

# Las APP y los órganos de control en América Latina y el Caribe: roles y desafíos

Michelle Carvalho Metanias Hallack  
Patricia Sampaio  
Diego Brito Cardoso  
Uriel de Almeida Papa  
Miguel Donovan  
Orlando Palominos Aravena  
Patricia Pella Fernandez  
Rafael Dickson Morales  
Vicente Bagnoli  
Airtón Roberto Rehbein  
Maria Luisa Olivera

Vicepresidencia de Países

DOCUMENTO PARA  
DISCUSIÓN N°  
IDB-DP-905

# Las APP y los órganos de control en América Latina y el Caribe: roles y desafíos

Michelle Carvalho Metanias Hallack

Patricia Sampaio

Diego Brito Cardoso

Uriel de Almeida Papa

Miguel Donovan

Orlando Palominos Aravena

Patricia Pella Fernandez

Rafael Dickson Morales

Vicente Bagnoli

Airton Roberto Rehbein

Maria Luisa Olivera

Noviembre 2021

<http://www.iadb.org>

Copyright © 2021 Banco Interamericano de Desarrollo. Esta obra se encuentra sujeta a una licencia Creative Commons IGO 3.0 Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas (CC-IGO 3.0 BY-NC-ND) (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>) y puede ser reproducida para cualquier uso no-comercial otorgando el reconocimiento respectivo al BID. No se permiten obras derivadas.

Cualquier disputa relacionada con el uso de las obras del BID que no pueda resolverse amistosamente se someterá a arbitraje de conformidad con las reglas de la CNUDMI (UNCITRAL). El uso del nombre del BID para cualquier fin distinto al reconocimiento respectivo y el uso del logotipo del BID, no están autorizados por esta licencia CC-IGO y requieren de un acuerdo de licencia adicional.

Note que el enlace URL incluye términos y condiciones adicionales de esta licencia.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de los autores y no necesariamente reflejan el punto de vista del Banco Interamericano de Desarrollo, de su Directorio Ejecutivo ni de los países que representa.





# Documentos de Discusión PPP Américas 2021

## Las APP y los Órganos de Control en América Latina y el Caribe: Roles y Desafíos

Coordinadora

Michelle Carvalho Metanias Hallack

Editora

Patricia Sampaio

Coordinadores y colaboradores:

Diego Brito Cardoso

Uriel de Almeida Papa

Miguel Donovan

Orlando Palominos Aravena

Patricia Pella Fernandez

Rafael Dickson Morales

Vicente Bagnoli

Airton Roberto Rehbein

Maria Luisa Olivera

Revisores:

Ancor Suarez

Gracy Zapata

# Acerca de los Documentos de Discusión

Los Documentos de Discusión - PPP Américas 2021 componen una serie de textos desarrollados en preparación de la X Edición del PPP Américas, el principal foro de Asociaciones Público-Privadas (APP) de América Latina y el Caribe (ALC), organizado cada dos años por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Con motivo de la edición del PPP Américas 2021, se reunieron 8 grupos de expertos, profesionales, consultores y académicos involucrados directamente en la planificación, identificación, estructuración y gestión de proyectos APP en los países de la región. Los grupos, bajo la coordinación de especialistas del BID, revisaron los principales temas de interés y actualidad en el ámbito de las APP, con el objeto de intercambiar experiencias, debatir casos de éxito y lecciones aprendidas en los proyectos que siguen en la región.

A partir de una convocatoria abierta realizada en marzo de 2020, y a la que se presentaron más de 200 especialistas, profesionales y académicos de la región, se seleccionaron a cerca de 90 personas de toda la región como colaboradores, quienes participaron activamente en las discusiones sobre los temas: confiabilidad de los pagos estatales, criterios de selección de proyectos y determinantes de la generación de valor en proyectos, mejores prácticas en gestión de contratos, diversificación de la estructura de capital de los proyectos, las reglas de terminación de contratos y sus consecuencias para la viabilidad de proyectos, planificación y priorización en el desarrollo de infraestructura, impactos fiscales de los proyectos de PPP y el papel de los órganos de control.

Cada tema trabajado en los grupos originó un Documento de Discusión, que compila las reflexiones compartidas por los especialistas en sus discusiones conjuntas entre junio de 2020 y abril de 2021. Asimismo, en enero de 2021 cada grupo de especialistas compartió sus reflexiones a los demás grupos, para fomentar el desarrollo de una conversación más rica y profunda, y aprovechar las sinergias entre las diferentes áreas.

Esta iniciativa busca contribuir a la consolidación de un ambiente de intercambio de experiencias y mejores prácticas en APP para la región, y tiene como propósito principal servir de insumo para las discusiones que tendrán lugar en el PPP Américas 2021 – donde se propondrán soluciones en todas las direcciones.

**Gastón Astesiano**  
Jefe del Equipo APP del BID

**Carolina Lembo**  
Especialista en APP del BID

**Ana Beatriz A. Araújo**  
Consultora para el PPP Américas en BID

# Las APP y los Órganos de Control en América Latina y el Caribe: Roles y Desafíos

Este informe presenta una visión general de cómo funcionan los sistemas de control de APP en América Latina y Caribe, sobre la base de las prácticas de control. Se discuten las diferentes definiciones de órganos de control y la heterogeneidad del control en ALC. Mostramos la importancia y los desafíos del control en las diferentes etapas de las APP y la complejidad de la “multi-institucionalidad”, con sus controles y balances, y a veces superposiciones costosas. El informe también comenta sobre los cambios del control en el contexto más general de las oportunidades que las nuevas tecnologías traen y el contexto más específico sobre el rol y el aprendizaje de los controladores en el contexto de la pandemia causada por la Covid-19. En las observaciones finales, discutimos un conjunto de hallazgos sobre la actual situación del control de las APP en ALC y se hacen sugerencias.

# Contenido

<b>1</b>	<b>Definiciones Centrales: APP y Órganos de Control.....</b>	<b>15</b>
1.1	Las Asociaciones Público Privadas .....	15
1.2	Los órganos de control .....	16
<b>2</b>	<b>Caracterización de los Órganos de Control de las APP en ALC, sus Principales Roles y Momentos de Fiscalización .....</b>	<b>22</b>
2.1	Autoridades de Auditoría Externas / Tribunales de Cuentas.....	22
2.2	Los controles internos de la Administración Pública .....	27
2.2.1	El poder público contratante.....	27
2.2.2	Las agencias reguladoras .....	29
2.2.3	Las contralorías internas .....	30
2.2.4	Órganos de defensa de la competencia.....	31
2.3	El Ministerio Público y el Poder Judicial .....	33
2.3.1	Los tribunales arbitrales .....	35
<b>3</b>	<b>Las fases de las APP y las Decisiones Asociadas al Control .....</b>	<b>37</b>
3.1	Las fases del control: <i>ex ante</i> , <i>ex post</i> y durante el proceso.....	37
3.2	El Contenido del control y tipos de decisiones .....	41
3.2.1	Los contenidos de las decisiones de control.....	41
3.2.2	Los tipos de decisiones de control .....	41
<b>4</b>	<b>Interacción Entre los Controladores y Sus Controlados .....</b>	<b>44</b>
4.1	Cuestiones generales .....	44
4.2	Superposición de roles entre gestor y controlador .....	45
<b>5</b>	<b>Transformaciones de los Órganos de Control.....</b>	<b>50</b>
5.1	Más diálogo .....	50
5.2	Preocupación con la duración de las etapas de control de los proyectos de APP .....	50
5.3	Digitalización e Inteligencia artificial .....	53
<b>6</b>	<b>El Rol de los Órganos de Control en Relación con la Pandemia Causada por la Covid-19.....</b>	<b>55</b>
6.1	Prioridad .....	55
6.2	Necesidad de prueba de los desequilibrios contractuales .....	55
6.3	El rol de las agencias reguladoras y de los tribunales de cuentas .....	56
6.4	Uso de tecnología para facilitar el intercambio de información .....	56
<b>7</b>	<b>Observaciones Finales: <i>Trade-off</i> y Mejores Prácticas .....</b>	<b>57</b>
<b>8</b>	<b>Referencias .....</b>	<b>62</b>

## Índice de boxes, figuras y tablas

### Boxes

BOX 1 – Paso a Paso de la Contratación de algunas APP en Chile

BOX 2 – Uruguay: la práctica del control

BOX 3 – Los órganos que impactan la práctica del control: el caso de la República Dominicana

BOX 4 – Las APP y el Tribunal de Cuentas de la Unión Federal (Brasil)

BOX 5 – La participación del gobierno y de la administración pública en el control de las APP en México

BOX 6 - La participación de la entidad reguladora en el control de las APP en la República Dominicana

BOX 7 – El control de APP por los órganos de defensa de la competencia: el caso brasileño

BOX 8 – El control judicial en Perú: momentos y contenido de las decisiones de los controladores

BOX 9 – Momentos de control de proyectos en el TCU - Brasil

BOX 10 – Formas de control del TCU - Brasil

BOX 11 – Fallas en las funciones del control en la República Dominicana

BOX 12 – Superposición de las funciones de control: el caso del mercado municipal de la ciudad de Porto Alegre, Brasil

### Figuras

Figura 1 – ISSAI – Mejores prácticas para fiscalizar las APP

Figura 2 – Resumen de las fases del control: ex ante, ex post y durante el proceso

Figura 3 – Ilustración del proceso de un Proyecto de Participación Público Privada en Uruguay

Figura 4 – Ilustración del control previo a la APP: Planta de Tratamiento del Agua Residual Titicaca - Puno

Figura 5 - Plazos de estructuración de las concesiones aeroportuarias, incluida la etapa de control *ex ante* – Brasil

Figura 6 - Plazos de estructuración de las concesiones de carreteras, incluida la etapa de control *ex ante* – Brasil

### Tablas

Tabla 1 – Rol de los Tribunales de Cuentas por fases de los proyectos de APP

Tabla 2 – Rol de las agencias reguladoras a nivel nacional

Tabla 3 – Presencia de contralorías internas y sus roles

Tabla 4 – Rol del Poder Judicial



# Acrónimos

ALC – América Latina y Caribe  
APC – Administración Pública Contratante  
APP – Asociación Público Privada  
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica  
CGR – Contraloría General de la República del Perú  
EFS – Entidad Fiscalizadora Superior  
INTOSAI – International Organization of Supreme Audit Institutions  
MOP – Ministerio de Obras Públicas  
MP – Ministerio Pública  
OALCEF – Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores  
OPP – Oficina de Planeamiento y Presupuesto  
PPI – Programa de Parcerias de Investimento  
PPP – Parceria Público-Privada o Participación Público-Privada  
SEAE – Secretaria de Advocacia da Concorrência e da Competitividade  
SIC – Sistema Informático de Comunicaciones  
TCA – Tribunal de lo Contencioso Administrativo  
TCE-RS – Tribunal de Cuentas del Estado del Rio Grande do Sul  
TCR – Tribunal de Cuentas de la República  
TCU – Tribunal de Contas da União  
UE – Unión Europea

# Introducción

Este informe discute el rol y los desafíos del control de las Asociaciones Público-Privadas (APP) en Latinoamérica y Caribe (ALC). Uno de los beneficios del uso de las APP es que estas pueden aportar “efectos de demostración” y ayudar a disminuir la corrupción, incrementando la transparencia y la calidad de los servicios públicos ([PPP Guide, 2021](#)). Para esos fines, hace falta un sistema de control efectivo y, para que el control sea efectivo, es esencial que exista una estructura institucional bien construida y operada.

El control no es un fin en sí mismo, pero puede ser un instrumento muy efectivo y transformador para garantizar servicios públicos de calidad a precios módicos para la población. Los órganos controladores pueden contribuir con mejoras en los proyectos y evitar incrementos innecesarios en los presupuestos en las fases de planeamiento o de ejecución. Además, pueden tener un rol muy importante en la lucha contra la corrupción y otras prácticas perversas en las licitaciones y contrataciones públicas, como la formación de cárteles. Como ha mencionado la Transparencia Internacional sobre las compras públicas en el contexto de la pandemia de la Covid-19, “la corrupción puede costar vidas en América Latina”.<sup>1</sup>

La corrupción genera muchos desafíos para la inversión. Entre estos desafíos, contribuye a la baja calidad de los proyectos, pues que no incentiva una revisión cuidadosa de las propuestas, lo que implica el pago de sobrepagos e incrementos innecesarios de presupuestos. Como resultado de esto existen menos hospitales, escuelas, redes de agua y alcantarilla disponibles al público, lo cual retrasa el desarrollo socioeconómico y condena a individuos a muertes precoces que serían evitables. El BID estimó en USD 200.000 millones el costo anual de la corrupción en ALC.<sup>2</sup> Por lo tanto, un sistema de control efectivo sobre las APP es esencial en la búsqueda de eficiencia económica y de oferta de servicios públicos de calidad a la sociedad.

No obstante, las distorsiones en el ejercicio del control pueden generar el efecto contrario de lo esperado, retrasando o aumentando los costos de los proyectos, y hasta transformándose en una barrera para la inversión. De este modo, buscar el equilibrio en materia de control es central, pero también un enorme desafío en vista de la complejidad de las relaciones de control en las distintas etapas del “ciclo del proyecto” o del “ciclo de desarrollo de la infraestructura” y la diversidad de instituciones involucradas.

Por lo tanto, un control eficiente es una pieza central de una estructura institucional que permite a los países acceder a los beneficios de las APP y evitar los costos y potenciales perjuicios que esta forma organizacional puede generar en la provisión de los servicios públicos.

---

<sup>1</sup> <https://www.transparency.org/en/news/corruption-could-cost-lives-in-latin-americas-response-to-the-coronavirus>. Acceso en febrero, 2021.

<sup>2</sup> Información publicada en 2019 y disponible en <https://www.larepublica.co/globoeconomia/america-latina-pierde-us220000-millones-por-la-corrupcion-de-sus-gobiernos-bid-2837566>. Acceso en febrero, 2021.

A nivel europeo, una auditoría realizada por el Tribunal de Cuentas Europeo ha concluido que *“pese a que las APP tienen el potencial de ejecutar las políticas con mayor rapidez y garantizar unos niveles de mantenimiento de calidad a lo largo de su vida útil, las APP financiadas por la UE examinadas durante la fiscalización no siempre se gestionaron de forma eficaz ni presentaron una relación calidad-precio adecuada. Los posibles beneficios de las APP auditadas a menudo no se lograron, dado que, de forma similar a los proyectos licitados tradicionalmente, sufrieron demoras, aumentos de costes y una infrautilización de los resultados de los proyectos, generando 1 500 millones de euros de gasto ineficiente e ineficaz, de los cuales 400 millones de euros eran fondos de la UE”*. El reporte también concluyó que en algunos países aún hacen falta marcos legales e institucionales que puedan controlar adecuadamente las APP (Tribunal de Cuentas Europeo, 2018).

Los desafíos de la organización de los órganos de control no son una cuestión específica de las APP, sino un desafío más general de los servicios públicos. Las APP son mecanismos que pueden facilitar el control, en caso de que se encuadren en una estructura institucional eficiente de órganos de control.

Considerando la importancia del control sobre las APP, este informe presenta los resultados de una discusión del tema a nivel de América Latina y Caribe, particularmente a partir de las experiencias de seis países de la región: Brasil, Chile, México, Perú, República Dominicana y Uruguay, con miras a analizar el control de las APP en las diferentes fases del proceso: desde la fase de planeamiento hasta el fin de la ejecución contractual.

Analizar el rol del control es un desafío, pues las definiciones de control y de órganos de control son heterogéneas y dependen de la institucionalidad que se está considerando. No hay una lista común de instituciones controladoras y sus roles varían de país a país, como se tendrá oportunidad de observar adelante. Así, para pensar de forma comparativa los países de ALC y de forma consistente con la realidad es importante considerar definiciones más amplias, basada en las prácticas de control.

Además, la discusión de control no está separada de muchas de las discusiones y desafíos propios de la implementación de proyectos sociales, de infraestructura e innovación de forma más amplia, independientemente de su régimen y lugar de contratación. Aun cuando se contrata solamente la realización de una obra o la provisión de un servicio, también se vislumbran riesgos de retrasos, sobrecostos y fracasos, como resultado de diferentes factores. Sin embargo, este relato se concentra en las APP, y no se analizan los contratos administrativos que no caractericen proyectos de APP.

Tampoco los problemas vislumbrados en los controles de las APP son exclusivos de ALC. Bent Flyvbjerg (2007; 2014), analizando la experiencia de 104 países en seis continentes entre 1927 y 2013, a partir de una base de datos con más de dos mil proyectos grandes de energía y transporte, muestra que alrededor de 80% fueron marcados por sobrecostos (con una media de + de 43% de sobrecosto) y 40% presentaron déficit en relación con los beneficios estimados (media de – 17%). El investigador presenta un conjunto de causas para esos fallos, que incluyen

previsiones imperfectas, optimismo en la fase de planeamiento, subestimación de costos, interferencia política, entre otros.

Según Flyvbjerg (2007; 2014), los grandes proyectos de infraestructura sean ejecutados como obras públicas, concesiones comunes o APP, están marcados por incertidumbre y riesgos, debido al largo plazo de su duración y a las complejas interfaces involucradas, y por la presencia de activos muy específicos, que pueden llevar a comportamientos oportunistas, tanto del poder público, como de los agentes privados.

En Brasil, el Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea, 2018) y la Confederación Nacional de la Industria (CNI, 2018) señalan otros problemas que afectan la efectividad de los gastos relacionados con proyectos de infraestructura. Entre ellos se pueden mencionar la limitada capacidad estatal de planeamiento, la formulación, la selección y la elaboración de presupuestos. También se afirma que los procesos decisorios relativos a las inversiones están marcados por poca transparencia y reducida participación de la sociedad civil.

Además, según Monteverde y Pereyra (2019), “la sola existencia de sobrecostos en los proyectos se ha vuelto un estigma para estos y para los equipos que los llevan adelante. Pero el fenómeno es extremadamente más complejo, y requiere ser entendido en profundidad para poder gestionarlo adecuadamente. Además, esta interpretación, directa y simple, puede llevar a bloqueos del sistema inversor, por la inacción en la toma de decisiones cuando se producen mayores costos en los proyectos”<sup>3</sup>.

Específicamente en relación con los proyectos de APP, las críticas frecuentes incluyen: (i) ausencia de planificación integral y de largo plazo, y poca rigurosidad del análisis del valor por dinero (en inglés, *value for money*); (ii) carteras de proyectos pensadas a corto plazo; (iii) alta vulnerabilidad de los entes públicos a los ciclos políticos y el impacto negativo de esos en la corrupción; (iv) errores en los estudios de inversión e ingeniería; (v) inadecuada asignación de riesgos; (vi) demora en el otorgamiento de permisos y licencias estatales (como las ambientales); (vii) demora en la entrega de los predios o terrenos; (viii) mala selección del inversionista privado por fallas en el proceso competitivo o licitatorio (inversionistas sin experiencia, sin capacidad de financiación); (ix) ausencia de capacidad fiscal del socio público para sostener las contraprestaciones y riesgos del proyecto; (x) falta de monitoreo permanente del desempeño de los proyectos, entre otros<sup>4</sup>. Evitar esos problemas es un factor central que justifica la necesidad de control sobre las APP.

El Banco Mundial destaca cuatro elementos centrales para una buena salud de las APP ( Banco Mundial, 2020)<sup>5</sup>: (1) buena formulación y diseño de proyectos, ingeniería de calidad y sistema de evaluaciones adecuado, lo cual evita llevar a licitación proyectos que no están maduros, (2)

<sup>3</sup> Reflexiones sobre costos. Hugo Monteverde, Andrés Pereyra. p. cm. — (Monografía del BID ; 665)

<sup>4</sup> Fallas y oportunidades de mejora en proyectos de APP en las ciudades de ALC son estudiados en Vasallo, 2018. Una comparación entre los grados de capacidad para desarrollar proyectos de APP en ALC puede ser encontrada en The Economist, 2017. Traducción de los autores)

<sup>5</sup> Policy Note on Attracting Private Investment to Infrastructure in Peru 2020. The World Bank.  
<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34159>

competencia y transparencia en licitaciones como objetivos principales de los sistemas de inversión privada, (3) regulación de iniciativas privadas alineada con buenas prácticas internacionales y (4) ejecución contractual como una fase más del ciclo de la infraestructura y prestar igual atención a esta fase que a la adjudicación de proyectos. El control debe mirar esos objetivos en su trabajo cotidiano.

Tanto las críticas como las sugerencias para el incremento de la calidad de las APP no están pensadas solamente para las instituciones de control; no obstante, la práctica del control es muy importante para evitar muchos de estos problemas y puede aportar para las soluciones. Para incrementar las oportunidades de éxito de una política o proyecto de infraestructura, es necesaria la adopción de controles que estén integrados a la gestión, así como la presencia de controles internos y externos a la Administración Pública que garanticen el cumplimiento de las leyes y la eficiencia de la gestión pública. Hay, por lo tanto, diferentes niveles de control. Cuando todos funcionan a gusto, se obtienen como resultado políticas públicas y proyectos más resilientes.

La experiencia de más de 25 años gestionando APP en la región nos ha enseñado que no basta con tener una regulación exhaustiva y detallada; igual énfasis, o mayor, se debe poner en su implementación. En esa línea, y a lo largo de este informe, veremos que los países de ALC siguen teniendo grandes desafíos.

Así, la existencia de mecanismos efectivos de control de las APP que hagan frente a esas críticas o intenten evitar su materialización es esencial para el desarrollo de las APP y contribuyen, en consecuencia, a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos de la región. Por lo tanto, analizar las formas exitosas de control de APP, así como las posibles fallas en su funcionamiento resulta de gran utilidad para perfeccionar el uso de esos mecanismos.

El presente informe es el resultado del esfuerzo colectivo de investigación entre expertos y profesionales de la región sobre los sistemas de control de las APP en sus diferentes países. Así, este artículo presenta la visión de cómo se organiza el control de los proyectos de APP en ALC, los principales desafíos de su implementación, buscando contribuir con la promoción de mejoras.

Tal esfuerzo se llevó a cabo a través de siete talleres virtuales entre los expertos, en los que presentaron las experiencias y las perspectivas de control de APP de sus países. Además, los participantes han brindado información relevante, así como ejemplos de éxito y oportunidades de mejora para la región. Con ese diseño metodológico, y basado en perspectiva cualitativa de análisis, fue posible abordar problemas y fallas, observar un conjunto de buenas prácticas y al fin, presentar recomendaciones y sugerencias de avance para los sistemas de control de APP en ALC.

Con el objetivo de presentar un panorama de la actuación de los órganos de control en ALC a partir de los países seleccionados, este informe está dividido en siete secciones. En la Sección 1, se presentan las definiciones de APP y de control utilizadas en la discusión. También se presentan los diferentes tipos de órganos de control presentes en los países que forman parte en la investigación, además de presentarse breves casos de contexto, dada la cantidad de órganos que pueden ser llamados a manifestarse desde el planeamiento hasta la ejecución contractual de una APP. En

seguida, en la Sección 2, se comentan los momentos de actuación de los órganos de control - *ex ante*, concomitante/concurrente o *ex post*, y su objeto, si inciden solamente sobre el procedimiento de adjudicación o si también incluyen la revisión de aspectos sustantivos de los proyectos. La Sección 3 presenta los desafíos que necesitan ser superados para que se logre tener un sistema eficiente de control de APP en los países de ALC. La Sección 4 abre la discusión sobre las transformaciones recientes que se observan en la práctica de los órganos de control. En la parte 5 se destacan los efectos de la pandemia ocasionada por la Covid-19 sobre los contratos de APP. Finalmente, la sección 6 presenta un resumen de los principales hallazgos del grupo y de los *trade-off* necesarios para avanzar en el tema del control de las APP y, al final, se hacen recomendaciones, que buscan reforzar la capacidad de los países de atraer inversores privados con proyectos bancables, sostenibles y resilientes, que se traduzcan en servicios públicos e infraestructura de calidad.

# 1 Definiciones Centrales: APP y Órganos de Control

Al empezar un análisis sobre cómo se controlan las APP en ALC, son necesarios algunos acuerdos semánticos y conceptuales, ya que no hay una lista precisa de lo que son o quiénes son los órganos de control. El análisis realizado ha permitido verificar que las experiencias de los países de ALC con APP son muy distintas, así como son muy heterogéneas las estructuras de órganos controladores y sus capacidades.

Hay situaciones en que los marcos legales son los mismos para las APP y las concesiones sin aportes de contraprestación pública – todas, al final del día, casos de contratación y asociación entre el poder público y la iniciativa privada para viabilizar la adecuada rendición de servicios a la población. En cuanto a los órganos de control, por veces actúan *ex ante*; en otras, *ex post*. En algunos países su participación es obligatoria; en otros, meramente facultativa. No se han encontrado mejores prácticas consolidadas en términos de gobernanza de instituciones que juegan roles de control entre los países de ALC.

Así, en ese informe adoptamos una visión más amplia de los fenómenos, a partir de las prácticas de los expertos y de la realidad de cómo se estructuran los proyectos de APP en ALC, con el costo de una definición menos precisa del punto de vista teórico, pero que a lo mejor es más fidedigna de la compleja realidad del tema.

## 1.1 Las Asociaciones Público Privadas

Así, el primer punto de atención es ponerse de acuerdo sobre lo que son las Asociaciones Público Privadas (APP) a los fines de esta investigación, pues que algunos países de la región presentan diferencias legislativas sustantivas con relación al tema, por ejemplo, entre “concesiones comunes” y “asociaciones público privadas”. Ese es el caso de Brasil, que divide las APP en por lo menos tres especies jurídicas diferentes: (i) las concesiones comunes, que son contratos en que la contraprestación al privado se da mediante el pago de tarifas por los usuarios; (ii) las APP como concesiones patrocinadas, en que la contraprestación se da a partir de las tarifas pagadas por los usuarios y, conjuntamente, por contribuciones o subsidios directos del Estado; y (iii) las APP administrativas, por las cuales, en general, el prestador del servicio recibe la contraprestación únicamente a partir de aportes o subsidios estatales, ya que se utilizan en casos en que no es posible cobrar tarifas a sus usuarios (por ejemplo, APP para escuelas públicas, hospitales públicos o recintos penitenciarios). Para la legislación brasileña, de acuerdo con la Ley 11.079/2004, solamente las concesiones patrocinadas y las concesiones administrativas reciben el rótulo de APP. Por otro lado, se verificó que la intención de la investigación tenía por objeto también lo que la legislación brasileña denomina “concesiones comunes”; lo importante es que sean casos de contratos firmados entre poder público e inversores privados para la



provisión de servicios de infraestructura o sociales para la comunidad, y que suelen necesitar de realización de obras para que puedan ser prestados.

Así, en consideración de las distinciones como las anteriores, el término “APP” es aquí utilizado en un sentido amplio, incluyéndose no sólo los casos en que hay contraprestaciones económicas por parte del sector público, sino también las concesiones en las que el agente privado no cuenta con aportes directos del gobierno. El punto central de las APP es que se trata de contratos de largo plazo, donde se busca realizar una distribución de riesgos entre poder público y la contraparte privada, con la intención de asignarlos a la parte que está en mejores condiciones de administrarlos (prevenir los riesgos y solucionarlos cuando ocurran). Así, típicamente, aunque no sea la realidad de todos los casos, el socio privado asume los riesgos de financiamiento, construcción, operación y mantenimiento; mientras que el socio público mantiene el riesgo político, el riesgo cambiario, el riesgo de fuerza mayor, etc. Mediante las APP, se desarrollan proyectos de provisión de servicios públicos, con tarifas o no (servicios sociales), servicios a la Administración Pública (como la gestión de penitenciarias y otros predios / actividades públicas), así como investigación aplicada o innovación tecnológica.

Asimismo, se considera que las APP involucran la delegación a agentes privados de la prestación de servicios públicos, precedidos o no de obras públicas, bajo procedimientos licitatorios. Los contratos de obras públicas que no incluyan el mantenimiento y la exploración de los activos no son considerados APP para efectos de este informe. Tampoco son APP los contratos administrativos de rendición de servicios comunes a la Administración Pública, como servicios de limpieza, seguridad y jardinería.

## 1.2 Los órganos de control

Otro tema sobre el cual fue necesario hacer un acuerdo previo es lo que se consideraría un órgano de control. En resumen, en el análisis de un proyecto de APP, ¿cuáles son, efectivamente, los órganos de control?

Ese tema puede ser objeto de debate, dada la ausencia de una definición precisa de lo que implica “controlar” una APP. ¿Entendemos control como el control estatal ejercido por las Entidades Fiscalizadoras Superiores<sup>6</sup> exclusivamente? ¿Se incluyen los órganos que gestionan los contratos de APP, como son, en los países que las tienen presentes, las agencias reguladoras sectoriales? ¿Sería el Poder Judicial un controlador, puesto que, en determinadas situaciones, puede anular procesos de contratación y contratos? ¿Solo deberían considerarse propiamente reguladores los órganos externos de control, como los Tribunales de Cuentas, o también tienen un rol relevante de

---

<sup>6</sup> “Las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), como las principales entidades de auditoría del sector público, centradas en la rendición de cuentas y la transparencia de los fondos públicos, gozan de una posición única para contribuir en el desarrollo y mantenimiento de mecanismos de rendición de cuentas más sólidos y eficaces entre los gobiernos y sus ciudadanos”. (OECD, disponible en [https://www.oecd.org/dac/effectiveness/Buenas\\_Pr%C3%A1cticas\\_para\\_el\\_Apoyo\\_a\\_Entidades\\_Fiscalizadoras\\_Superiores-%20for%20web.pdf](https://www.oecd.org/dac/effectiveness/Buenas_Pr%C3%A1cticas_para_el_Apoyo_a_Entidades_Fiscalizadoras_Superiores-%20for%20web.pdf)).



control las contralorías internas, como órganos de supervisión de la actividad de la Administración Pública, por ejemplo, en materia de cumplimiento de normas y de lucha contra la corrupción?

Aquí también se decidió adoptar una concepción amplia de “control” basada en las prácticas de control. Como consecuencia se considera que diversas instituciones interactúan en el proceso de supervisión de las APP. Esa interacción puede implicar, incluso, en casos específicos, decisiones en sentidos contrarios, como, por ejemplo, a favor o en contra del modelaje de un proyecto, o sobre cuáles son las formalidades legales necesarias para que sean válidamente contratados y ejecutados.

En efecto, se considera que el control implica el poder de revisar aspectos del proyecto de APP o impedir que sea implementado, o proponer cambios en las diferentes etapas de su estructuración y contratación. Se pueden verificar, por ejemplo, las siguientes etapas de los proyectos a ser controlados: (i) control de los procesos de ingresos y gastos públicos destinados a las APP; (ii) control de los procesos de licitación; (iii) control de la firma y la ejecución de los contratos de APP.<sup>7</sup>

El control incluye, pero no se limita a, la revisión y la aprobación del mecanismo de implementación del proyecto (el *value for money*); la supervisión del procedimiento de selección del socio privado que desarrollará el proyecto; de la asignación de riesgos en el contrato; de la construcción o la operación del proyecto; de las modificaciones que pueda sufrir el contrato durante su ejecución; e, incluso, de los eventos de disolución y reversión de los activos.

Sobre esa base, y a los efectos de este informe, se han considerado como órganos de control tanto a los órganos internos como a los órganos externos a la estructura del Poder Ejecutivo, pero limitados a organismos estatales. Así, se consideran “órganos de control”, además de (i) las EFS, también (ii) órganos de la Administración Pública, como el poder público contratante, las agencias reguladoras, la controlaría interna y los órganos de defensa de la competencia, así como (iii) el Poder Judicial y el Ministerio Público. Los tribunales y cortes de cuentas o contralorías, por su rol significativo en el control de las APP, merecerán una consideración más detallada de sus atribuciones y alcances, como se presentará a lo largo de ese informe.

Además, se observa que hay otros órganos del Poder Ejecutivo que también pueden influir en el funcionamiento de las APP, tales como los ministerios o secretarías de hacienda, órganos de promoción y protección de la libre competencia, superintendencias, entre otros (lo que varía en cada país). En Uruguay, por ejemplo, los ministerios tienen un papel más relevante que el Tribunal de Cuentas de la República (TCR) en términos de control a las APP, las opiniones de este último, en su caso, no tienen carácter vinculante para ese tipo de proyectos. Como otro ejemplo, el Box 1 ilustra el proceso de contratación de Chile.

---

<sup>7</sup> No hemos encontrado datos que nos permitieran hacer un análisis de los controles, y comparar las experiencias de las APP alrededor de ALC, a partir de cada una de esas etapas, razón por la cual esa clasificación por etapas no será utilizada en ese informe.

• **BOX 01 – Paso a Paso de la Contratación de algunas APP en Chile**

El proceso de otorgamiento de una concesión en Chile y la intervención de distintos órganos estatales de control corresponde a:

1. Ministerio Sectorial (por ejemplo, Ministerio de Salud respecto de las concesiones hospitalarias): quien tiene la potestad sobre el inmueble a concesionar y otorga un mandato al Ministerio de Obras Públicas para que lleve a cabo el procedimiento de APP.
2. Ministerio de Obras Públicas: elabora las Bases de Licitación y conduce el proceso de licitación y posterior adjudicación. Durante la vigencia del contrato de concesión, le corresponde su administración y control.
3. Ministerio de Hacienda: aprueba la inclusión de proyectos en la cartera de inversiones, asignando los recursos públicos necesarios para el desarrollo de un proyecto determinado. Le corresponde también, entre otras funciones, aprobar las bases de precalificación y de licitación; suscribir el decreto supremo adjudicatario de la concesión; aprobar modificaciones de contratos que produzcan impacto financiero y suscribir el decreto supremo correspondiente.
4. Ministerio de Desarrollo Social (MDS): es el responsable de la Evaluación Social del proyecto.
5. Servicio de Evaluación Ambiental (SEA): responsable del Estudio de Impacto Ambiental que, conforme a la normativa aplicable, sea exigible para el desarrollo del APP. Posteriormente, el control ambiental del proyecto corresponde a la Superintendencia del Medioambiente.
6. Contraloría General de la República: órgano de control externo, que supervisa la legalidad y legitimidad de los actos de los distintos órganos del Estado así como el uso del patrimonio estatal. En particular, entre otras funciones, le corresponde: aprobar los términos de referencia de los estudios necesarios para el proceso de concesión; aprobar las bases de precalificación y de licitación, y sus circulares aclaratorias; aprobar modificaciones al contrato de concesión; aprobar los convenios mandatos suscritos entre el MOP y otros ministerios sectoriales; aprobar contratos de asesoría a la Inspección Fiscal; controlar el ejercicio de las funciones públicas de los órganos y funcionarios que intervienen en el proceso de licitación.

En el ejemplo anterior, a primera vista, se considera que solamente la Contraloría General de la República sería un órgano de control de la legalidad de los distintos actos que implica este proceso, pero corresponde destacar que se aprecian distintos niveles de aprobación, en diferentes instancias gubernamentales, hasta que una APP es implementada. En cada etapa, cada órgano evalúa o revisa el proyecto conforme a las competencias que le reconoce la ley.

El Box 2 ilustra la práctica del control en Uruguay, los organismos involucrados y los diferentes roles durante el proceso de APP. En Uruguay, el Poder Concedente, la Administración Pública Contratante (APC), es quien estructura, licita y firma el Contrato de PPP<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Por ejemplo, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas o el Ministerio del Interior.

• **BOX 2 – Uruguay: la práctica del control<sup>9</sup>**

Organismos con competencias de control:

- Unidad de PPP del Ministerio de Economía y Finanzas:
  - Seguimiento de aspectos económicos, financieros, fiscales y contables.
  - Evaluación de riesgos.
  - Recomendar auditorías externas.
  - Relacionarse con el sector financiero.
- Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP): evaluación socioeconómica.
- Tribunal de Cuentas de la República: pronunciamiento e intervenciones no vinculantes (salvo consultas previas formuladas al tribunal).
- Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Según la etapa en el proceso PPP, estas entidades tienen diferentes roles. En la etapa de estructuración, la OPP aprueba los estudios de evaluación socioeconómica (prefactibilidad) y las bases de contratación de la licitación (incluye el borrador del Contrato). Por otro lado, la Unidad de PPP del MEF aprueba el Documento de Evaluación (viabilidad presupuestal + modelo financiero + Valor por Dinero), así como las bases de contratación de la licitación (incluye el borrador del Contrato).

En la etapa del proceso licitatorio, la Unidad PPP y la OPP deben aprobar todas las modificaciones que la APC realice a las bases de la contratación, y una vez seleccionada la oferta ganadora, la Unidad PPP deberá constatar la concordancia con los estudios previos y la obtención de VPD. En esta instancia, el Tribunal de Cuentas de la República, deberá pronunciarse respecto al proyecto de adjudicación del contrato y la legalidad del proceso.

Con posterioridad a la adjudicación del contrato, la Unidad de PPP debe aprobar los términos de la estructuración financiera que acredite el adjudicatario (así como toda modificación posterior que estos puedan sufrir).

Una vez firmado el contrato, la APC controla la correcta ejecución del proyecto e informa a la Unidad PPP sobre cualquier alteración o incumplimiento del contrato. Para el caso de modificaciones de contrato o renegociaciones se requerirá previo informe favorable de la OPP y la Unidad de PPP, así como la intervención del Tribunal de Cuentas. Asimismo, la Unidad PPP podrá solicitar toda la información que considere pertinente, así como recomendar auditorías.

<sup>9</sup> Compilación Normativa Texto Ley 18.786 Decretos reglamentarios N.º 17/012 del 26 de enero del 2012, 280/012 del 24 de agosto del 2012, 251/015 del 14 de setiembre del 2015. [https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/compilado\\_normativa\\_ppp.pdf](https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/compilado_normativa_ppp.pdf)

El caso uruguayo ilustra la coordinación de diferentes roles de control, incluyéndose un control interno al Poder Ejecutivo, por ejemplo, ejercido por la Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo o el Ministerio de Economía y Finanzas, y el control externo del Tribunal de Cuentas de la República, el cual, todavía, no tiene poder vinculante, y solamente hace recomendaciones.

En algunos países, por ejemplo, en Brasil, Uruguay y Chile, el Ministerio Público y el Poder Judicial actúan como órganos excepcionales, ejerciendo ciertas funciones de control pues, aunque no participen regularmente de la fiscalización de las APP, tienen facultades para, mediante previo requerimiento de las partes interesadas, requerir (el Ministerio Público) o adoptar decisiones (el Poder Judicial) con respecto a eventuales violaciones de las normas jurídicas en los procesos de adjudicación (por ejemplo, denuncias sobre direccionamiento de las licitaciones para favorecer al interés privado de algunas empresas) o durante la ejecución del contrato (como, por ejemplo, en casos de denuncias de renegociaciones fuera de los casos definidos en la ley y en el contrato). En este orden, se consideran dentro del concepto de control especialmente los casos en que un órgano del Poder Judicial pueda suspender o anular procesos de adjudicación de APP, aunque cuando ya hayan sido adjudicados o celebrados los respectivos contratos.

También hay que diferenciar si el control se ejerce solamente en términos de legalidad, o sea, en cuanto a verificar las eventuales violaciones a las normas legales o constitucionales acerca de los procesos de contratación pública o de la ejecución contractual, o si los controladores también pueden cuestionar el mérito de la decisión administrativa, por ejemplo, en cuanto a la elección del diseño para la estructuración del proyecto, o requerir su adaptación al modelaje que, en la visión del órgano controlador, mejor capta valor por dinero para el proyecto que un gestor desea licitar. En algunos países, se verifican casos en los cuales los tribunales de cuentas controlan el objeto de los proyectos, en términos de asignación de riesgos, indicadores de calidad, valor de las tarifas, etc. El control judicial, de otra parte, suele ser de legalidad, pero hay casos, como el de Brasil, en el cual los principios de la eficiencia y de la economicidad están en la Constitución Federal (y son, por lo tanto, normas jurídicas). Así por lo menos en la teoría, se pone más difícil trazar los límites entre el control de la legalidad y del contenido del proyecto de APP.

Otra ilustración interesante de la diversidad es el caso de la República Dominicana, en el cual hay múltiples órganos considerados controladores (ver box 3).

- **BOX 3 – Los órganos que impactan la práctica del control: El caso de La República Dominicana**

En la República Dominicana existen los siguientes órganos que impactan en la práctica del control de las APP.

**Cámara de Cuentas:** ejerce el control externo. Analiza básicamente el control fiscal de los recursos públicos, así como de los procesos administrativos. En el caso de las APP, analiza el cumplimiento de la legalidad del proceso de selección del contratista y durante la ejecución del contrato puede realizar auditorías para determinar el cumplimiento de las condiciones contractuales. También puede controlar algunos aspectos materiales. Básicamente, se limita a determinar si el contrato estuvo o no apegado a la legalidad, sin mayores cuestiones materiales. Los informes de auditoría de la Cámara de Cuentas pueden establecer presuntas responsabilidades administrativas, civiles y penales, lo cual permitiría a otros órganos como el Ministerio Público accionar judicialmente.

**Contraloría Nacional:** ejerce control interno, analizando y autorizando las órdenes de pago de toda contratación, lo que incluyen a las APP que requieran erogación de fondos públicos, previa comprobación del cumplimiento de los trámites legales y administrativos.

**Órgano regulador de las APP -La Dirección General de APP:** la Dirección General de APP es la entidad autónoma y descentralizada del Estado que promueve, regula y fiscaliza las Asociaciones Público-Privadas. En el ejercicio de sus funciones promoverá y regulará las asociaciones público-privadas de manera ordenada, eficiente y transparente, velando por el cumplimiento de la Ley 47-20, sobre Asociaciones Público Privadas y fiscalizando a los agentes públicos y agentes privados que intervengan en dichos proyectos.

**Pro-Competencia y la Dirección General de Contrataciones Públicas:** la Dirección General de Contrataciones Públicas interviene emitiendo opiniones técnicas con respecto al diseño y la estructuración de los procesos competitivos que realiza la Dirección General de APP para los proyectos de APP.

**Otros órganos reguladores sectoriales:** asimismo, órganos reguladores, como es el caso de las telecomunicaciones, la energía, la minería, el transporte público, entre otros pueden tener incidencia en algunos aspectos en proyectos de APP, pero no tienen una función propia de control.

En el caso dominicano no existe un control, más allá del jurisdiccional, sobre la decisión de realizar un proyecto bajo la modalidad de APP para la solución del problema identificado.

El caso de la República Dominicana es interesante de analizar, debido a las diferentes instancias del control. Una APP deseada por un gestor público se somete a controles clásicos, como es el de la Cámara o Tribunal de Cuentas, pero también al control de la Contraloría Nacional, que tiene poder para aprobar todos los pagos de los contratos de APP, actividad que, en otros países, se acostumbra a quedarse, como acto de gestión de los contratos, a la entidad contratante. Así, en el caso dominicano, el momento del pago se aproxima más a una instancia de control que de la gestión del contrato. Además, como se va a discutir adelante, aparecen también los roles de los órganos reguladores, específicamente de proyectos de APP, con la reciente creación de la Dirección General de las APP, y de defensa de la competencia, ese último con poder, en algunos casos, de bloquear la firma de ciertos contratos (por ejemplo, por control de concentración de empresas).

## 2 Caracterización de los Órganos de Control de las APP en ALC, sus Principales Roles y Momentos de Fiscalización

Basada en la definición amplia y heterogénea, discutida anteriormente, de lo que son órganos de control de las APP, en esta sección se presentan sus diferentes tipos, y en cuál fase actúan desde la etapa del planeamiento de un proyecto hasta el fin del contrato. También se comentará si actúan de oficio o si necesitan ser motivados por denuncias de fallas en los proyectos. Como se pudo notar, los órganos varían sustancialmente entre los países investigados, lo que demuestra que la experiencia latinoamericana es rica y que los países están en distintos grados de madurez en términos de control de APP.

Incluso, el estudio evidencia que existen casos de diferentes realidades circunscritas en un mismo país, especialmente en aquellos que adoptan el sistema federal. En Brasil, por ejemplo, en los distintos niveles (federal, estadual o municipal), interactúan diferentes órganos de control con diferentes alcances y atribuciones dependiendo del proyecto, como las agencias reguladoras, los tribunales de cuentas y el Poder Judicial. Los proyectos municipales o estaduais que cuenten con aportes del gobierno federal también están sujetos al control del tribunal de cuentas federal (el *Tribunal de Contas da União* - TCU).

En las secciones siguientes se analizará el papel de los siguientes tipos de órganos que realizan controles: (3.1) las cortes o los tribunales de cuentas, los cuales tienen independencia del Poder Ejecutivo y están más asociados a la definición de control estricta y teórica, (3.2) los órganos internos de la Administración Pública, que poseen diferentes ramificaciones y pueden ser los más relevantes para algunos países como el caso de Uruguay, (3.3) además del Ministerio Público, que puede recibir e encaminar denuncias, y del Poder Judicial, que puede decidir sobre el destino de las APP. Esos no son los órganos de control cotidiano, pero tienen actuaciones importantes, a pedido de una parte.

### 2.1 Autoridades de Auditoría Externas / Tribunales de Cuentas

Las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), también conocidas como cortes o tribunales de cuentas, o Contralorías (externas a la Administración Pública), juegan un rol muy importante cuando se trata del control externo, sea de la Administración Pública en general o de las APP en específico. Suelen ser órganos independientes del Poder Ejecutivo, cuya contribución está fundamentada en observar el cumplimiento normativo por parte de los gestores públicos, y en el caso de las APP, poseen relevancia para prevenir y evitar daños al patrimonio público que

puedan provenir de esos proyectos. Dependiendo del país, actúan de forma previa, concomitante o *ex post* a la definición, estructuración o adjudicación de los proyectos y contratos.

El ecosistema de las EFS a nivel regional está integrado en la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OALCEFS), que es un grupo conformado por 23 Entidades Fiscalizadoras Superiores (Perú, Chile, Brasil, Colombia, Costa Rica, México, República Dominicana, Uruguay, entre otros). A su vez, la OALCEFS pertenece a la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI, en inglés, *International Organization of Supreme Audit Institutions*). Ambos organismos, al promover el intercambio de experiencias entre tribunales de cuentas, fortalecen las instituciones en los países y fomentan lineamientos internacionales sobre temas de relevancia.

Su actuación en temas de APP y participación privada no es diferente. El grupo de trabajo en auditoría de proyectos con participación privada de la INTOSAI, desde los años 2000, ha generado lineamientos (ISSAI) y otros documentos oficiales. Las ISSAI más relevantes en materia de APP, actualmente en proceso de revisión, son la ISSAI 5220<sup>10</sup> “Lineamientos sobre Buenas Prácticas para auditoría de Finanzas Público/Privadas y Concesiones” y la ISSAI 5240<sup>11</sup> “Lineamientos sobre Buenas Prácticas para auditorías de riesgos en APP”. Ambas constituyen marcos de acción para las EFS en materia de fiscalización de APP.

Las ISSAI son utilizadas por las EFS a lo largo del ciclo de los proyectos, tal como se aprecia en la figura 1.

---

<sup>10</sup> Lineamientos sobre Buenas Prácticas para auditoría de Finanzas Público/Privadas y Concesiones, acceda en español: <https://www.issai.org/?s=ISSAI+5220> .

<sup>11</sup> Lineamientos sobre Buenas Prácticas para auditorías de riesgos en APP, acceda en español: <https://www.issai.org/?s=ISSAI+5240> .



- **Figura 1 – ISSAI: Mejores Prácticas para fiscalizar las APP**

### FIGURA A4 - 3

#### Prácticas recomendadas de ISSAI 5220 para la auditoría de programas de protección de pago



Fuente: The World Bank, 2020. Policy Note on attracting private investment to infrastructure in Peru 2020:

De hecho, frecuentemente la idea de control está directamente asociada a las EFS / tribunales de cuentas y sus auditorías. El rol y el enfoque de esas instituciones, sin embargo, pueden variar en los diferentes países, desde los casos en que se limita a la fiscalización meramente financiera, hasta ejemplos de tribunales de cuentas que participan de temas como la calidad de la regulación y la prevención del lavado de dinero. En algunos casos la competencia de estos órganos está restringida a fiscalizar el cumplimiento de las cláusulas financieras de las inversiones y los pagos en el marco de cada contrato, sin atribución fiscalizadora sobre las decisiones administrativas de estructuración del proyecto (modelo tarifario y estructura de pagos, niveles de servicio, indicadores de desempeño, etc.). En otros casos, como hemos visto, las atribuciones son bastante más amplias. En algunos países, las convocatorias a licitar tienen que ser auditadas con antelación por la EFS, como es el caso en Brasil, a nivel federal, y en Chile.

Además, en algunos casos, los tribunales de cuentas tienen poder para imponer sanciones a los agentes públicos y a los privados que no respeten las leyes de contratación pública, sobre transparencia administrativa y lucha contra la corrupción. En otros, como en República Dominicana y en Uruguay, las EFS son órganos consultivos, sin poder sancionador, según se muestra en la tabla debajo. La tabla también permite observar que los tribunales de cuentas suelen tener un rol activo central en la fiscalización de proyectos y ejecución de las APP.



• **Tabla 01: Rol de los Tribunales de Cuentas por fase de proyectos de APP**

País	Poder de revisión del proyecto	Poder de fiscalizar la ejecución del proyecto	Poder de sancionar agentes públicos o privados en caso de desvío
Brasil <sup>12</sup>	Sí <sup>13</sup>	Sí <sup>14</sup>	Sí <sup>15</sup>
Chile <sup>16</sup>	No (en cuanto al contenido del Proyecto, solo el cumplimiento normativo de este)	No directamente	Sí, agentes públicos
México <sup>17</sup>	Si	Si	Si
Perú	Sí <sup>18</sup>	Sí	Sí, solo sancionan agentes públicos
República Dominicana <sup>19</sup>	No	Sí <sup>20</sup>	No
Uruguay <sup>21</sup>	Sí	No directamente	No

Fuente: Elaboración propia

Para ilustrar el rol de los tribunales de cuentas en las APP, utilizamos el caso de Brasil (Box 4). Mostramos la importancia del Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU) en las diferentes fases del proyecto.

<sup>12</sup> A nivel federal – rol del Tribunal de Cuentas de la Unión.

<sup>13</sup> Art. 18, VIII, Ley 9.491/1997.

<sup>14</sup> Art. 71, Constitución Federal. A nivel federal, art. 41, Ley 8.443/1992; art. 14, § 5º, Ley 11.079/2004; Ley 13.334/2016, entre otras.

<sup>15</sup> A nivel federal, art. 5º, 57 y 58, Ley 8.443/1992

<sup>16</sup> A través de Contraloría General de la República Ley 10.336: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=18995>

<sup>17</sup> A nivel federal a través de diversos órganos como la Auditoría Superior de la Federación, la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación y la Secretaría de la Función Pública. A nivel subnacional, los estados cuentan con Secretarías de Contraloría que supervisan estas actividades.

<sup>18</sup> Son mandatos de la Contraloría General de República, vea la normativa en [https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/CGRNew/as\\_contraloria/as\\_portal/Conoce\\_la\\_contraloria/Normatividad/NormasControl/](https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/CGRNew/as_contraloria/as_portal/Conoce_la_contraloria/Normatividad/NormasControl/)

<sup>19</sup> Ley N.º 10-04 de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana.

<sup>20</sup> Art. 10 de la Ley N.º 10-04 de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana.

<sup>21</sup> Ley N.º 18.786 de fecha 19/07/2011 Participación público privada - Art. 23 y 47.

<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18786-2011/8>

- **BOX 4. Las APP y el Tribunal de Cuentas de la Unión Federal (Brasil)**

El rol del Tribunal de Cuentas Federal en Brasil es bastante amplio, e incluye no solo auditorias financieras y contables, sino también de la consistencia de los proyectos, los indicadores de calidad, así como la legalidad de las reglas que definen quiénes pueden participar en las licitaciones.

El control de las APP suele ser concomitante en el ámbito federal. La Ley 9491/1997, que regula el Programa Nacional de Desestatización, determina competencias al gestor del Fondo Nacional de Desestatización para preparar la documentación de los proyectos de desestatización para la apreciación del Tribunal de Cuentas de la Unión.

En 2016, la Ley 13.334 creó el programa de alianzas de inversiones (*Programa de Parcerias de Investimentos*, en portugués) y ha determinado que los proyectos calificados como APP sean tratados como emprendimientos de interés estratégico y tengan prioridad nacional ante todos los agentes públicos en las esferas administrativa y controladora de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los municipios. Esa ley también requiere que los órganos con atribuciones sobre los proyectos actúen en articulación con los órganos y las autoridades de control, para el incremento de la transparencia de las acciones administrativas y para la eficiencia en la recepción y la consideración de las contribuciones y las recomendaciones.

En relación con la extensión de su poder de revisión, el TCU determina, en su Instrucción Normativa 81/2018 que, a fines de que sea posible planear las acciones de control, los órganos responsables de los procesos de desestatización envíen al Tribunal un extracto del planeamiento de la desestatización deseada, en el cual conste la descripción del objeto, la previsión del valor de las inversiones, su relevancia, localización y cronograma licitatorio, con una antelación mínima de 150 días de la fecha prevista para la publicación de la convocatoria a la licitación. Los estudios técnicos y económico financieros que respaldan la licitación de la APP deben ser enviados con antelación de 90 días de la fecha prevista para la publicación de la convocatoria a contratar, para que sean examinados por el TCU en conjunto con los documentos jurídicos de la licitación.

El control del TCU evalúa las características centrales del proyecto, lo que incluye no solo los impactos en el presupuesto y las finanzas públicas, sino también los estudios realizados y las características de los proyectos, las proyecciones de demanda, las posibilidades de soluciones alternativas o proyectos asociados, la metodología de verificación del equilibrio económico financiero del contrato, la documentación relativa a las manifestaciones del órgano ambiental competente, la matriz de riesgos, entre otras.

En los casos en los cuales la APP necesita aportes públicos, el TCU requiere evidencia de las garantías a ser provistas por el poder público y un estudio que contenga una descripción exhaustiva de todos los elementos que componen la matriz de reparto de riesgos del emprendimiento, fundamentando la asignación de cada riesgo mapeado para cada una de las partes involucradas en el contrato que será firmado.

## 2.2 Los controles internos de la Administración Pública

En esa sección se presentarán los órganos que pertenecen a la Administración Pública que suelen tener roles de control sobre las APP. Estos pueden ser: el propio poder público contratante, las agencias reguladoras, las contralorías internas y los órganos de defensa de la competencia.

Un ejemplo interesante de participación de órganos de control de la administración pública es México, donde están involucrados desde etapas muy tempranas del proceso.

- **Box 5:** *la participación del gobierno y de la administración en el control de APP en México*

A nivel federal, la Ley de APP del gobierno mexicano lo hace participe desde etapas muy tempranas en el desarrollo de proyectos de APP a diversas dependencias para supervisar y vigilar el correcto desarrollo y apego de estos proyectos a las leyes. Se destacan la participación de la Unidad de Inversiones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) y de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación (CIGFD).

Las unidades gubernamentales interesadas en ejecutar proyectos de APP trabajan de la mano de la Unidad de Inversiones, quien brinda asesoría y apoyo en el desarrollo del proyecto. Entre las atribuciones de esta unidad administrativa, se encuentra el garantizar que los proyectos se realicen bajo los principios de transparencia y supervisar los proyectos APP en sus diferentes etapas.

Por su parte, la CIGFD es una instancia de coordinación de acciones interinstitucionales para la atención de los asuntos en materia de gasto público federal. Entre otras funciones, vigila la asignación y priorización de programas y proyectos de inversión, incluida la autorización presupuestal para proyectos de APP que requieran recursos federales. Está integrada por representantes de las diversas Secretarías de Estado, incluida la Secretaría de la Función Pública.

### 2.2.1 El poder público contratante

Suele haber interacción entre las atribuciones de supervisión/gestión de los contratos y de control. Quien supervisa y tiene poder de penalizar a los operadores por una mala ejecución contractual, decretar una intervención o incluso iniciar/solicitar la rescisión anticipada del contrato, seguro tiene un rol de control de la APP.

Algunos países cuentan con agencias reguladoras independientes, o sea, entidades con personalidad jurídica propia, no subordinadas a la administración directa, con autonomía decisoria y administrativa. En las jurisdicciones o los niveles del gobierno que han constituido agencias reguladoras, como parte de las reformas administrativas de los años 1990 (David Levi-Faur & Jacint Jordana, 2006), se observa esa separación entre el poder público contratante y el órgano administrativo de fiscalización de las APP. Pero en muchos casos, los roles de contratación y de fiscalización aún están mezclados.

En ese contexto se analiza el rol de los órganos de la Administración Pública sobre los proyectos de APP. En primer lugar, es necesario considerar la figura del poder público contratante, pues es común en la Administración Pública que el órgano que contrata sea también quien supervise más continuamente la ejecución de la APP. La contraparte pública está siempre presente como contratante en los proyectos de APP, pero en algunos casos tiene doble rol, asumiendo también la función supervisora. En esas situaciones, quien fiscaliza los contratos de APP es el poder público contratante y suele incluso tener poder para intervenir en las APP y aplicar sanciones. Esto se da, por ejemplo, en los proyectos de APP en Uruguay.

De hecho, en casos en los cuales una entidad independiente no está presente, es habitual que un ministerio o secretaría responsable, que puede ser el responsable del proyecto o no, se encargue también de su supervisión/fiscalización. Por ejemplo, en Chile, si el concedente es el Ministerio de Salud, el supervisor es el Ministerio de Obras Públicas (MOP) a través de su estructura de concesiones, pues el MOP lidera la licitación de la APP a través de un convenio-mandato suscrito con el ministerio sectorial; pero solo el MOP tiene las competencias y agencias o direcciones facultadas para realizar la supervisión del proyecto.

En el caso del Perú, para los proyectos del ámbito nacional (por ejemplo, salud, educación, prisiones, residuos sólidos), o en el caso de los proyectos del ámbito subnacional que no cuenten con un ente regulador propiamente dicho, es el titular de la APP quien se encarga de contratar al Supervisor del proyecto: éste último tiene relación y reporta de forma directa con aquel.

En todo caso, es necesario aclarar que ese rol de control no se confunde con el hecho de que distintos ministerios, secretarías y órganos del Poder Ejecutivo en general pueden formar parte en el proceso de estructuración del modelo de un APP (por ende, en la toma de decisión sobre su modelo contractual, la matriz de riesgos, los esquemas tarifarios, los indicadores de calidad y de desempeño).

El hecho de que distintos ministerios hagan sugerencias o puedan requerir del órgano de origen cláusulas o previsiones adicionales no es efectivamente una actividad de control. Por ejemplo, el hecho que el órgano encargado de la ingeniería requiera modificaciones en el proyecto, o que el órgano ambiental exija que ciertas compensaciones o providencias de protección ambiental consten en el borrador del contrato de APP a ser licitado, no los convierte propiamente en órganos de control de la APP, aunque su intervención pueda cambiar algunas características del proyecto originalmente concebido por el órgano interesado en estructurar la APP.

Existen casos en que otros órganos del Poder Ejecutivo, aunque no sean típicos controladores, juegan un rol de bloqueo, de revisión o de no aprobación de proyectos, como ocurre cuando los Ministerios de Hacienda no liberan el dinero necesario para el pago de la contrapartida pública, o cuando el Ministerio de Medio Ambiente decide no otorgar las licencias necesarias. Aunque no sean órganos controladores, juegan roles relevantes cuando se considera que pueden impedir que un proyecto de APP sea implementado.

## 2.2.2 Las agencias reguladoras

Las agencias reguladoras suelen ser los típicos órganos de supervisión, y por lo tanto, los primeros controladores, de la ejecución de los contratos de APP. Suelen tener el poder de imponer advertencias, multas y, en algunos casos, embargar la continuidad de una obra o contrato.

Sin embargo, no siempre participan de las etapas de priorización de los proyectos, del diseño de proyectos y del modelo licitatorio, sino que estas etapas suelen quedar a cargo del poder público contratante, representado por los respectivos ministerios o secretarías (a nivel subnacional en los países federales, en los cuales tenemos estados y municipios).

- **BOX 6 – La participación de la entidad reguladora en el control de las APP en la República Dominicana**

En el caso de la República Dominicana, cuando se trata de proyectos de APP, la Dirección General de Alianzas Público Privadas participa en la etapa del proyecto, desde su fase de evaluación de qué hacer, la selección del agente y su terminación. Es la unidad centralizadora de todas las APP, que también tiene funciones reguladoras. Su función principal es promover y regular las APP. No tiene el rol de poder concedente. Se crea en virtud de la Ley N.º 47-20 sobre APP.

Dentro de sus principales funciones de control de la Dirección antes mencionada, se encuentran las siguientes:

- Controlar el cumplimiento, supervisión y el monitoreo de la normal ejecución de los contratos de asociaciones público privadas;
- Conducir las fases de los procedimientos para la presentación, la declaración de interés público y el proceso de selección de iniciativas privadas y ofertas;
- Evaluar y decidir sobre la pertinencia de la iniciativa en función del Sistema Nacional de Planificación e Inversión Pública, y de las políticas y estrategias nacionales de desarrollo y las prioridades establecidas por el Gobierno;
- Emitir el veredicto recomendando a la autoridad contratante la adjudicación o no del contrato

La Dirección General de APP sería la que revisaría las metas del proyecto y su cumplimiento, juntamente con la entidad contratante. En una primera etapa controla y revisa el proceso de selección. Sus decisiones pueden ser apeladas ante la jurisdicción administrativa. También supervisa y gestiona la operatividad de proyectos de APP. En esta parte, interactúa directamente y puede ejercer aspectos de control sobre la distribución de riesgos, los niveles de servicio, así como otras disposiciones contractuales, juntamente con la entidad contratante.

Fuente: Elaboración propia

El rol de las agencias reguladoras puede variar incluso dentro de un mismo país, pues puede haber casos de sectores específicos que no tienen agencias reguladoras, mientras otros las tengan. La tabla a continuación presenta una síntesis de las atribuciones de las agencias reguladoras en los

diferentes países estudiados. En caso de los países con múltiples niveles de gobierno (nacional y subnacional), se ha considerado la realidad del gobierno central/nacional (o el nivel federal).

• **Tabla 02: Rol de las agencias reguladoras a nivel nacional**

País	Tiene una o más entidades administrativas independientes con poder sobre las APP	Poder de concebir o revisar el proyecto antes de la licitación	Poder de fiscalizar la ejecución del proyecto	Poder de sancionar agentes privados
Brasil <sup>22</sup>	Sí	En regla, sí <sup>23</sup>	Sí	Sí
Chile	Sí	Sí	Sí	Sí
México	Sí	Sí	Sí	Sí
Perú <sup>24</sup>	Sí	Sí	Sí	Sí
República Dominicana <sup>25</sup>	Sí	Sí	Sí	Sí
Uruguay <sup>26</sup>	No	No	No	No

Fuente: Elaboración propia

### 2.2.3 Las contralorías internas

En muchos países, los distintos órganos del Poder Ejecutivo responden a una contraloría interna, la cual, si bien no es un órgano independiente del jefe del Poder Ejecutivo, está separado de los que ejercen los roles de poder concedente en las APP y suele tener funciones de transparencia, fiscalización lucha contra la corrupción y la garantía del uso adecuado de los recursos públicos. También suelen hacer la verificación de que la contratación y los pagos correspondientes hayan cumplido con las normas legales vigentes.

• **Tabla 3: Presencia de contralorías internas y sus roles**

<sup>22</sup> En Brasil, existe una ley general con las atribuciones de las agencias reguladoras (Ley 13.848/2019), además de existir leyes específicas que crean cada agencia reguladora y disciplinan sus roles (como la Ley 9.427/1996, que creó la primera agencia reguladora a nivel federal, la Agencia Nacional de Energía Eléctrica (Aneel). Las competencias de cada entidad reguladora pueden variar según las leyes específicas.

<sup>23</sup> No siempre los proyectos pasan por la agencia reguladora, aunque sea el caso en algunos sectores y niveles de gobierno. En el caso de las APP de energía eléctrica, las direcciones del proyecto son definidas por el poder concedente, que puede delegar a la Aneel la realización del procedimiento licitatorio. En el caso de la Agencia Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), ella tiene atribución para proponer al Ministerio de Transporte, en los casos de concesión o autorización, los planos de otorgas, instruidos por estudios específicos de viabilidad técnica y económica, para la exploración de la infraestructura y la prestación de servicios de transporte terrestre (Ley 10.233/2001).

<sup>24</sup> No hay una sola página oficial que agrupe a todas las agencias reguladoras de servicios públicos del país, sin embargo, a continuación se mencionan: OSIPTEL-Telecomunicaciones, OSITRAN-Transportes, SUNASS-Agua y Saneamiento y OSINERGMIN-Energía

<sup>25</sup> En República Dominicana, la Ley N.º 47-20, crea la Dirección General de APP, que es una entidad autónoma y descentralizada del Estado, la cual tiene personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, jurisdiccional, financiera y técnica, y estará adscrita al Ministerio de la Presidencia.

El párrafo del artículo 5 de la Ley N.º 47-20 establece que dentro de sus funciones se encuentran las de promover y regular las APP de manera ordenada, eficiente y transparente. Asimismo, establece que se deberán mitigar los riesgos de los proyectos, mediante la regulación y la fiscalización de los agentes públicos y privados que intervengan en dichos proyectos.

<sup>26</sup> Ley N.º 18.786 de fecha 19/07/2011 Participación público privada.  
<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18786-2011/8>

País	Tiene contraloría interna con poder de fiscalización en las APP	Poder de revisión del proyecto antes de la licitación	Poder de fiscalizar la ejecución del proyecto	Poder de sancionar agentes públicos o privados en caso de desvío
Brasil <sup>27</sup>	Si <sup>28</sup>	No	No directamente	Si
Chile	Si (con la misma precisión respecto al alcance de Tabla 1)	No directamente	No directamente	Si <sup>29</sup> .
México	Si	Si	Si	Si
Perú	No <sup>30</sup>	N.A.	N.A.	N.A.
República Dominicana <sup>31</sup>	Si	No	Si, con limitaciones	No
Uruguay <sup>32</sup>	Si	No	No directamente	No

Fuente: elaboración propia

Podemos observar una importante heterogeneidad en los países analizados. En el caso de la República Dominicana, por ejemplo, la contraloría ejerce el control interno, analizando y autorizando las órdenes de pago de toda contratación que requiera erogación de fondos públicos, previa comprobación del cumplimiento de los trámites legales y administrativos. Básicamente, su intervención se limita a los aspectos de control de erogación de fondos al contratista. Igualmente, puede realizar auditorías en los proyectos de APP.

## 2.2.4 Órganos de defensa de la competencia

Los roles de los órganos de defensa de la competencia suelen incluir atribuciones de revisión de propuestas de concentración empresarial, en el caso en que un agente económico compre otros activos o proyectos de APP, o de revisión de procesos de subcontratación. Existe también el control de denuncias de conductas anticompetitivas (por ejemplo, cárteles en licitaciones públicas), además de un rol consultivo, lo que puede incluir opiniones sobre las invitaciones para licitar (por ejemplo, evitándose que sean creadas barreras a la entrada).

La participación de los órganos de defensa de la competencia en las contrataciones públicas de APP tiene el potencial de reducir el riesgo de ofertas oportunistas, la concentración de poder económico y, en consecuencia, pueden favorecer la obtención de condiciones más ventajosas para la Administración Pública (y, por consecuencia, a los usuarios y la sociedad). Además,

<sup>27</sup> Respecto al órgano federal, la Contraloría General de la Unión (CGU). Estados y municipios también suelen tener órganos internos de control y transparencia.

<sup>28</sup> A nivel federal, la Contraloría General de la Unión (CGU) tiene sus atribuciones definidas en la Ley 10.683/2003.

<sup>29</sup> En el caso del Ministerio de Obras Públicas, su Fiscalía interna inicia los procedimientos sancionatorios pero la sanción la impone el Ministro.

<sup>30</sup> Son mandatos de la Contraloría General de República, vea la normativa en [https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/CGRNew/as\\_contraloria/as\\_portal/Conoce\\_la\\_contraloria/Normatividad/NormasControl/](https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/CGRNew/as_contraloria/as_portal/Conoce_la_contraloria/Normatividad/NormasControl/)

<sup>31</sup> Ley N.º 10-07 que instituye el Sistema Nacional de Control Interno y de la Contraloría General de la República, establece sus atribuciones y competencias.

<sup>32</sup> Ley N.º 18.786 de fecha 19/07/2011 Participación público privada <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18786-2011/8>



cuanto mayor sea el número de licitantes en un proceso competitivo, mejores se espera que sean las propuestas y, así, el resultado de la adjudicación. Si el proceso de elección del contratante es adecuado (no viciado por cárteles y sin barreras innecesarias a la entrada), es esperable que el poder público contratante o el órgano regulador, cualquiera sea el caso, esté en mejor posición para acompañar el desarrollo de los proyectos.

Los órganos de defensa de la competencia también pueden emitir opiniones consultivas, no vinculantes, buscando promover entre los órganos sectoriales concedentes la ejecución de licitaciones competitivas, sin limitaciones innecesarias que puedan amenazar la competencia o los resultados óptimos para la Administración. El mismo rol pueden cumplir esos órganos en los casos en que el adjudicatario de la concesión deba realizar una obra o un servicio que requiera la participación de terceros o la realización de un proceso competitivo de tercerización. En estos casos, en algunos países, el órgano de defensa de la competencia puede emitir directrices o controlar el nuevo proceso de licitación de tercerización, como en Chile.

- **BOX 7** – El control de las APP por parte de los órganos de defensa de la competencia – el caso brasileño

En Brasil, el Sistema de Defensa de la Competencia está formado por una secretaría del Ministerio de Economía (SEAE) y por el Consejo Administrativo de Defensa de la Competencia (CADE, en portugués). La Secretaría de Abogacía de la Competencia y la Competitividad (*Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade – SEAE*) tiene un rol consultivo, y puede emitir opiniones sobre la estructura de los proyectos de privatización y de APP, y el CADE es el órgano administrativo judicante, que decide sobre actos de concentración y denuncias de conductas anticompetitivas.

Los casos de cartelización en contrataciones públicas, incluso de APP, son analizados por el Consejo, que puede imponer sanciones a las empresas que participen en conductas anticompetitivas en las licitaciones y contrataciones de APP.

Los consorcios formados para participar en las licitaciones en APP están exentos del control de la concentración en Brasil.<sup>33</sup> Pero, si durante la vida del contrato de APP, se experimentan cambios en la composición societaria del socio privado, y si los grupos económicos involucrados cumplen los requisitos de ingresos anuales previstos en la legislación, el órgano de defensa de la competencia deberá evaluar la concentración resultante de la operación pretendida, y podrá aprobarla, rechazarla o imponer restricciones para que sea aprobada.

Además, es interesante mencionar que el CADE ha firmado un acuerdo de cooperación técnica con el TCU en el 2018, con el objetivo de intercambiar inteligencia y tecnología en la lucha contra cárteles en licitaciones.<sup>34</sup>

En la República Dominicana, el órgano de defensa de la competencia tiene un rol de consultoría no vinculante a otros sectores y entes reguladores, como a la Dirección General de Alianzas Público Privadas. Adicionalmente, puede en ciertos casos revisar actos jurídicos estatales contrarios a la libre competencia, a través de un informe público a la autoridad respectiva.

<sup>33</sup> Ley 12.529/2011 (Ley Brasileña de Defensa de la Competencia ). Ver art. 90, par. único.

<sup>34</sup> <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-tcu-celebram-acordo-de-cooperacao>. Acceso el 01.Dic.2020.



Asimismo, ejerce una facultad de abogacía de la competencia. Actualmente se discute su funcionalidad, intervención e injerencia en las contrataciones públicas. No es ni tiene funciones propiamente de órgano de control.

## 2.3 El Ministerio Público y el Poder Judicial

El Ministerio Público y el Poder Judicial, dependiendo del país,<sup>35</sup> pueden tener roles relevantes en el control de las APP, y actuar para impedir la licitación o la ejecución de determinados proyectos que se presenten como ilegales o inconstitucionales, también encausar procesos de manera posterior al pronunciamiento de las EFS.

No obstante, cabe aclarar que no son órganos de monitoreo cotidiano de las APP ni de control directo, sino que actúan en casos específicos. El Poder Judicial tiene que ser motivado por un agente interesado en el control o por una entidad que tenga por finalidad la defensa del interés público, como, por ejemplo, asociaciones, fundaciones, o el Ministerio Público.

Aunque el Ministerio Público no sea propiamente un órgano de control, pues no posee poderes de revisión o anulación de decisiones sobre las licitaciones o la ejecución de los contratos de APP, suele tener amplios poderes de investigación de delitos y capacidad para proponer acciones judiciales que pueden resultar en el bloqueo de proyectos de APP que estén siendo gestionados o en ejecución. El Ministerio Público actúa, ya sea cuando recibe denuncias, o de oficio, en los casos en los cuales hay sospechas de problemas de estructuración, errores en el cálculo del mantenimiento del equilibrio económico financiero o de corrupción.

Pese a que el Poder Judicial no puede reemplazar al Poder Ejecutivo en sus roles de estructurar los proyectos de APP, en algunos países se observa la presencia de principios constitucionales como la economicidad, la eficiencia y la competitividad que confieren al Poder Judicial amplias herramientas para controlar, no solamente la legalidad formal de las APP, sino también aspectos de carácter económico. Ese es el caso de Brasil.

---

<sup>35</sup> En algunos países, como en Chile, el Ministerio Público solamente tiene un rol en la persecución penal. En otros casos, como en Brasil, además del rol penal, también pueden proponer acciones civiles públicas de reparación de daños, incluso por falta de transparencia administrativa, en casos de violación del patrimonio público, enriquecimiento ilícito de los gestores públicos e, incluso, por violación de los principios de la Administración Pública, como honestidad y lisura.

• **Tabla 4: Rol del Poder Judicial**

País	Poder de suspender / extinguir licitaciones en casos de ilegalidades	Poder de suspender / extinguir contratos administrativos en caso de ilegalidades	Extensión del control: Solamente por cuestiones de ilegalidades formales / procedimentales (1) o, también controla el contenido de los proyectos, invitaciones a contratar o cláusulas contractuales (2)
Brasil	Sí	Sí	2 <sup>36</sup>
Chile	Sí	Sí	1
México	Si	Si	1
Perú	No	No	No
República Dominicana	Si <sup>37</sup>	Si <sup>38</sup>	2
Uruguay <sup>39</sup>	No <sup>40</sup>	No	No

Fuente: Elaboración propia

Para ilustrar la interacción entre tribunales de cuentas y el Poder Judicial, el Box 8 discute el caso de Perú.

<sup>36</sup> Según la Constitución Federal brasileña, cualquier lesión o amenaza al derecho puede ser decidida por el Poder Judicial (art. 5º, XXXV). Según el art. 37, son principios de la Administración pública la legalidad, la impersonalidad, la moralidad, la publicidad y la eficiencia. Además, el art. 70 menciona la economicidad como una de las dimensiones del control de las cuentas públicas. Por lo tanto, como son normas jurídicas, esos principios pueden ser invocados para respaldar decisiones judiciales relacionadas con APP. Así, es posible al Poder Judicial decretar la nulidad de un contrato de APP porque, en su visión, resulta ineficiente o antieconómico.

<sup>37</sup> En sede administrativa se puede ordenar la suspensión del procedimiento competitivo o de selección. También se puede realizar a través de una medida cautelar dictada por la jurisdicción contenciosa-administrativa.

<sup>38</sup> En República Dominicana, la jurisdicción competente sería la contenciosa-administrativa que conocería sobre los recursos contenciosos contra los actos, incluidos los contratos, las actuaciones y las disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares.

<sup>39</sup> Ley N.º 18.786 de fecha 19/07/2011 Participación público privada  
<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18786-2011/8>

<sup>40</sup> En Uruguay, este rol puede adjudicarse al Tribunal Contencioso Administrativo (TCA). El Tribunal de lo Contencioso Administrativo entenderá en las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una norma de derecho o con desviación de poder. Por ejemplo, puede declarar la nulidad de una adjudicación definitiva.

- **BOX 8.** *El control judicial en Perú: Momentos y contenido de las decisiones de los controladores*

En los informes de auditoría de cumplimiento (control posterior) emitidos por la Contraloría General de la República del Perú (CGR Perú)<sup>41</sup> con frecuencia se determinan presuntas responsabilidades administrativas, civiles y penales de los funcionarios públicos.

Si bien la decisión de la CGR Perú no puede ser revisada por otros órganos del Estado, son el Poder Judicial, a través de sus órganos jurisdiccionales, y el Ministerio Público quienes se encargan de evaluar los resultados de las auditorías y, si es el caso, impulsar procesos civiles y penales, respectivamente. Es importante mencionar además que suele haber interacción entre los funcionarios de las entidades antes mencionadas y los funcionarios de la CGR, pues la materia auditada, contratos de APP, es compleja y de un alto componente técnico, de modo que pueden realizarse reuniones donde la CGR presenta un resumen de la auditoría y responde consultas.

Además, debe tenerse en cuenta que, en los casos graves de desvíos de conducta en los procesos de licitación o de ejecución de los contratos de APP, en varios países de ALC, el Poder Judicial suele tener atribuciones para no solamente determinar la reparación de los daños al Estado, sino también condenar las personas involucradas por falta de transparencia administrativa e, incluso, penalmente. Los países de ALC están mejorando sus leyes de prevención y penalización de prácticas de corrupción y conductas anticompetitivas en las contrataciones públicas.

### 2.3.1 Los tribunales arbitrales

Una vez más es importante subrayar que la interpretación de órganos de control en este documento se entiende de forma amplia sobre la base de la percepción de los especialistas de las experiencias concretas en la región de América Latina y el Caribe. Los órganos de arbitraje no entran en las definiciones canónicas de órganos de control. En este documento los incluimos porque son percibidos como una institución importante en la estructura institucional para controlar las fallas y proteger o maximizar el valor que las APP.

Algunos países prevén en sus legislaciones que las disputas contractuales en casos de APP pueden ser sometidas a paneles arbitrales, lo que suele ser percibido como factor atractivo de inversiones privadas, porque garantizan más celeridad y tecnicidad a las decisiones y, por ende, más seguridad jurídica.

En Brasil, es posible someter disputas entre la Administración Pública y el socio privado a arbitraje en temas de derechos patrimoniales disponibles. Las leyes brasileñas de concesiones y de PPP establecen expresamente la posibilidad del arbitraje como medio de resolución de

<sup>41</sup> Para mayor referencia, consulte el portal web de la Contraloría General de la República, referirse al apartado 6.1. "Auditoría de cumplimiento", donde se destacan la directiva sobre auditoría de cumplimiento y la resolución que aprueba el manual de auditoría de cumplimiento.

Acceda vía

[https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/CGRNew/as\\_contraloria/as\\_portal/Conoce\\_la\\_contraloria/Normatividad/NormasControl/](https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/CGRNew/as_contraloria/as_portal/Conoce_la_contraloria/Normatividad/NormasControl/)

conflictos.<sup>42</sup> Se reconocen como derechos patrimoniales disponibles, por ejemplo, el equilibrio económico financiero de la concesión, los cálculos de indemnización en caso de disolución o transferencia de los contratos, además del incumplimiento de normas contractuales.<sup>43</sup>

En el caso uruguayo, pueden someterse a arbitraje “los conflictos que surjan con motivo de la aplicación, la interpretación, la ejecución, el cumplimiento y la extinción de los contratos”<sup>44</sup>.

En el caso dominicano, los mecanismos de solución de controversias se establecen en el contrato, permitiéndose establecer mecanismos alternativos de solución de controversias como son la renegociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, los cuales no son exhaustivos<sup>45</sup>.

En el caso de Chile, se regula especialmente un mecanismo de resolución de controversias para las concesiones de obras públicas en la ley del sobre la materia (<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16121>), y que actualmente contempla la posibilidad de que las concesionarias escojan entre someter sus controversias ante la Corte de Apelaciones de Santiago o ante una Comisión Arbitral que se designa para cada concesión de obra pública (art. 36 y 36 bis). Conforme con la experiencia, nunca un concesionario ha presentado una acción ante la Corte de Apelaciones, lo que demuestra la importancia de las cortes arbitrales en el control de las APP. Es importante considerar que para las concesiones cuyas ofertas fueron presentadas después del año 2010, la ley contempla un paso previo para aquellas controversias de carácter técnico o económico, que consiste en la necesidad de someter el conflicto a una recomendación no vinculante del Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas ([www.panelconcesiones.cl](http://www.panelconcesiones.cl)). Para las concesiones cuyas ofertas son anteriores a esa fecha, antes de recurrir a una Comisión Arbitral, la controversia debía ser sometida a una Comisión Conciliadora para intentar buscar un acuerdo entre las partes.

En Perú, es obligatorio que las partes en un contrato de APP sometan sus conflictos a arbitraje, según la regulación específica de cada contrato<sup>46</sup>.

Así, en casos puntuales de alegaciones de incumplimiento contractual en la fase de ejecución de los contratos, es posible interpretar que paneles arbitrales actúan como tipo de órganos controladores *ex post*, en una actividad parecida con la desarrollada por el Poder Judicial

---

<sup>42</sup> Ley 11.079/2004, art. 11, III; Ley 8.987/1995, art. 23-A.

<sup>43</sup> Esos casos están referenciados en la Ley 13.448/2017, que dispone sobre prorrogaciones y relicitaciones de contratos de concesión en los sectores vial, ferroviario y aeroportuario (Ley 13.448/2017)

<sup>44</sup> Ley 18.786 Ley de Participación Público Privada. Art. 54 (Solución de Controversias).

<sup>45</sup> Art. 76 de la Ley No. 47-20, sobre Asociaciones Público Privadas.

<sup>46</sup> Artículo 56 de la Ley Marco de APP (Decreto Legislativo 1362) y artículos del 119 al 133 del reglamento de la Ley Marco (Decreto Supremo 240-2018-EF)

## 3 Las fases de las APP y las Decisiones Asociadas al Control

Además de los distintos esquemas posibles para controlar los proyectos de APP, que incluyen desde el Poder Ejecutivo, las EFS, la actuación del Ministerio Público y del Poder Judicial, es importante destacar los momentos en las que las actividades de control son efectuadas, pues los tiempos influyen directamente para su efectividad.

Dependiendo del momento en que se realizan, las actividades de control pueden ser clasificadas en *ex ante*, concomitantes o concurrentes, y *ex post*. Los distintos órganos de control suelen actuar o ser accionados en distintos momentos y con diferentes tipos de decisiones, también variando según el país al que se refiere.

### 3.1 Las fases del control: *ex ante*, *ex post* y durante el proceso

El ciclo de implementación de nuevas infraestructuras comienza con las etapas de formulación de políticas públicas. A partir de los lineamientos y las metas definidos por las políticas públicas de infraestructura, los proyectos son seleccionados, planificados, evaluados e implementados. En algunos países, como Brasil, incluso en esta etapa temprana del ciclo, el organismo de control externo (TCU) ya tiene un rol.

En el caso de las APP, como el agente privado dependerá de la explotación rentable de la actividad para recuperar la inversión que realizará, se espera que el inversor exija claridad en las reglas antes de realizar el compromiso.

Esa claridad también es esencial para la autoridad otorgante que licitará el proyecto de APP. La regularidad, la consistencia y la precisión de los datos, los cálculos y los supuestos utilizados son determinantes para que ese activo sea licitado a un precio justo, tanto para el Gobierno como para los interesados.

Por tanto, el gestor debe adoptar prácticas para que la evaluación de la viabilidad técnica, económica y ambiental de los proyectos sea robusta. Además, es deseable, en muchos casos, incorporar la gestión de riesgos y accionistas antes de traspasar la ejecución al socio privado.

Si bien en las APP una gran parte del riesgo se asigna al socio privado, hacen falta estudios robustos que aseguren la efectividad de la solución adoptada. En la actualidad, es común dedicar los esfuerzos iniciales a formular una asignación de riesgos más eficiente en el momento del diseño del proyecto. Y el motivo es claro: la formulación de la propuesta económica por parte de los interesados en la APP, cualquiera que sea su criterio de selección, pone un valor en cada uno de los riesgos que puedan afectar a la prestación del servicio contratado. Cualquier duda

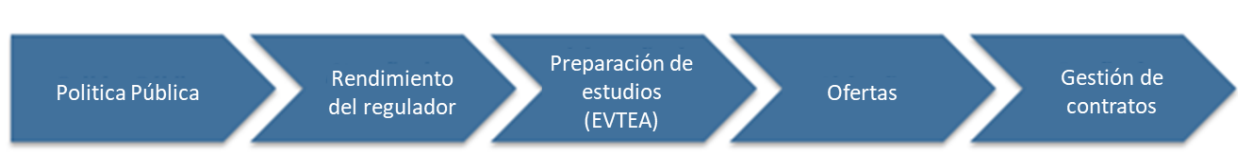
sobre la responsabilidad en relación con un riesgo en particular significa que el individuo debe considerarlo como propio.

Dada la complejidad de estos arreglos, el control externo puede generar ganancias en este proceso. El denominado “control concomitante” contribuye para prevenir la ocurrencia de no conformidades o fallas que estén generando valor desleal para el activo para licitar, o que puedan comprometer la ejecución del contrato o su inspección en el futuro.

En algunos países, por ejemplo, los ministerios de finanzas o los tribunales de cuentas pueden participar en el control *ex ante* o concomitante, determinando modificaciones en los proyectos antes de las licitaciones. Es el caso de Brasil con relación al TCU, el cual evalúa los proyectos a medida que estos se desarrollan a nivel ministerial. Otro ejemplo de control *ex ante* es el caso uruguayo, donde el Ministerio de Economía y Finanzas puede solicitar modificaciones al proyecto previo a la licitación, velando por una adecuada distribución de riesgos.

Una vez finalizadas las etapas de planificación, selección, estudio y licitación del proyecto, es el momento de ejecutar el contrato, es decir, de construir y explorar el proyecto. En el caso de una APP, la ejecución del contrato será larga, de muchos años, sujeta a las más diversas incertidumbres y complejas renegociaciones. En este momento, también hay espacio para el control externo, siempre con el objetivo de contribuir a la efectividad y al éxito de la ejecución contractual.

- **Figura 2:** Resumen de las fases del control: *ex ante*, *ex post* y durante el proceso



Fuente: Elaboración propia

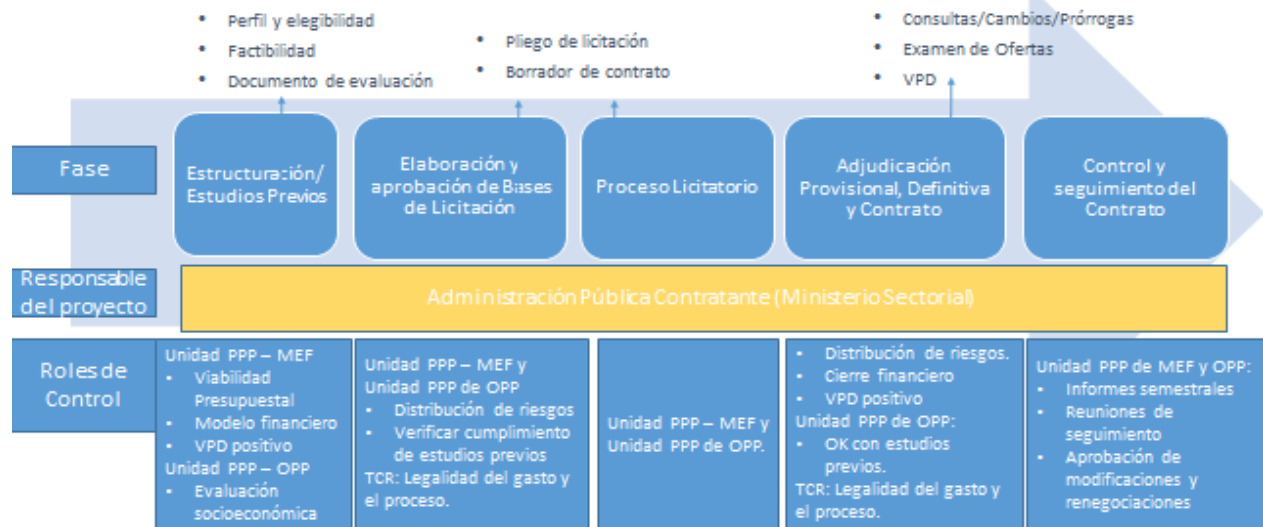
En el momento de la ejecución contractual, el enfoque de control busca examinar, por ejemplo, el desempeño, la eficiencia y la efectividad de la entidad reguladora o supervisora. Así, al auditar aspectos de desempeño de estas entidades, el control busca contribuir, por ejemplo, a la corrección de desvíos, al aumento de la eficiencia y eficacia o a la prevención de fallas en la inspección del contrato, con miras, en última instancia, a la adecuada prestación del servicio otorgado.

En otras palabras, la implementación efectiva y exitosa de un proyecto o la adecuada prestación del servicio en un contrato de concesión depende del adecuado cumplimiento de un ciclo largo y robusto de planificación e implementación. Para cada etapa o momento de este ciclo, es posible un enfoque diferente por parte del organismo de control.

En la figura 3 a continuación, se presenta el proceso que recorre un proyecto PPP en Uruguay, así como las intervenciones de control que se pueden apreciar.

- **Figura 3:** Ilustración del proceso de un Proyecto de Participación Público Privada en Uruguay<sup>47</sup>.

## Proceso de un proyecto PPP en Uruguay



Por otro lado, el control del Poder Judicial es siempre *ex post* a un acto administrativo que produzca efectos, aunque también puede bloquear el proceso de contratación de la APP antes que se realice, como cuando emite un orden de bloqueo de una licitación porque, por ejemplo, existe una sospecha de favorecimiento a uno o más licitantes.

En la figura 4 a continuación, se presenta un caso de control *ex ante* de la EFS de Perú, el caso de la APP de Titicaca-Puno.

<sup>47</sup> Compilación Normativa Texto Ley 18.786 Decretos reglamentarios N.º 17/012 del 26 de enero del 2012, 280/012 del 24 de agosto del 2012, 251/015 del 14 de septiembre del 2015. [https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/compilado\\_normativa\\_ppp.pdf](https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/compilado_normativa_ppp.pdf)



- **Figura 4: Ilustración de control Previo a la APP: Planta de Tratamiento de Agua Residual Titicaca-Puno<sup>48</sup>**

SISTEMA DE TRATAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES DE LA CUENCA DEL LAGO TITICACA	
<b>Objetivos del Proyecto</b>	i) Diseño, Financiamiento, Construcción, Ampliación, Rehabilitación, Operación y Mantenimiento de: Colectores principales, Cámaras de bombeo, Líneas de impulsión, Sistemas de tratamiento de aguas residuales y Disposición final ii) Soporte Técnico a los prestadores de servicio para el Control de los Valores Máximos Admisibles (VMA) en las descargas de desagües al sistema de alcantarillado sanitario provenientes de conexiones no residenciales.  1 millón 175 mil beneficiados con la limpieza de la cuenca del Lago Titicaca, distribuidos en 10 localidades de la provincia de Puno en Perú
<b>Modalidad</b>	Iniciativa Privada Cofinanciada (100%)
<b>Monto Referencial</b>	USD 236 000,000.00 (sin IGV)
<b>Plazo</b>	25 años
<b>Informe Previo de la CGR</b>	Se emitieron 17 recomendaciones: i) 11 (69%) fueron acogidas (vinculadas a suspensión de plazo para el cumplimiento de obligaciones, supervisión de diseño y obras, expediente técnico, penalidades, requisitos ambientales, etc.) ii) 2 (13%) fueron acogidas parcialmente (vinculadas a la prórroga y suspensión del plazo de la concesión y el perjuicio económico financiero). iii) 4 (18%) no fueron acogidas (entre ellas, la cláusula PRC).

Fuente: Contraloría - Perú [https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/cgrnew/as\\_contraloria/as\\_portal](https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/cgrnew/as_contraloria/as_portal)

La tabla muestra que la participación de la EFS peruana logró que 11 recomendaciones resultaran en cambios al proyecto, además de 2 que fueron acogidas parcialmente.

- **BOX 9 – Momentos de control de proyectos en el TCU - Brasil**

La inspección del TCU puede ser anterior, concomitante o posterior a los actos de los gestores administrativos.

Por regla general, los contratos de APP por firmar entre la Unión y el socio privado involucran valores muy altos, plazos muy largos, además de estar vinculados con políticas públicas y servicios que tienen un alto impacto en la sociedad. El control que el TCU ejerce antes de la publicación de la invitación a contratar, y concomitante al desarrollo del proyecto por el ministerio responsable, tiene el objetivo de proporcionar al mercado mayor certeza jurídica y permitir la corrección de fallas antes del lanzamiento del aviso público, con menor costo para el proceso regulatorio y para la sociedad. La corrección de eventuales fallas después del lanzamiento de la invitación a contratar o a la firma del contrato puede resultar demasiado costosa.

Luego de la concesión del servicio público, el desempeño del TCU continúa monitoreando la ejecución de los contratos de concesión, a través de auditorías en las agencias reguladoras (control *ex post* e indirecto de los contratos, pues el contrato ya está firmado, y se pueden firmar adendas sin aprobación previa del TCU). Esto no reemplaza el papel constitucional y legal de las agencias reguladoras, que son las encargadas de regular el mercado.

<sup>48</sup> El informe completo fue publicado en su página web institucional. Para acceder al documento: [https://s3.amazonaws.com/spic-informes-publicados/informes/2019/03/2019CPRC92000004\\_ADJUNTO.pdf](https://s3.amazonaws.com/spic-informes-publicados/informes/2019/03/2019CPRC92000004_ADJUNTO.pdf). Para acceder a la ficha resumen que enumera los riesgos: [https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES\\_CODIGO=2019CPRC92000004&TIPOARCHIVO=RE](https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2019CPRC92000004&TIPOARCHIVO=RE). Noticia sobre la suscripción del contrato: <https://peruconstruye.net/2019/10/30/ptar-titicaca-estado-peruano-y-consorcio-mexicano-suscriben-contrato-de-proyecto-ptar-titicaca/>



La acción del ente regulador no se reduce con la actuación del TCU porque no cabe a ese órgano controlador, por ejemplo, elegir metodologías de cálculo o fijar valores de tarifas. Pero el TCU señala la posible ilegalidad o inconsistencia en las tomas de decisiones de los gestores y puede determinar la corrección de la falla.

## 3.2 El contenido del control y tipos de decisiones

Los temas y los ámbitos que involucran el control de los proyectos de APP son diversos, variables, así como lo son las decisiones que se deben tomar en el proceso. Siendo así, el control es heterogéneo en su contenido, forma y aplicación.

### 3.2.1 Los contenidos de las decisiones de control

Los temas pueden involucrar desde controles meramente formales, hasta controles financieros, presupuestales y de mérito, que cuestionan si la estructuración del proyecto puede alcanzar los objetivos de política pública o sociales deseables, garantizando el valor por dinero que justifique la elección de la modalidad APP. De ese modo, se pueden enumerar los siguientes tipos de control:

- **Control de formalidad/procedimiento:** busca verificar si se han observado las formalidades legalmente requeridas en términos de procesos, documentación, licitación, firma del contrato, publicidad en medios oficial, presentación de informes de cumplimiento de las etapas del contrato, etc.
- **Control financiero:** su enfoque es sobre el cumplimiento de las etapas de inversiones y aportes de capital (privados y públicos). La finalidad es observar si los pagos han sido efectuados de conformidad con las previsiones contractuales, si los ajustes tarifarios y los reequilibrios económico-financieros, así como las modificaciones del contrato, ocurrieron de conformidad con la legislación y el contrato.
- **Control sustantivo:** es el control sobre las decisiones administrativas de estructuración del proyecto (sobre la elección del modelo de APP, del modelo tarifario, de los indicadores de desempeño, la distribución de riesgos, etc.). En principio, solamente es posible dentro de la estructura jerárquica de la administración, de los órganos técnicos al órgano político superior que toma la decisión final para licitar el proyecto de APP. El Poder Judicial, aquí, no puede revisar esos tipos de decisiones administrativas, más bien solamente controla ilegalidades o inconstitucionalidades.

### 3.2.2 Los tipos de decisiones de control

El tipo de supervisión que un órgano de control puede desempeñar también varía. Es muy importante referirse a la naturaleza de las decisiones de los controladores, es decir, si son o no vinculantes, antes de entrar a la materia que se fiscaliza/supervisa.

Hay órganos que pueden deliberar sobre modificaciones en los proyectos de APP (en estructuración o en ejecución); otros solamente pueden emitir recomendaciones a los organismos públicos

responsables; otros pueden sancionar personalmente a los gestores que incumplan con sus decisiones sobre los proyectos, otros pueden informar sobre su conformidad, etc.

Para cada tipo de supervisión, varían también los instrumentos a cargo de cada órgano de control: pueden emitirse recomendaciones, pronunciamientos, informes favorables, determinaciones, advertencias, multas, suspensión de los proyectos, entre otros.

Es válido mencionar otro tipo de instrumento que suele ser utilizado por los tribunales de cuentas y el Poder Judicial, que son las medidas preliminares o cautelares. Son medidas de control pues pueden resultar en la suspensión de la licitación o la ejecución del contrato (Pascoal, 2009), como sucede en Brasil. Sin embargo, en otros casos, tales medidas no son vinculantes, como en Perú, donde son entendidas como recomendaciones.

• **BOX 10– Formas de control del TCU - Brasil**

En el ejercicio de su **función correctiva**, corresponde al TCU determinar quién es el responsable de adoptar las medidas para subsanar las irregularidades encontradas o recomendar la implementación de mejoras cuando se verifiquen oportunidades de mejora del desempeño.

En el año 2020, el TCU aprobó la Resolución TCU 315/2020, la cual presenta las siguientes posibilidades de actuación:

**Determinación:** es una deliberación de naturaleza obligatoria que impone al destinatario la adopción, en un plazo fijado, de providencias concretas e inmediatas con la finalidad de prevenir, subsanar una irregularidad, eliminar sus efectos o abstenerse de ejecutar actos irregulares;

**Ciencia:** es una deliberación de naturaleza declaratoria que da a conocer al destinatario la ocurrencia de una irregularidad, cuando las circunstancias no exigen providencias concretas e inmediatas, siendo suficiente, para fines de control, inducir la prevención de situaciones futuras análogas;

**Recomendación:** es una deliberación de naturaleza colaborativa que presenta al destinatario oportunidades de mejora, con la finalidad de contribuir para la mejora de la gestión o de los programas y acciones de gobierno.

En las **recomendaciones**, en particular, hay mayor libertad para que el TCU señale diferentes posibilidades, diferentes opciones discrecionales de soluciones para el gestor. A través de sus recomendaciones, el controlador asume el papel de consultor y puede proporcionar al regulador una variedad de opciones posibles. Al proponer recomendaciones, el TCU a menudo especifica la acción recomendada para que se lleve a cabo la mejora del rendimiento.

La nota característica de la recomendación es la ausencia de fuerza vinculante. La recomendación incluye medidas que la Corte no puede imponer, pues es necesario salvaguardar el espacio de discrecionalidad reservado a la Administración. La Corte señala el problema, pero le corresponde al Administrador establecer medidas concretas para el logro eficiente de ese propósito (maximizando el resultado, con el menor compromiso posible de recursos físicos, humanos, económicos, ambientales, etc.).

A diferencia de las recomendaciones, las **determinaciones** de TCU no están sujetas al juicio de conveniencia de los gerentes, ya que son coercitivas.

La determinación tiene una finalidad correctiva y confiere certeza en la caracterización de la situación como irregular o ilegal y, por tanto, impone al gestor la adopción de medidas concretas que puedan corregir o interrumpir la irregularidad / ilegalidad. Puede ser necesario en una situación preventiva, cuando el riesgo de irregularidad es inminente, imponer la adopción de medidas concretas e inmediatas para inhibirla.

## 4 Interacción Entre los Controladores y Sus Controlados

En esta sección se presentan los puntos de atención en la interacción entre gestores y controladores. Teniendo en consideración los hallazgos sobre la materia, esta sección está dividida en dos partes; en la primera se presentan las consideraciones generales y, enseguida continuación, se analiza específicamente el tema del riesgo de la superposición de roles.

### 4.1 Cuestiones generales

La interacción entre el poder público contratante y los órganos de control no siempre ocurre en el marco de un proceso armonioso. Algunas veces se verifican resistencias, por parte del poder contratante, a la revisión por parte de los órganos controladores, en relación con decisiones tomadas en las fases iniciales de las APP, como son las fases de planeamiento y estructuración.

Otras cuestiones que muchas veces se plantean incluyen el hecho de que el intercambio de información entre gestores y controladores, o entre distintos controladores, no siempre es rápido. A veces, ese intercambio de información se da solamente por medio de oficios o solicitudes estrictamente formales, sin resultados concretos para la mejora de los proyectos.

Así, la cultura institucional tiene un rol relevante en esa materia. En algunos casos, se nota una falta de coordinación entre los órganos de control y los gestores, aunque la actuación de forma coordinada puede resultar más eficiente y propiciar la confianza entre los distintos actores del sistema. Por ejemplo, en Perú, la Contraloría General de la República no opina respecto de las Bases de licitación (como si ocurre en Chile) sino respecto de la versión final del contrato de APP, cuando pueden haber transcurrido 2 o más años de estructuración del proyecto. Adicionalmente, la opinión de la Contraloría de Perú no es vinculante, salvo en casos puntuales como las auditorías de cumplimiento.

Una posibilidad sería que los gestores se reúnan periódicamente con las contralorías, con lo cual, no solamente se lograría una reducción en la asimetría de la información, sino que también se podría crear empatía entre los equipos, que se van conociendo y mejorando los proyectos desde sus etapas tempranas.

Sin embargo, en muchos casos esto es más una buena práctica que una política, que podría ser menos personal y más institucionalizada. En el caso uruguayo, se ha notado una importante diferencia en cuanto a los plazos de estructuración de los proyectos al conformarse grupos de trabajo con reuniones periódicas entre las instituciones participantes del proceso, más allá de los vínculos

formales<sup>49</sup>. Se percibe un mejor resultado si se involucran a los órganos de control desde las fases tempranas del proceso, evitándose así conflictos que pueden surgir si se limita su participación a las instancias formales, que suelen ocurrir cuando el proyecto ya está en etapa avanzada.

También se han observado casos donde se intentan replicar proyectos de un lugar a otro, especialmente a nivel subnacional, sin considerar las distintas realidades de las comunidades en que serán implementados. Así, cuando llegan al órgano de control, suelen necesitar muchas modificaciones porque fueron resultado de un proceso de copiar y pegar sin un análisis más profundo de la realidad en la que va a desarrollarse.

Además, la prensa puede desempeñar un rol muy significativo. Una estrategia que se puede adoptar es que el órgano de control que esté en contra de un proyecto decida poner noticias negativas en los medios de comunicación. Hoy en día debe considerarse también que puede haber tensiones que salen de la esfera de las instituciones tradicionales de medios de comunicación y se amplían por las redes sociales, con enfrentamientos entre grupos a favor y en contra de un proyecto, no necesariamente basados en cuestiones técnicas.

Los gestores también pueden sentirse amenazados por los controladores, ya que pueden sufrir consecuencias si algún órgano de control considera que el proyecto no fue bien formulado o que los cambios contractuales no han sido bien negociados o ejecutados. Algunos órganos de control, como es el caso del TCU en Brasil, pueden imponer sanciones a gestores públicos que lleven a cabo APP que resulten ineficientes o tengan problemas de estructuración y no hayan sido previamente presentadas para control, o que se alejen de las exigencias hechas por los controladores.

## 4.2 Superposición de roles entre gestor y controlador

Es común observar críticas a los órganos de control (como los tribunales de cuentas y, en casos límite, el Ministerio Público o el Poder Judicial), por entrometerse demasiado en la temática de los proyectos, volviéndose en gestores de segunda instancia.<sup>50</sup> Existe el riesgo de que muchas interacciones en el proceso de control lleven a retrasos en la licitación hasta que los gestores y los controladores se pongan de acuerdo sobre sus detalles. Y, en ese camino, el momento político para el desarrollo de un proyecto puede perderse.

Por otro lado, hay que ser cuidadoso para no y firmar contratos de proyectos poco resilientes.

Así, la superposición de funciones es un hecho que merece atención. El ideal sería que los roles de los órganos de control fueran complementarios y colaborativos, y que todos funcionaran adecuadamente. Pero en algunos casos la superposición de funciones puede ser importante y

---

<sup>49</sup> En el Registro de Proyectos de PPP de Uruguay, puede apreciarse la evolución en cuanto a tiempos de estructuración y desarrollo de proyectos en el tiempo. <https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/iniciativas-publicas>

<sup>50</sup> Críticas al papel del tribunal de cuentas brasileño en la revisión de los proyectos de APP pueden encontrarse en Dutra, 2020 y en Ribeiro y Jordão, 2020.

funcional para países que tienen un historial de incumplimiento de normas o de contratos, además de acusaciones frecuentes de corrupción.

En Brasil, por ejemplo, hay 32 tribunales de cuentas. Además del federal, los estados y algunos municipios tienen, cada cual, su propio órgano externo de control. En la mayoría de los casos, esos órganos subnacionales no tienen interacción con el órgano gestor de la APP hasta que la invitación a licitar sea publicada, actuando solamente de manera *ex post*, a diferencia del Tribunal de Cuentas de la Unión, que recibe los borradores de las invitaciones a contratar a nivel federal para control previo a su publicación. Los Ministerios suelen esperar la aprobación del TCU cerca del borrador antes de publicarlo.

A pesar de que ese control *ex ante* pueda retrasar el lanzamiento de la licitación, tiende a disminuir el ruido en las etapas siguientes de la licitación hasta la firma del contrato. Esa providencia también suele dar más seguridad jurídica al gestor, porque si se cumplen las demandas del TCU, no se espera que haya cuestionamientos/revisión de las decisiones del gestor posteriormente. Además, antes de que se publique la invitación a licitar, el gestor no está sujeto a sanciones, que pueden ser aplicadas si él autoriza el lanzamiento de una invitación a licitar o la firma un contrato que más tarde el tribunal de cuentas identifique como ilegal, antieconómico o ineficiente.

Otro punto de atención es el riesgo de adopción de posiciones distintas por parte de diferentes órganos estatales sobre un mismo proyecto. Eso tiende a retrasar el lanzamiento de los proyectos y generar inseguridad jurídica. Hay que considerar el apunte de que el tribunal de cuentas puede terminar funcionando como un gestor de segundo nivel, al hacer sugerencias de cambios en el modelo económico financiero o en cláusulas contractuales que, a pesar de no ser formalmente obligatorios, se convierten en verdaderas exigencias porque los gestores temen ser sancionados. Por ejemplo, en la etapa de estructuración, existen ocasiones en que hay diferentes visiones entre el ministerio u otro órgano que ejercerá la función de poder concedente, las contralorías y los tribunales de cuentas acerca de aspectos técnicos del APP.<sup>51</sup>

Además, las normas que disponen sobre la gobernanza y la interacción entre los gestores y los controladores no siempre son claras y, por consiguiente, se mezclan los roles de quien planea, quien hace el proyecto y quien realiza su supervisión.

De hecho, el órgano de control puede tener la tentación de sustituir las decisiones administrativas del poder concedente por las suyas. En el caso de México, por veces se verifican superposiciones de funciones, incluso se da una confusión entre el controlador y el poder concedente en términos de las funciones que las normas jurídicas de hecho asignan a cada uno. La realidad es que el

---

<sup>51</sup> En un trabajo sobre la revisión de las APP de iluminación pública (IP) de los municipios del Estado de São Paulo por el Tribunal de Cuentas del Estado de São Paulo (TCE-SP), Brasil, Ayrton Rehbein observó que todos los proyectos fueron suspendidos o declarados nulos por el TCE-SP en su proceso de control *ex ante*: “El estudio incluyó 10 (diez) municipios que tuvieron análisis previo a las invitaciones de licitación de PPP de IP por el TCE-SP a partir del 2017, con excepción de la capital São Paulo, y en 6 (seis) proyectos se determinó la suspensión de la licitación y en 4 (cuatro) la anulación” (Rehbein, 2020, traducido del portugués).

control suele ser más reactivo: cuando se observa un evento de incumplimiento de APP, el controlador plantea que jamás había sido convocado a manifestarse sobre el proyecto.

Es posible argumentar que la revisión previa de los proyectos de APP por parte de los tribunales de cuentas no amenaza la autonomía de los gestores, sino que ayuda a disminuir el riesgo de que se cometan errores y, por lo tanto, es una providencia adecuada para la obtención de mejores proyectos, una vez que han pasado por el análisis del órgano controlador.

Además, es posible que los controladores se defiendan de la alegación de que están interfiriendo en el mérito de los proyectos, sosteniendo que la necesidad de revisión (determinación de cambios) del controlador en un proyecto presentado para su supervisión suele ser inversamente proporcional a la calidad y madurez de los documentos que son presentados por el órgano gestor. Cuando se presentan buenos proyectos, habría menos intervención del controlador.

En resumen, no siempre está claro el alcance de las atribuciones de los controladores y, sobre todo, los límites de ese poder. Por último, también se observan casos en que los órganos controladores no tienen la experiencia técnica para revisar los proyectos, o en que, aun teniéndola, el poder político puede influir sobre ese control.

A continuación, se presenta el ejemplo de República Dominicana, en cuanto a la falta de experiencia de los órganos de control.

- **BOX 11 – Falla en las funciones del control en República Dominicana**

En el caso dominicano, no hay propiamente un control efectivo realizado por los órganos de control. La Contraloría Nacional verifica los puntos formales para liberar o no el pago.

La Dirección General de APP, como agencia reguladora, controla algunos aspectos de la APP como la factibilidad del proyecto.

Hay problemas de coordinación de la planificación del proyecto, las entidades contratantes tienen su propia visión de oportunidades de infraestructura; se experimentan conflictos con los Ayuntamientos donde estará situado el proyecto; y con la dirección general de compras y contrataciones públicas. En este momento se considera centralizar y coordinar un proyecto.

La Dirección General de APP es una entidad de reciente creación, en virtud de la Ley 47-20, sus reglamentos de aplicación, así como la interacción con otras entidades, agencias y órganos reguladores no tiene experiencia práctica, por lo que los conflictos y superposiciones se han analizado desde la perspectiva previa a su creación.

A título ilustrativo de los riesgos de la superposición de controles, véase un ejemplo. En la ciudad de Porto Alegre, Brasil, se ha presentado un caso en el cual el inversionista ha quedado sin poder de acción frente a las distintas visiones del tribunal de cuentas estadual, del Ministerio Público y del Poder Judicial sobre un proyecto.

- **BOX 12** *Superposición de funciones de control: el caso del mercado municipal de la ciudad de Porto Alegre, Brasil*

Se trata de la concesión del uso del espacio público en el mercado público de la ciudad, un predio con relevancia histórica y cultural.

La primera superposición de entendimientos se ha centrado en si el proyecto necesitaba autorización legislativa para ser delegado a la iniciativa privada, pues fue lanzado por la municipalidad sin previa votación de la asamblea local. El Tribunal de Cuentas del Estado de Rio Grande do Sul (TCE-RS) entendió que la aprobación legislativa era necesaria según la legislación y, así, el Tribunal impuso una medida cautelar administrativa suspendiendo la licitación del proyecto de APP<sup>52</sup>.

Al mismo tiempo, el Ministerio Público interpuso una acción judicial planteando la nulidad del proceso licitatorio. La discusión por detrás de la controversia se funda en si la concesión en cuestión sería de servicio público (necesitando, así, de previa autorización legislativa) o una concesión de uso de bien público, caso en lo cual dicha aprobación sería necesaria.

El juez de primera instancia consideró que la autorización legal no era necesaria y suspendió la cautelar administrativa del TCE-RS, pero el MP apeló esa decisión y el Tribunal de Justicia la revirtió. El municipio recurrió al Supremo Tribunal Federal, pero el Presidente de la Corte mantuvo la decisión suspensiva de la licitación.<sup>53</sup>

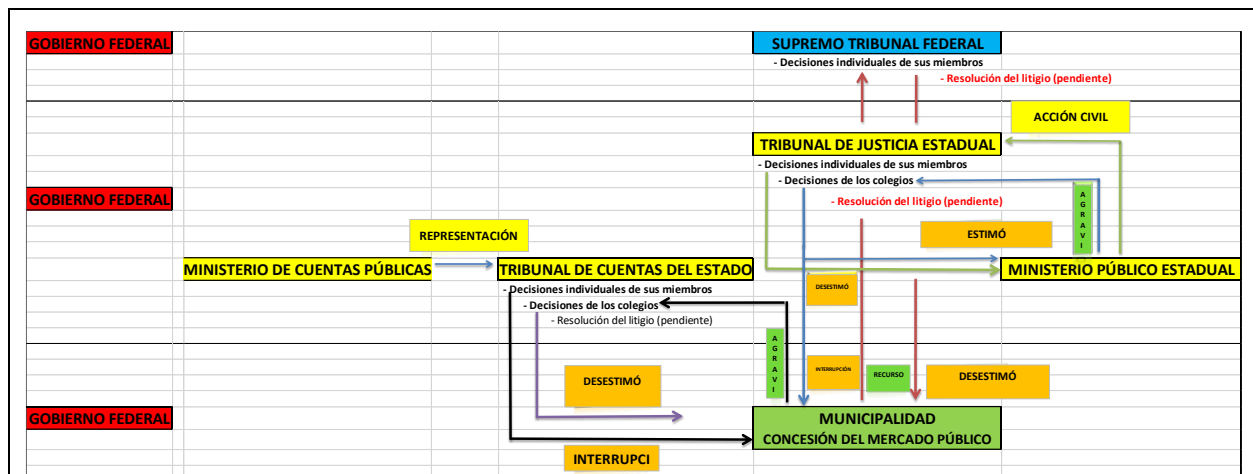
El caso es ilustrativo de por lo menos dos puntos relevantes en el tema de control de las APP: uno es el hecho de que, en algunos países, los tribunales de cuentas consideran tener un rol además del control financiero y de presupuesto de los proyectos, también controlando otros aspectos relacionados a la legalidad y constitucionalidad de las propuestas.

El segundo es la ilustración de cómo la presencia/superposición de múltiples controladores externos, en el caso, el Tribunal de Cuentas, el Ministerio Público y el Poder Judicial, puede llevar a decisiones opuestas que, sin entrar en el mérito del caso, denotan un escenario de inseguridad jurídica para los inversores en cuanto a la legalidad de un proyecto de APP. En el caso del mercado municipal, dos inversionistas llegaron a presentar propuestas a la municipalidad antes de que el proceso licitatorio fuera suspendido.

<sup>52</sup> Informaciones disponibles en <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/08/18/tce-rs-mantem-suspensao-de-concessao-do-mercado-publico-de-porto-alegre.ghtml>. Acceso 10 de diciembre del 2020.

<sup>53</sup> <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/10/13/luiz-fux-mantem-suspenso-processo-de-concessao-do-mercado-publico-de-porto-alegre.ghtml>





## 5 Transformaciones de los Órganos de Control

En esta sección se presentan ejemplos de avances en la fiscalización que los órganos de control están adoptando para incrementar la capacidad de prevenir y remediar oportunamente vicios y errores en los proyectos de APP.

### 5.1 Más diálogo

Aún con diferentes niveles de implementación, se observa una creciente toma de conciencia de la necesidad de evitar que los proyectos de APP no se realicen o se paralice su ejecución a causa de disputas entre gestores y controladores.

Se debe caminar hacia la búsqueda de mecanismos consensuales de intercambio de información y de construcción de consensos capaces de traer más previsibilidad a los inversionistas y a los usuarios que necesitan los servicios. En ese sentido, como se verá en la próxima sección, la urgencia y la ausencia de precedentes que puedan compararse con la pandemia ocasionada por la Covid-19 inauguran un espacio relevante para una postura más colaborativa, de diálogo y construcción de consenso entre diferentes niveles de gestores y controladores. No se debe hacer énfasis en sancionar a los gestores que cometan errores en proyectos de APP, sino en actuar preventivamente para evitar que se comenten errores, teniéndose en cuenta que muchas decisiones necesitan ser tomadas con rapidez y en escenarios de incertidumbre.

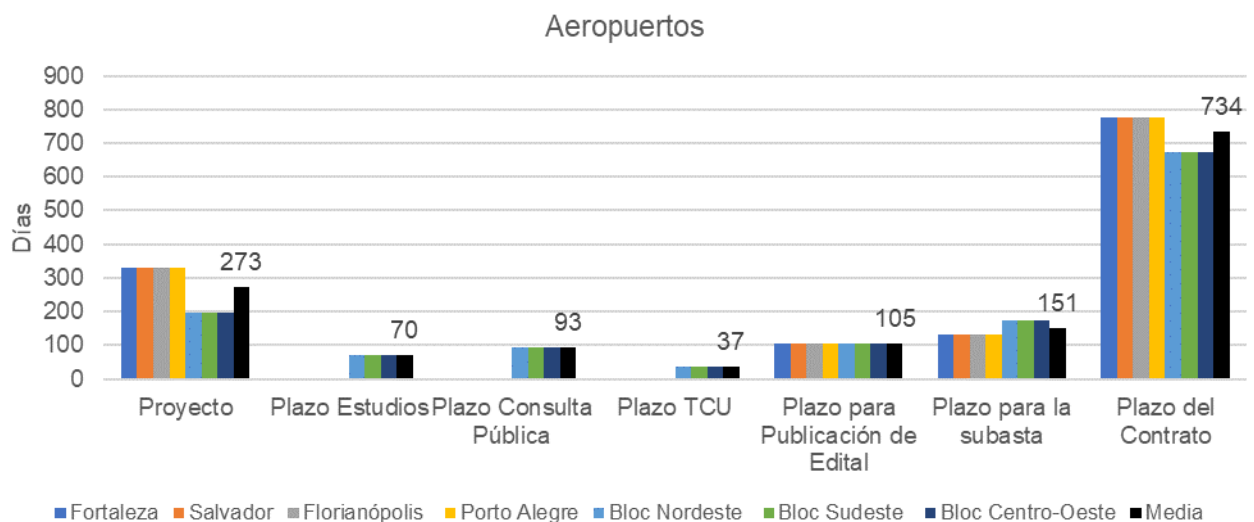
### 5.2 Preocupación con la duración de las etapas de control de los proyectos de APP

Los tiempos de duración de los procesos de control pueden ser muy variados dependiendo de la naturaleza del proyecto. Eso puede estar correlacionado con la complejidad del sector y con la ausencia de experiencia previa de los controladores.

Los dos gráficos a continuación ilustran que la estructuración de proyectos de infraestructura es una tarea compleja que demanda varias etapas y plazos largos. El tribunal de cuentas puede tener una parcela relevante de tiempo en ese proceso, pero que suele variar mucho. En los gráficos se pueden ver las etapas principales de estructuración de una APP federal en Brasil, empezando por los plazos de los estudios, de la consulta pública, de control por el TCU, para la publicación de la invitación a licitar, para realizarse la licitación y para la firma del contrato.

En Brasil, datos del Programa de Asociaciones de Inversiones (*Programa de Parcerías de Investimentos - PPI*) muestran que, desde la contratación de los estudios que basan el proyecto hasta la contratación del APP, los proyectos federales de concesión de aeropuertos tardan, en promedio, 732 días<sup>54</sup>. En el caso de las concesiones aeroportuarias, el plazo despendido con TCU es de 93 días en promedio.

- **Figura 5:** Plazos de estructuración de las concesiones aeroportuarias, incluyéndose la etapa de control ex ante - Brasil

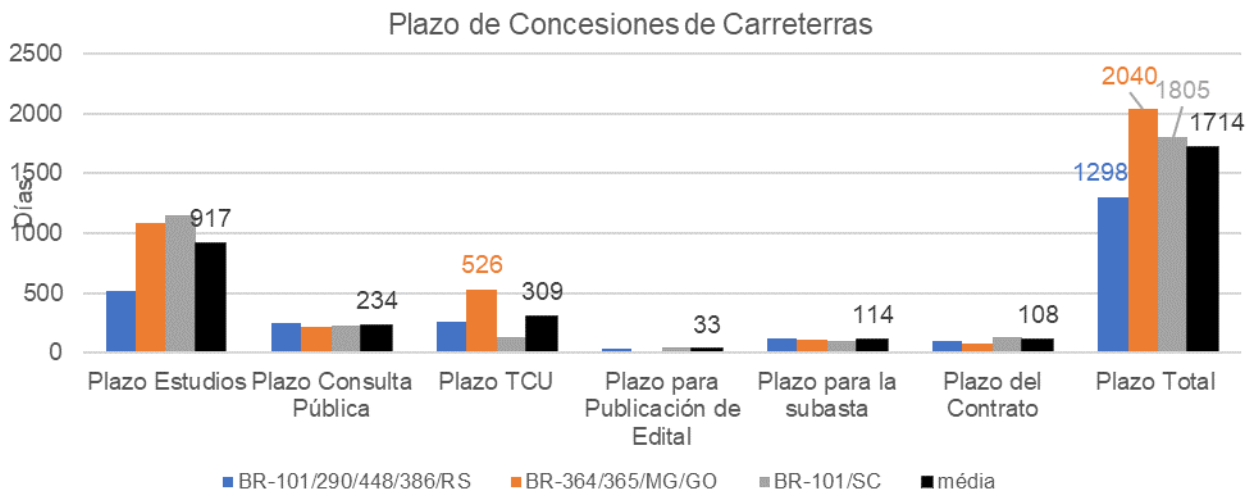


Fuente: Elaboración propia, datos PPI.

Para las carreteras y ferrovías, los plazos de la etapa de control son más largos. Las figuras a continuación ilustran que los plazos de revisión/control de los proyectos de carreteras tardan, en promedio, 309 días, o sea más de diez meses.

<sup>54</sup> Datos del PPI, aún no publicados en conjunto, pero que pueden ser buscados por proyecto, en <https://www.ppi.gov.br/projetos1#/s/Em%20andamento/u//e//m//r/> Acceso el 12 de diciembre del 2020.

- **Figura 6:** Plazo de estructuración de concesiones de carreteras, incluido el plazo del control ex ante – Brasil



Fuente: Elaboración propia, datos PPI.

Los diferentes tiempos están asociados a la complejidad de los proyectos, a la experiencia previa con el sector y a la calidad de la estructura organizacional/institucional de los sectores, así como la calidad de los proyectos individuales. Los sectores mejor estructurados y con más experiencia tienden a demorar menos. Además, el tiempo de los procesos de control puede derivar tanto de la capacidad limitada del órgano controlador para analizar el proyecto como de la falta de personal o de recursos financieros.

A veces, los controladores plantean que la baja calidad de los proyectos es lo que lleva a la demora de sus revisiones. Además, los plazos para el control de las fases internas de estructuración de los proyectos, sean cuales fueren, que preceden a la publicación de la invitación a licitar (como la contratación de consultorías y las discusiones del modelo a ser utilizado para la infraestructura deseada), no siempre están regulados. Es relevante considerar que los controladores deben tener regulados los plazos para el ejercicio de sus poderes, incluso en la fase interna de estructuración de las APP, así como ya existen, en la mayoría de los casos, plazos para sus análisis en la fase externa de la licitación (después de la publicación de la invitación a licitar).

Se ha reportado que, a veces, los proyectos demoran en los órganos de estructuración, y no en los órganos de control. En Uruguay, se han acortado plazos por ley para responder a la demora, pero resulta que el tiempo de análisis del Tribunal de Cuentas (TCR) no ha cambiado, porque el problema no se identificaba en este órgano<sup>55</sup>.

Actualmente, los órganos de control están más atentos a la importancia del tiempo de duración de su actividad controladora, para que no se retrasen proyectos de APP ni se tarde mucho en

<sup>55</sup> Ley 18.786 Ley de Participación Público Privada y sus decretos reglamentarios 17/012, 280/012 y 215/015.

reconocer derechos de reequilibrio económico financiero de los contratos durante su ejecución, cuando suelen ser necesarios para garantizar la continuidad de los proyectos.

### 5.3 Digitalización e Inteligencia artificial

La actividad de los órganos de control también está siendo positivamente impactada por el avance de la tecnología.

Algunas etapas de las APP están beneficiándose de la tecnología, como la firma digital de los contratos y el uso de *blockchain* para registros agrarios, lo que facilita el trabajo del órgano de control. La digitalización de procesos y la automatización de procedimientos disminuyen costos y proporcionan más garantías a la integridad de las informaciones. Algunos tribunales de cuentas comenzaron a trabajar con inteligencia artificial para promover un mejor control de los contratos, y utilizan, por ejemplo, de herramientas de comparación de precios de insumos en el momento de fiscalizar el presupuesto de los proyectos.

Así, algunos órganos de control están trabajando con algoritmos y con inteligencia artificial para un mejor control de las licitaciones y de los contratos administrativos en general. Ese es el caso de la autoridad de defensa de la competencia brasileña, por medio del Proyecto Cerebro, el cual utiliza *big data* para la detección y la eliminación de los cárteles (Macedo, 2018). Medidas como esa tienen mucho potencial para ayudar a controlar la ejecución de los contratos administrativos.

En el caso chileno se ha observado la incorporación, por parte del controlador, de Libros de Obra Electrónicos, lo que facilita el intercambio de comunicaciones entre el privado y los entes de control que intervienen directa y diariamente en el proyecto, permitiendo así la remisión de instrucción o requerimientos de forma más expeditiva.

Además, en recientes bases de licitación de concesiones de obra pública (principalmente hospitalarias) en Chile, se ha observado la incorporación del denominado “Sistema Informático de Comunicaciones” (SIC), que corresponde a un sistema de evaluación de desempeño, que prevé que las controversias por interrupciones o déficit de los servicios concesionados sean comunicadas por el usuario a través de dicho sistema. Como sistema informatizado de comunicaciones y alerta, el SIC es usado para dos funciones diferentes: (i) para solicitar órdenes de trabajo por parte de los usuarios autorizados, o requerimientos que corresponden a la gran mayoría de registros del sistema y (ii) para registrar y comunicar incidencias ante interrupciones o déficit de los servicios concesionados, de acuerdo con los estándares de nivel de servicio previamente definidos. De este modo, el SIC es clave para el monitoreo del nivel de servicio a cargo del Inspector Fiscal ya que es la forma oficial y válida de registro de esas incidencias y, en caso de incumplimientos, permite contabilizar los descuentos en las notas por prestación de servicios y, eventualmente, sirve de antecedente para la imposición de multas.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup><https://documentos.bancomundial.org/es/publication/documents-reports/documentdetail/305651603954008662/main-report>. Acceso 15 de diciembre del 2020.

En el caso uruguayo, se han implementado sistemas informáticos para el seguimiento y el monitoreo de los contratos de APP de infraestructura social. En el caso de los proyectos educativos se cuenta con el “Centro de Atención al Usuario”, que permite el seguimiento y la gestión de los Eventos de Servicio que se reportan en cada uno de los Centros, que indican tanto al contratista como a la supervisión del sector público las fallas e inconvenientes que se han presentado. Cada centro tiene una figura de enlace encargada de reportar en el sistema. El sistema permite realizar la trazabilidad de los eventos de servicio y sus soluciones, así como asignar distintos perfiles según el rol de cada actor en el proceso<sup>57</sup>.

Por otro lado, el proyecto del Recinto Penitenciario cuenta con una plataforma tecnológica de soporte al sistema centralizado de comunicación, registro y control, que facilita una interrelación fluida entre el poder concedente, el Contratista y el Inspector del Contrato, de manera que se pueda coordinar y controlar la operación de los servicios. Este sistema registra cualquier información relativa a los servicios incluidos en el contrato.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Contrato del Primer Proyecto de Infraestructura Educativa  
[https://www.mef.gub.uy/innovaportal/file/28335/1/contrato\\_firmado\\_ppp\\_e1\\_anep\\_web.pdf](https://www.mef.gub.uy/innovaportal/file/28335/1/contrato_firmado_ppp_e1_anep_web.pdf)

<sup>58</sup> Contrato del Recinto Penitenciario - Proyecto PPP - UPPL N.º 1.  
<https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/inline-files/contratofirmado.pdf>

## 6 El Rol de los Órganos de Control en Relación con la Pandemia Causada por la Covid-19

La magnitud de los efectos de la crisis económica derivada de la pandemia hace necesario un posicionamiento de los órganos de control de APP, como las agencias reguladoras y los tribunales de cuentas, sobre la necesidad del reequilibrio económico financiero de los contratos. Muchos sectores de infraestructura han sufrido una disminución drástica de la demanda y retrasos en los pagos de las cuentas por parte de los usuarios. En Chile, por ejemplo, se ha reportado que, durante el tercer trimestre del 2020, las transacciones contabilizadas en las autopistas urbanas tuvieron un descenso del 34,1 % respecto al mismo periodo de 2019. Los datos de los aeropuertos son aún más graves para los pasajeros internacionales: durante el tercer trimestre del 2020 la cantidad de viajeros bajó de 2,8 millones en el tercer trimestre de 2019 a 70.600. También se ha observado una caída sustancial en los pasajeros nacionales, que disminuyó desde 3,5 millones hasta 528.400 (Dirección General de Concesiones, 2020).

Por otro lado, se debe tener cuidado con los pedidos de reequilibrio que sean oportunistas, no basados en situaciones generadas por la Covid-19. En ese sentido, se han verificado las siguientes medidas por parte de los órganos de control específicamente con relación a la pandemia.

### 6.1 Prioridad

Dada la magnitud potencial de la necesidad de reequilibrio en muchos sectores de infraestructura, se hace necesario dar prioridad a los reclamos de las concesionarias, especialmente de los contratos vinculados a servicios públicos ofrecidos a la población, como servicios de transporte, electricidad y salud. El TCU brasileño ha creado un programa específico, el programa Coopera, lo cual será comentado más adelante.<sup>59</sup>

### 6.2 Necesidad de prueba de los desequilibrios contractuales

Es necesario que los solicitantes de modificaciones en sus contratos sean capaces de probar que la caída de la demanda, el aumento de los costos y demás efectos adversos son resultado directo de la pandemia, y no de situaciones que hubieran ocurrido incluso sin la Covid-19.

Se debe prestar atención a cuáles son las situaciones de fuerza mayor u otras razones legales o contractuales capaces de generar cambios en los contratos de APP. Es necesario considerar la

---

<sup>59</sup> <https://portal.tcu.gov.br/coopera/>.

presencia de asimetría de información entre los inversores, la Administración Pública y los controladores, para exigir que las decisiones de revisión contractual estén basadas en evidencias.

### **6.3 El rol de las agencias reguladoras y de los tribunales de cuentas**

El primer actor que va a recibir planteos de reequilibrio económico financiero suelen ser las agencias reguladoras (o las contrapartes públicas, cuando no haya una agencia sectorial constituida).

Los Tribunales de Cuentas, a su vez, pueden tener poder de revisión, vinculante o no vinculante dependiendo del país, de las decisiones tomadas por los reguladores, si consideran que las decisiones fueron tomadas sin observar la economicidad o en perjuicio al interés público.

Es muy importante que exista una visión más colaborativa entre gestores y controladores para garantizar respuestas rápidas y con seguridad jurídica, para evitar que el ambiente institucional se deteriore como consecuencia de una demora en ofrecer respuestas rápidas a las concesionarias. En algunos países se vislumbran intentos de una acción más ágil, ponderada, con menos burocracia, para apoyar más que sancionar a los controladores de primera instancia (como las agencias).

Es necesario buscar soluciones creativas y los órganos de control deben actuar en armonía con esos fines. Un ejemplo en ese sentido es la plataforma Coopera del Tribunal de Cuentas de la Unión, en Brasil. Se trata de un portal en internet donde se reúnen informaciones del Plan Especial de Acompañamiento a las Acciones de Combate contra la Covid-19, por lo cual el Tribunal acompaña 27 acciones que se desarrollan en 8 ministerios, además de la firma de convenios de cooperación con otros órganos estatales para la cooperación y el intercambio de informaciones técnicas. El objetivo es ofrecer a los gestores mayor seguridad jurídica en la toma de decisiones de contratación durante la pandemia e incrementar la transparencia de los gastos públicos. Si el programa es exitoso, se podrá pensar en mecanismos similares para el control de las APP a nivel federal y, después, en algún mecanismo de cooperación técnica con controladores estatales y municipales, y con los demás países de ALC.<sup>60</sup>

### **6.4 Uso de tecnología para facilitar el intercambio de información**

Con la pandemia, las comunicaciones entre los diferentes niveles de autoridades gubernamentales se tornaron menos formales y burocráticas. Con las normas de distanciamiento social, se percibió que la tecnología puede aproximar a las personas y actuar en favor de la eficiencia.

Como las personas no necesitan desplazarse para hacer reuniones, se pueden resolver muchos más problemas y llegar a consensos de forma más frecuente, por medio de las reuniones virtuales, mucho más de lo que era aceptable, en términos de rituales burocráticos, en la época pre-pandemia.

---

<sup>60</sup> Más información en <https://portal.tcu.gov.br/coopera/>. Acceso en 2 de noviembre del 2020.



## 7 Observaciones Finales:

### *Trade-off y Mejores Prácticas*

Las variables tiempo y costo son fundamentales: los excesos de control o las demoras para tener una aprobación final pueden desalentar a los inversionistas. Por otro lado, cambios *ex post* o los contratos mal establecidos pueden generar costos de larguísimo plazo para la sociedad, además de costos con demandas judiciales.

El exceso de control puede tener efectos adversos sobre la posibilidad de innovación. **Se debe buscar un equilibrio entre la necesidad de controlar los proyectos y la de mantener la discrecionalidad del gestor, con el objetivo de mejorar e innovar en las APP.** Un tema complejo sería la posibilidad o voluntad de contratar un seguro de responsabilidad civil (una especie de seguro D&O) para proteger al administrador público que toma decisiones como parte contratante de las APP, para hacer frente a los casos de condenación personal posterior por los órganos de control. Este es un tema delicado porque, si por un lado puede ser un factor positivo de atracción de altos ejecutivos a tomar posiciones de gestión en la Administración Pública, por otro puede volverse un factor para que sean menos cuidadosos en sus decisiones, lo que puede tener impactos profundos sobre el uso de los recursos públicos.

**La búsqueda del control eficiente pasa por el aumento de la eficiencia del proceso, no necesariamente por la disminución del control, y es una medida meritoria aclarar los roles de cada controlador y evitar demasiadas superposiciones de funciones.** ¿Pero cómo hacer este proceso más eficiente? Existen cuestiones todavía muy discutidas, pero ya existen algunos *trade-off* importantes, sobre los cuales ya se ha alcanzado cierto consenso, y sobre los cuales podemos avanzar para ver cómo se implementarían en el contexto de cada país.

Como hemos visto, la heterogeneidad institucional y de funciones entre los órganos de control de los distintos países no nos permitió llegar a una conclusión única sobre mejores prácticas. Sin embargo, en la construcción de modelos exitosos de control de las APP, algunos puntos clave pueden ser destacados para el éxito del control, **entendiéndose como exitoso un control que pueda percibir errores y fallas de forma temprana y corregirlos tempestivamente, evitándose que el tiempo del control se convierta en una etapa de bloqueo innecesario y una pérdida del plazo para contratar las APP.**

En ese sentido, los siguientes son puntos clave para el éxito del control de las APP:

- (i) **Es importante que cada órgano de control tenga claramente delineada su área de actuación.** Los países deben revisar sus marcos jurídicos e intentar aclarar puntos oscuros o que puedan sugerir superposición de roles de control, o entre roles de control y gestión, y definir los límites de forma clara. El ideal es que esté claro en uno o más documentos cuales son los órganos y los poderes responsables de controlar

las distintas fases de la APP, la estructuración, la contratación y la ejecución, y cuál es el alcance de sus respectivas competencias. Su puede sumariar las áreas de actuación en seis grupos.

- a. *Revisar los proyectos.* Los tribunales de cuentas controlan el valor por dinero de los proyectos y deben tener poder de revisión de los proyectos en las materias que involucren gastos públicos (presupuestos, contribuciones públicas al proyecto, etc.), además del poder de sancionar a los agentes públicos y privados en los casos de desvíos graves de conducta. Los roles meramente de producción de informes o consultivos son insuficientes en esos aspectos. Los tribunales de cuentas son centrales en el proceso de control de las APP; así podría desearse dar poder decisorio de revisión/bloqueo sobre cuestiones como presupuestos, pagos y otros temas de impacto económico financiero, en los países donde todavía están muy limitados o solamente tienen un carácter consultivo;
- b. *Fiscalizar de la ejecución del contrato.* Las agencias reguladoras o el poder público contratante deben tener poder y capacidad técnica y gerencial de fiscalización de la ejecución del contrato. También necesitan tener un conjunto de herramientas legales y contractuales que les permita revisar, en conjunto con el socio privado, los problemas que se puedan presentar durante la ejecución contractual que no sean responsabilidad del contratado. La matriz de riesgos debe ser clara en los contratos, y los órganos fiscalizadores deben tener poder para resolver administrativamente los conflictos y aplicar sanciones por incumplimiento contractual, con celeridad y respecto del debido proceso legal;
- c. *Garantir la credibilidad de las APPs.* La contraloría interna debe preocuparse por la lucha contra la corrupción, al lavado de dinero y otras acusaciones graves que puedan disminuir la credibilidad de las APP como mecanismo para incrementar la infraestructura y los servicios públicos en ALC.
- d. *Evitar barreras a la competencia.* Los órganos de defensa de la competencia deben cuidar que los proyectos de APP no incluyan barreras innecesarias a la competitividad de las licitaciones (etapa consultiva previa); deben cuidar que las fusiones y adquisiciones no creen o refuercen el poder de mercado de los agentes económicos que actúan en los diferentes mercados relevantes donde se desarrollan APP; y deben eliminar los cárteles y otras formas de abuso de posición dominante;
- e. *Garantir la legalidad.* El Ministerio Público debe investigar la legalidad de las contrataciones de APP, así de la ejecución de los contratos, y presentar las acciones judiciales aplicables en casos de desvíos. El Poder Judicial debe aplicar, cuando se le solicita, la legislación de las APP, las leyes anticorrupción y de lucha

contra el lavado de dinero (incluso penal), además de las normas de lucha contra la falta de transparencia administrativa y contra los delitos relacionados.

- f. *Resolver los incumplimientos contractuales.* Poder Judicial y los paneles arbitrales deben resolver los incumplimientos contractuales que no hayan sido subsanados en la esfera administrativa. El arbitraje debe ser un procedimiento de solución de conflictos prestigiado, por su capacidad de congregar expertos en la materia y de ofrecer soluciones céleres.
- (ii) **Fortalecimiento institucional y Capacitación.**
- a. Se debe preservar la **capacitación de los agentes públicos** que funcionan como órganos controladores de las APP, incluida la implementación de recursos innovadores en los procesos de revisión de los proyectos y de fiscalización de su ejecución, como el uso de la tecnología;
  - b. **Deben destinarse, en el presupuesto público, los recursos necesarios** para tener órganos de control bien estructurados y con la capacidad técnica necesaria. Es importante generar capacidad efectiva de fiscalización en los órganos de control, y, por otro lado, que tengan en cuenta la delicadeza política que los proyectos de APP implican. Si se empiezan a controlar todas las decisiones del Ejecutivo, y adentrarse en puntos de control que otros órganos ya puedan haber controlado, se puede disuadir a los gestores de usar el mecanismo APP para proyectos esenciales para la sociedad, así como ahuyentar el interés de los inversores;
  - c. La utilización de nuevas tecnologías de la información y digitalización pueden aumentar sustancialmente la eficiencia de los procesos;
- (iii) **Proceso continuo de controle.** Es una buena práctica involucrar a los órganos de control desde una etapa temprana del proceso de contratación para evitar retrasos o paralizaciones cuando el proyecto ya esté en fase avanzada, con la invitación a licitar ya publicada, por ejemplo, o que se interrumpan obras por la ejecución de medidas cautelares administrativas (de los tribunales de cuentas) o judiciales.
- (iv) **Chequeos y balances.** Los chequeos y balances de las diferentes instituciones y esferas deben ser garantizados. Pero, es importante que las decisiones contradictorias sean evitadas en la medida de lo posible. La coordinación entre los órganos de control es muy relevante. Cuando haya más de un órgano de control con atribuciones sobre una APP, es relevante considerar la posibilidad de trabajar de manera conjunta y en tiempo real, o buscar otras formas de coordinación para que todos los órganos competentes puedan manifestarse y, a lo mejor, llegar a un consenso antes de que la licitación sea iniciada;
- (v) **Coordinación entre agencias.** La firma de acuerdos de cooperación entre los tribunales de cuentas y los órganos especializados de la Administración, como los órganos de defensa de la competencia, es deseable y puede incrementar la calidad

de los proyectos. Institucionalizar los mecanismos de intercambio de informaciones entre el órgano gestor del proyecto y los órganos de control puede traer más seguridad jurídica para avanzar con los proyectos de APP, pero dejar un grado de informalidad que permita intercambios conforme necesidad, sin establecer muchas etapas en un proceso de revisión burocrático, también tiene su importancia.

- (vi) **Adecuación de las legislaciones y de las responsabilidades** Las legislaciones deben tener claramente previstas las situaciones de responsabilidad personal de los gestores y de los agentes privados para sancionar casos dolosos o de negligencia grave de desvíos de conducta o decisiones teratológicas en proyectos de APP, en las esferas civil, administrativa y, en los casos límites, penales. Es necesario que la amenaza de condena sea creíble para evitar los desvíos de conducta en los procesos de APP.

Para los casos graves y que deban implicar sanciones a los agentes públicos o a los concesionarios y los individuos privados, es importante que los procesos administrativos y judiciales sean céleres, sin descuidar del debido proceso legal, y sean bien instruidos con las pruebas e informes técnicos necesarios. Es relevante que el controlador adopte una postura exenta y, de preferencia, que se separen internamente los roles de investigación y de juzgamiento de las acusaciones.

No obstante, hay muchos puntos que aún presentan cuestiones y trade-off, donde futuros estudios y consideraciones específicas de cada país deben que ser considerados, como, por ejemplo, sobre la extensión y los límites del rol de los tribunales de cuentas, además de sobre temas sectoriales y específicos. Por un lado, estas entidades tienen un rol importante en vistas de su independencia frente a los gestores y su capacitación técnica; por otro, dar poderes de control a los tribunales de cuentas para proyectos de APP, en lo que concierne a las decisiones fundamentales de fondo con necesidad de conocimiento sectorial, como la forma de evaluar el valor por dinero del proyecto, tiende a ser poco efectivo, a menos que se creen unidades especializadas. Ese tipo de medida suele resultar ineficiente por los problemas de superposición de competencias, de ausencia de capacidad técnica y de demora en la respuesta. En todo caso, los tribunales de cuentas sí deben analizar todos los pagos y afectaciones del presupuesto público que un proyecto de APP pueda tener.

Hay *trade-off* importantes también sobre el grado de libertad de gestores para contratar los proyectos, de forma más rápida, visto que esto genera frecuentemente mayores riesgos de sufrir paralizaciones durante su ejecución a causa de decisiones de los órganos de control. La mayor preparación en la revisión concomitante de los proyectos por parte de los órganos de control hasta que sean licitados, con el fin de que no sean paralizados en su ejecución disminuyen los costos *ex post* (y tienden a aumentar la eficiencia) pero demoran más, y asumen el riesgo de perder los apoyos asociados con los ciclos políticos.

Se debe tener en cuenta que, si los proyectos tardan mucho en ser estructurados, a causa de múltiples controles *ex ante* o concomitantes, puede perderse el tiempo político para hacer su contratación, una vez que la adopción de la APP, en gran medida, depende de contarse con gobernantes que estén en favor de ese tipo de contratación. Sin embargo, en ALC, el hecho de que haya múltiples controles sobre las contrataciones públicas puede ser valorado como mecanismo, no sólo de incremento de la calidad de los proyectos, como también de lucha contra la corrupción. Cuando los proyectos de APP son definidos como prioritarios, los plazos de revisión hasta que sean implementados suelen ser más cortos. Hace diferencia que un proyecto tenga una autoridad directamente interesada en su implementación, y que los niveles más altos de la burocracia administrativa estén directamente involucrados en su estructuración.

Finalmente, es central aprender de los desafíos y ser capaz de adaptarse manteniendo la credibilidad del proceso de control, como ha revelado este año de repuesta a la crisis del Covid-19. Las recientes experiencias de respuestas a las necesidades de contratación de los gestores públicos y las discusiones en torno del reequilibrio económico financiero de los contratos de APP a causa de la Covid-19 tienden a propiciar situaciones de intercambio de informaciones entre gestores y controladores de forma más frecuente y cooperativa. La urgencia de respuestas y la magnitud del impacto sugieren que los actores cambien sus posturas, volviéndose más activos y menos burocráticos: “menos oficios y más reuniones” puede traducir una idea de interlocución más directa, menos interventora y más de construcción de consensos que puede instalarse en consecuencia del impacto de la Covid-19 sobre las contrataciones públicas en general, que ojalá pueda influir positivamente en el ambiente de control de las APP y permanecer después del fin de la pandemia.

## 8 Referencias

CNI – Confederação Nacional da Indústria. Propostas da Indústria para as Eleições 2018. Disponível em <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/propostas-da-industria-para-eleicoes-2018/>. Acesso en marzo, 2021.

Dirección General de Concesiones – Gobierno de Chile. *Informe trimestral julio – septiembre 2020*. Disponible en [http://www.concesiones.cl/Documents/2020/INFORME\\_2020\\_3Tf.pdf](http://www.concesiones.cl/Documents/2020/INFORME_2020_3Tf.pdf), acceso el 8 Diciembre del 2020.

Dutra, Pedro; Reis, Thiago (2020). *O soberano da Regulação: o TCU e a infraestrutura*. São Paulo: Singular.

Flyvbjerg, Bent, Policy and Planning for Large-Infrastructure Projects: Problems, Causes, Cures (March 1, 2007). Environment and Planning B: Planning and Design, vol. 34, no. 4, pp. 578-597, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2230414>

Flyvbjerg, Bent, What You Should Know About Megaprojects and Why: An Overview (April 7, 2014). Project Management Journal, April/May 2014, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2424835>

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Governança da política de infraestrutura: condicionantes institucionais ao investimento, 2018. Disponible en [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=33721](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33721) . Acesso en marzo, 2021.

Levi-Faur, David; Jordana, Jacint (2006). Toward a Latin American Regulatory State? The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors, Intl Journal of Public Administration, 29:4-6, 335-366, DOI: 10.1080/01900690500437212.

Macedo, Alexandre Cordeiro. A experiência do CADE no desenvolvimento de filtros econômicos para a detecção de cartéis, p. 79-82. In Bagnoli, Vicente (coord.) Concorrência e Inovação. São Paulo: Scortecci, 2018.

Monteverde, Hugo; Pereyra, Andrés (2019). Reflexiones sobre costos. Reflexiones sobre costos p. cm. — (Monografía del BID; 665) Disponible en <https://publications.iadb.org/es/reflexiones-sobre-costos> Acceso 18 de febrero del 2021.

Morales, Rafael Dickson (2020). *Proyectos de infraestructura y APP en tiempos de Covid-19*. Disponible en <https://acento.com.do/opinion/proyectos-de-infraestructuras-y-apps-en-tiempos-de-covid-19-8874669.html>. Acceso el 31 de octubre del 2020

Pascoal, Valdecir (2009). O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. *Revista do TCU*, v. 115, maio/ ago 2009, pp. 103-118.

Rehbein, Airton Roberto (2020). *Análise prévia de editais de licitação de PPPs: a experiência do TCE-SP no setor de iluminação pública*. São Paulo: Escola de Sociologia e Política de São Paulo da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo.

Ribeiro, Mauricio Portugal e JORDÃO, Eduardo (2020). Subordinação de agências ao TCU compromete imparcialidade regulatória. *Revista Consultor Jurídico*, 10 de janeiro de 2020. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/opiniao-subordinacao-agencias-tcu-compromete-imparcialidade>. Acceso el 31/oct./2020.

The Economist (2017). Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe – The Economist/Intelligence Unit. Disponible en <file:///C:/Users/patricia.sampaio/Downloads/Infrascopio-2017-Evaluaci%C3%B3n-del-entorno-para-las-asociaciones-p%C3%BAblico-privadas-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf> >. Acceso el 14 Agosto del 2020.

Tribunal de Cuentas Europeo (2018). Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados. Luxemburgo: Unión Europea.

Vasallo, J.M. (2018). Asociación Público-Privada en América Latina. Afrontando el reto de conectar y mejorar las ciudades. Bogotá: CAF. Disponible en [https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1376/Asociacion Publico-Privada en America Latina. Afrontando el reto de conectar y mejorar las ciudades.pdf?sequence=4](https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1376/Asociacion%20Publico-Privada%20en%20America%20Latina.%20Afrontando%20el%20reto%20de%20conectar%20y%20mejorar%20las%20ciudades.pdf?sequence=4)> Acceso el 16 Agosto del 2020.