Acompañamiento de Contratos de Asociaciones Público Privadas.

Decreto 57.289, de agosto de 2011. Detalla el procedimiento de presentación, análisis y aprovechamiento de propuestas, estudios y proyectos encaminados por la iniciativa privada, con vistas a la inclusión de proyectos en el Programa de Asociaciones Público Privadas.

Decreto n° 61.371, de 21 de julio de 2015. Instituye el procedimiento alusivo a la presentación, al análisis y al aprovechamiento de estudios, encaminados por la iniciativa privada o por un órgano o entidad de la Administración Pública estatal, y da providencias relacionadas.

\* FUENTE: [www.planejamento.gov.br/](http://www.planejamento.gov.br/) y [www.legislacao.pr.gov.br/](http://www.legislacao.pr.gov.br/)

## ▶ RECOMENDACIÓN PARA LECTURA DE PROFUNDIZACIÓN

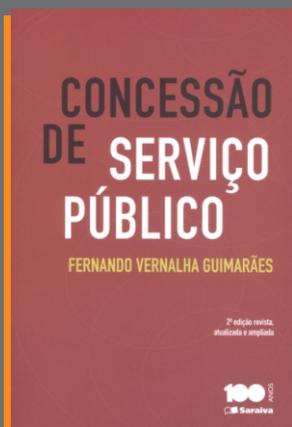


### APP Asociación Público Privada 2ª Edición

Sao Paulo, Saraiva, 2013/ Autor: Fernando Vernalha Guimaraes

¿Dónde adquirirlo?

[www.saraiva.com.br](http://www.saraiva.com.br) o en cualquier librería jurídica del país

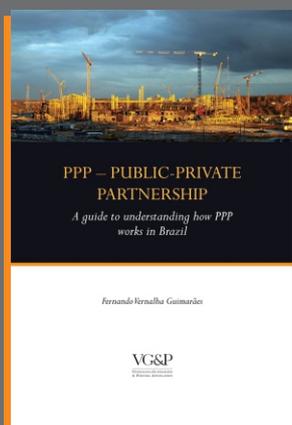


### Concesión del servicio público 2ª Edición

Sao Paulo, Saraiva, 2014/ Autor: Fernando Vernalha Guimaraes

¿Dónde adquirirlo?

[www.saraiva.com.br](http://www.saraiva.com.br) o en cualquier librería jurídica del país



### “PPP – A guide to understanding how PPP works in Brazil”

Autor: Fernando Vernalha Guimarães

¿Dónde adquirirlo?

[www.vgplaw.com.br/livros](http://www.vgplaw.com.br/livros) - versión “online” y gratuita

## CORREALIZACIÓN

---



## REALIZACIÓN

---



## APOYO

---



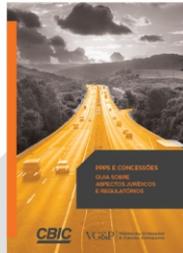
# CONOZCA OTRAS PUBLICACIONES CBIC

Visite el sitio de la CBIC ([www.cbic.org.br/publicacoes](http://www.cbic.org.br/publicacoes)) y descargue los libros de forma gratuita.  
Disponibles en español, inglés y portugués.

## TEMA DE INFRAESTRUCTURA (OBRAS PÚBLICAS Y CONCESIONES)



APPs and Concessions - Propuestas para Ampliar la Participación de Empresas (2ª Edición)  
Año: 2016



APPs and Concessions - Guía sobre Aspectos Jurídicos y Regulatorios  
Año: 2016



APPs and Concessions - Propuestas para Ampliar la Aplicación en Estados y Municipios  
Año: 2016



APPs and Concessions - Guía para la Organización de Empresas en Consorcios  
Año: 2016



PAC - Radiografía de los Resultados 2007 a 2015  
Año: 2016



PAC - Evaluación del Potencial de Impacto Económico  
Año: 2016



Ciclo de Eventos Regionales Concesiones y APPs - Volúmenes I y II  
Año: 2015/2016



Un Debate Sobre Financiamiento a Largo Plazo para Infraestructura  
Año: 2016



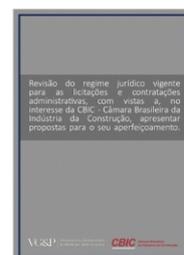
Inversión en Infraestructura y Recuperación de la Economía  
Año: 2015



Diálogos CBIC/TCU Contribución de la CBIC para el Manual "Orientaciones para Elaboración de Planillas Presupuestarias de Obras Públicas"  
Año: 2014



Report International Meeting Infrastructure and PPPs  
Año: 2015



Propuesta para la Reforma de la Ley de Licitaciones  
Año 2015

## TEMA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y EMPRESARIAL



Guía de Ética y Compliance para Instituciones y Empresas del Sector de la Construcción  
Año: 2016



Código de Conducta Competitivo  
Año: 2016



Plataforma Liderazgo Sostenible Sectorial  
Año: 2016  
[cbic.org.br/liderancasustentavel](http://cbic.org.br/liderancasustentavel)

## TEMA DE MEDIO AMBIENTE Y SOSTENIBILIDAD



Manual de Implantación del Consejo de Desarrollo de la Ciudad  
Año: 2014



Guía de Compras Responsable en la Construcción  
Año: 2015



Mapeo de Incentivos Económicos para construcción Sostenible  
Año: 2015



Guía de Orientación para el Licenciamiento ambiental  
Año: 2015  
[cbic.org.br/sala-de-imprensa/apresentacoes-estudos/publicacoes-cmacbic](http://cbic.org.br/sala-de-imprensa/apresentacoes-estudos/publicacoes-cmacbic)

## TEMA RELACIONES LABORALES



Guía Contrate Certo – Guía para la Contratación de Contratistas y Subcontratistas en la Construcción Civil  
Año: 2014



Guía Orientativa de Áreas de Vivencia  
Año: 2015



Guía Orientativa de Seguridad  
Año: 2015



Guía Orientativa de Incentivo a la Formalidad  
Año: 2016  
<http://www.cbic.org.br/publicacoes/cprt>

## TEMA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN



Recopilación Implementación del BIM – Volúmenes I a IV  
Año: 2016



Guía Orientativa para Atención a la Norma ABNT NBR 15.575/2013  
Año: 2013



Buenas Prácticas Para entrega de Emprendimiento Desde su Concepción  
Año: 2016



Catálogo de Innovación en la Construcción Civil –  
Año: 2016



Catálogo de Normas Técnicas Edificaciones  
Año: 2016



Análisis de los Criterios de Atención a la Norma de Desempeño ABNT NBR 15.575/2013  
Año: 2016



Guía Nacional Para Elaboración del Manual de Uso, Operación y Mantenimiento de las Edificaciones  
Año: 2014

## TEMA MERCADO INMOBILIARIO



Perennidad de los Programas de Viviendas – PMCMV: Su Importancia e Impactos de una Eventual Discontinuidad  
Año: 2016



Mejoras en el Sistema de Crédito Inmobiliario – El Sistema Brasileño de Ahorro y Préstamo y el Crédito a la Vivienda  
Año: 2015



I Encontro Nacional Sobre Licenciamentos en la Construcción  
Año: 2014



Costo de la Burocracia en el Inmueble  
Año: 2014



Co-realización



Realización

