

04 de mayo de 2016

¿La inconstitucionalidad de la ley de APP o prejuicio ideológico? Salinas Aguirre, Facundo (1)



Se ha cuestionado en los ámbitos políticos la constitucionalidad de la Ley N° 5.102/2013 "De Promoción de la Inversión en Infraestructura Pública y Ampliación y Mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado", más conocido como la ley de Alianzas Público Privadas (App), por supuestamente vulnerar deberes y atribuciones exclusivas del Congreso Nacional, otorgando al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias en materia de concesiones de servicios públicos. En este sentido, específicamente el artículo 52 de la ley ha sido el principal blanco de críticas ya que no respetaría la facultad constitucional del congreso, establecida en el artículo 200 numeral 11 de la Constitución nacional, de otorgar concesiones para la explotación de servicios públicos caso por caso, es decir que debería haber una ley autorizando expresa por cada servicio público que se quiera concesionar. El siguiente trabajo pretende demostrar el error de tal postura.

Si bien en doctrina constitucional, la clásica división de normas operativas y programáticas es bastante discutida, siguen siendo una tipología que ayuda a la hora de interpretar cláusulas constitucionales. De este modo, la norma programática es aquella que necesita otra norma a efectos de su aplicación, mientras que la operativa no requiere dicha condición. Quiroga Lavié las define del siguiente modo:

"Normas operativas: son las que no precisan ser reglamentadas ni ser condicionadas por otro acto normativo para ser aplicables: ellas son normas incondicionadas respecto de su aplicación; en tal sentido las normas operativas están dirigidas para su aplicación a los órganos jurisdiccionales

Normas programáticas: son las que tienen sujeta su eficacia a la condición de ser reglamentadas o a que se dicte un acto normativo a tal efecto: ellas son normas condicionadas respecto de su aplicación; en tal sentido las normas programáticas están dirigidas a los órganos legislativos respecto de su aplicación" (Quiroga Lavié Humberto, Derecho Constitucional, p. 84,85)

El problema radica en identificar cuando una cláusula constitucional es operativa y cuando es programática, a veces esto es claro y expreso en la misma constitución, pero la tarea es compleja cuando no hay una referencia expresa a una posterior reglamentación,



es ahí donde el operador jurídico debe valorar el texto constitucional. Sagûes sostiene: "la respuesta depende en buena medida de la redacción constitucional (en el sentido de si tiene un mensaje concreto y claro, o por el contrario tan impreciso que inevitablemente demanda ser especificado por el legislador), y especialmente de la voluntad de los operadores del sistema constitucional, en el sentido de hacer actual o no a la constitución." (Sagûes Néstor Pedro, Fuentes del Derecho Constitucional, p. 263)

Quiroga Lavié, citado por Sagûes, "sugiere como criterio delimitador, especialmente para los casos dudosos, el siguiente: las cláusulas programáticas son detectables por la generalidad de la norma en cuestión, o abstracción que obliga a una precisión mediante la ley reglamentaria que dicta el legislador ordinario. A la inversa, la claridad y la concreción de una norma constitucional, evidencian su tónica operativa, aplicable sin más por jueces y funcionarios." (Sagûes Néstor Pedro, Fuentes del Derecho Constitucional, p. 263)

Teniendo en cuenta esta clasificación y los problemas que ella entraña pasamos a analizar el artículo 202 de nuestra Constitución Nacional. Este artículo establece los deberes y funciones del Congreso Nacional y en el mismo encontramos dispositivos operativos y programáticos indistintamente, como por ejemplo, el inciso 1 es claramente operativo al establecer el deber de velar por la observancia de la Constitución y las leyes, esta observancia que implica no solo respetar el marco constitucional, sino que la actividad del cuerpo legislativo debe ser dentro de ese marco, no necesita ninguna reglamentación para su eficacia. Por el contrario, el inciso 21 es a todas luces programática dado que expresamente dispone: reglamentar la navegación fluvial, la marítima, la aérea y la espacial. Podemos encontrar otros tipos de normas y subdivisiones, pero no es objetivo del presente trabajo tal menester, solo se señaló los precedentes ejemplos a fin de contextualizar el artículo 202.

Aquí nos interesa el art. 202 inciso 11, el cual es materia de controversia, el mismo dispone:

"Son deberes y atribuciones del Congreso: "autorizar, por tiempo determinado, concesiones para la explotación de servicios públicos nacionales, multinacionales o de bienes del Estado, así como para la extracción y transformación de minerales sólidos, líquidos y gaseos".

La facultad esencial del Congreso es legislar, esa es su función y razón de ser, en ese sentido el artículo enumera una serie de materias en los que debe legislar. El inciso 11 no hace otra cosa que indicar un campo más de acción del legislativo, en ese caso el de las concesiones. Configura lo que llaman Fernández Arévalos, Moreno Ruffinelli y Pettit, una función autorizativa o de permisión: "Se instituyen las siguientes atribuciones del Congreso en función autorizativa o de permisión: num.- 11, autorizar por tiempo determinado concesiones para la explotación de servicios públicos nacionales,



multinacionales o de bienes del Estado, así como para la extracción y transformación de minerales sólidos, líquidos y gaseosos. La función autorizativa o de permisión se ejerce ex ante, esto es, previamente a que se realice o tenga comienzo de ejecución el acto objeto de la autorización." (Fernández Arévalos, Moreno Ruffinelli y Pettit, Constitución de la República del Paraguay, Tomo II, p. 895)

Como podemos observar, el Congreso Nacional tiene la función por antonomasia de legislar en una amplia serie de materias con incidencia económica. De esa manera, establece los marcos regulatorios de explotación de los bienes y servicios del Estado, a fin de que cuente con los recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines. Esta función autorizativa o de permisión para la explotación de sus bienes y servicios, necesita reglamentaciones específicas que la Constitución no previó, dejando esos puntos para las leyes ordinarias, no significando esto que se necesite una ley por cada proyecto, contrato u obra específica, sino el marco jurídico general, regulatoria al cual se deberán ajustar cada caso. En este contexto debe ser analizado un proyecto de ley de participación público privado, no solo en el numeral 11, sino en la función esencial del Congreso de dictar leyes, derogarlas o modificarlas, interpretando la constitución, las cuales podrán versar sobre materia de concesiones, impuestos, tasas, diferentes clases de contratos, entre otros.

Otro artículo constitucional que tiene relación con lo afirmado hasta aquí, es el 112, que dispone: "Corresponde al Estado el dominio de los hidrocarburos, minerales sólidos, líquidos y gaseosos que se encuentre en estado natural en el territorio de la República, con excepción de las sustancias pétreas, terrosas y calcáreas.

El Estado podrá otorgar concesiones a personas o empresas públicas o privadas, mixtas, nacionales o extranjeras, para la prospección, la exploración, la investigación, el cateo o la explotación de yacimientos, por tiempo limitado.

La ley regulará el régimen económico que contemple los intereses del Estado, los de los concesionarios y los de los propietarios que pudieran resultar afectados."

Este artículo también es programático, esto se desprende del último párrafo cuando establece que la ley regulará el régimen económico. En concordancia con la Constitución el Código Civil en su artículo 1900 declara a los minerales sólidos, líquidos y gaseosos que se encuentren en estado natural como bienes de dominio privado del Estado. Aquí no se trata de analizar la propiedad estatal de estos recursos, lo cual no se discute, sino el carácter programático del artículo constitucional que habilita a establecer regímenes de explotación económica en base a los intereses del Estado y sus planes de desarrollo.

Las leyes que sancione el Congreso en materia económica, no tienen otro fin que promocionar el desarrollo económico, social y cultural. En definitiva, lo que se busca es asegurar el bienestar de la población y para ello el Estado promueve políticas de



desarrollo e inclusión social. Para cumplir estos fines, se establecen, impuestos, tasas, contribuciones, explota sus bienes, contrae empréstitos, etc., es decir; establece los medios a fin de contar con recursos suficientes para cumplir con sus fines en el marco del art. 176 y 178 de la Constitución Nacional.

Por tanto, el operador jurídico al interpretar la ley de PPP, además de los parámetros clásicos de la hermenéutica, debe incorporar a su análisis los siguientes criterios:

- Los fines del Estado
- La política económica
- La captación de recursos
- Y el carácter reglamentario de la ley, como norma que operatiza lo dispuesto en la constitución.

APP-PRIVATIZACIÓN-CONCESIÓN

Una de las grandes confusiones que se ha generado es sobre lo que es realmente una alianza de participación público privada, que se traduce en un contrato de participación público privada (PPP), frente a una concesión y una privatización. Puede haber algunos elementos comunes, pero no son lo mismo, cada modalidad tiene sus particularidades esenciales que hacen un claro distingo entre ambos.

En una privatización estamos frente a la venta de un activo del Estado a un privado, hay una transferencia del derecho de propiedad del Estado a un privado. Por tanto el dueño de ese activo y del servicio que conlleva estará a cargo de una empresa privada. En el caso de las concesiones, no estamos frente a una venta, el estado continúa siendo el dueño del activo, solo que la explotación del mismo es entregada a cuenta y riesgo de un privado. La ley 1618 define a la concesión como: "el acto jurídico de derecho público en virtud del cual los tres poderes del Estado, los gobiernos departamentales o las municipalidades delegan mediante contrato en un concesionario seleccionado por licitación, la facultad de prestar un servicio o construir una obra de utilidad general. La concesión será otorgada en todos los casos por tiempo determinado, durante el cual el concesionario resarcirá y remunerará su inversión" (Art. 1). Luego define al concesionario como; "la persona física o jurídica a la que por licitación y contrato se adjudica y otorga la concesión, y asume el compromiso de prestar el servicio o realizar la obra por su cuenta y riesgo".



En una App al igual que una concesión no hay una venta de ningún activo, no se transfieren los derechos de propiedad y el Estado siempre es el dueño del activo objeto contractual y es el responsable por el servicio brindado. Desde el punto de vista de nuestra ley vigente, constituye una nueva modalidad contractual, en virtud del cual, las administraciones contratantes participan con personas jurídicas de derecho privado en un proyecto de inversión, a través de una relación jurídica contractual a largo plazo, con una distribución de compromisos, riesgos y beneficios entre las partes. Aquí ya tenemos una diferencia sustancial, entre la concesión y las Apps, en el primero el privado participa a cuenta y riesgo, mientras que en el segundo hay una distribución de riesgos, compromisos y beneficios. Por tanto, en la participación pública privada falta el elemento a cuenta y riesgo del privado, que es uno de los elementos esenciales de distinción entre la concesión y la App.

El artículo 3 de la ley 5102/13, nos establece el alcance de los contratos de PPP y los elementos esenciales que, como mínimo deben darse para que sea una App; "...los contratos de participación público-privada podrán comprender proyectos de infraestructura y de gestión de servicios, incluyendo proyectos viales, ferroviarios, portuarios, aeropuertos, proyectos de hidrovías, de dragado y mantenimiento de la navegabilidad de los ríos; los de infraestructura social; infraestructura eléctrica; proyectos de mejoramientos, equipamiento y desarrollo urbano; abastecimiento de agua potable y saneamiento; entre otros proyectos de inversión en infraestructura y servicios de interés público. También podrán comprender la producción de bienes y la prestación de servicios que sean propios del objeto de organismos, entidades, empresas y sociedades en las que el Estado sea parte.

Los compromisos del participante privado serán establecidos en el contrato e incluirán como mínimo el financiamiento total o parcial de las inversiones, así como la operación y el mantenimiento de una infraestructura y de sus servicios asociados..."

En nuestro régimen legal, las Apps incluyen financiamiento, construcción, operación y mantenimiento como mínimo, sin perjuicio que se puedan incluir otras actividades propias del objeto de contrato de PPP y de hecho, en la actualidad se da una variedad de combinaciones que hacen del contrato de PPP un modalidad innovadora y eficiente.

Nuestra legislación es coherente con la doctrina, específicamente con el libro Verde sobre PPP de la comisión Europea, publicado en 2004, que establece las características que debe reunir un proyecto de PPP:



- La relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración
- El sector privado debe participar de algún modo en la financiación
- El sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de la infraestructura

La relación debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado. (Infraestructura Pública y Participación Privada, conceptos y experiencias en América y España, Vassallo Magro José Manuel y Izquierdo de Bartolomé Rafael, CAF, 2010, pág. 104)

Como se puede observar, las Apps son una nueva modalidad contractual con sus propias particularidades. Pero las Apps, también son un método para obtener servicios de infraestructura sobre la vida entera de los activos, pagar según la calidad y cantidad de los servicios ofrecidos, monitorear y regula los a través de Indicadores claves de desempeño. Se logran estos objetivos por medio de la transferencia al sector privado de: responsabilidades y riesgos importantes y con un control significativo sobre el proyecto.

La clave del éxito está en que las normas de prestación de servicios fijadas por el gobierno estén alineadas con los objetivos de rentabilidad del socio privado. La eficacia de la alineación depende de un nivel adecuado de transferencia de riesgos entre el socio privado y el gobierno. Por tanto la identificación, la valoración y la distribución de riesgos entre el público y el privado, dependiendo de quién está en mejores condiciones de asumirlo son uno de los elementos principales a analizar para la estructuración de un proyecto de App.

La elección de las APP como esquema para la provisión de infraestructura o servicios públicos debe fundamentarse en un mejor valor por dinero, que es una metodología que permite evaluar si la ejecución mediante la participación del sector privado aporta mejoras de eficiencia en la provisión de la infraestructura o servicio y no exclusivamente en las necesidades para financiar nueva infraestructura, en contraposición con la obra pública tradicional. Es lo que se conoce como el comparador público privado, este mecanismo compara el costo de la inversión bajo la modalidad tradicional en relación al costo bajo el esquema APP. Esto permite tomar decisiones acertadas que maximizan el bienestar social, la metodología de Valor por Dinero () fue desarrollado por Her Majesty's Treasury en 1999.

Las razones principales por la que se ha legislado sobre las Apps, han sido el déficit de infraestructura que padecemos junto a la insuficiencia de recursos del Tesoro Nacional para cubrir dicho déficit. En este sentido, las Apps constituyen una fuente alternativa de financiamiento, sobre todo para proyectos auto — sustentables, e



incorpora no solo eficiencia en la gestión eficiente en el mantenimiento de la infraestructura, sino que también; el mismo uso de la infraestructura es eficiente al ser mantenida por el pago del usuario. Si bien las Apps generan espacio fiscal, no se debe solo tener este elemento en cuenta, puesto que existen ganancias de eficiencia técnica derivadas de la competencia entre empresas privadas y de permitir al sector privado integrar todas las fases del proyecto (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y explotación), donde los riesgos en esas fases son transferidos al privado. Y mejora la calidad ofrecida al usuario debido a una mayor exigencia pública al sector privado; no solo el Estado regula y controla, sino que la ciudadanía que exige por un determinado nivel de servicio es la principal interesada que se cumpla con la calidad por la que paga.

Marco Legal de las concesiones.

El artículo 202 numeral 11 de la Constitución expresa: "Son deberes y atribuciones del Congreso: "autorizar, por tiempo determinado, concesiones para la explotación de servicios públicos nacionales, multinacionales o de bienes del Estado, así como para la extracción y transformación de minerales sólidos, líquidos y gaseosos". Evidentemente la Constitución ha querido que el Congreso sea el Poder del Estado con la atribución de autorizar por tiempo determinado las concesiones, a través del medio que por su propia naturaleza el cuerpo legislativo se pronuncia: Ley.

Sin embargo; esto no significa que las autorizaciones sean dadas caso por caso, de hecho esto no está expresamente establecido en la cláusula constitucional. Esto último, se haya legislado en una Ley ordinaria, la 1618/00 "De concesión de obras y servicios", cuyo artículo 2 dispone: "La concesión de obras y servicios públicos será autorizada en cada caso por ley...". Esta ley lo que hace es remitir a la necesidad de otra ley por cada concesión de obra y servicio que se desee realizar. Por tanto el argumento de la necesidad de tener una ley para cada caso no se desprende de la constitución, sino de una ley, la cual puede ser modificada por otra ley.

En otros casos, la propia Constitución ha dispuesto de manera expresa la necesidad de contar con una ley específica para determinados actos. Así lo ha dispuesto para admitir la expropiación de la propiedad privada por causa de utilidad pública o de interés social en el artículo 109, donde taxativamente dice que la expropiación será: "determinada en cada caso por ley". Al contrario de lo que ocurre en materia de concesiones, aquí la Constitución utiliza la expresión "en cada caso por ley", no dando lugar interpretaciones. Nótese la diferencia del artículo 200 numeral 11, donde solo se establece el deber de autorizar por tiempo determinado las concesiones para la explotación de servicios, pero no lo condiciona a que se necesite una ley por cada caso específico.



Diferencias entre la Concesión y las Apps. Además de las diferencias apuntadas precedentemente, encontramos otras que se resumen en el siguiente cuadro.

APPP

- Ley autorizante permite la participación del Privado con el Estado, por Contrato
- Se realiza bajo un esquema de distribución de riesgos, compromisos y beneficios
- La duración propuesta es de 30 años, con una prórroga de hasta 10 años en casos especiales (compensaciones por actos sobrevenientes)
- El monto mínimo es de alrededor de US\$ 5 millones
- Se puede dar para todos los sectores
- Los entes competentes son: STP y el MH (por los riesgos fiscales), sin perjuicio de los entes reguladores
- Se establece la Iniciativa Privada, además de la iniciativa pública.
- Se crea un fondo de liquidez y garantía

CONCESIONES

- Los proyectos deben ser adjudicados a través de una ley especial, caso por caso
- A cuenta y riesgo del Privado
- La duración total es de 30 años
- No se estipulan montos
- Excluye sectores como comunicaciones, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado sanitario
- No se establecen entes reguladores
- Se realizan por encargo del OEE

Resulta por demás esclarecedor la Comunicación Interpretativa 2000/C121/02 de la Comisión Europea expone criterios para diferenciar a las concesiones de los contratos, "...cuya concurrencia conjunta, permiten calificar a un contrato como de concesión de obras públicas de forma, determinando la ausencia de cualquiera de ellas que aquel sea conceptualizado como de obras. Aquellas características son las siguientes:

1. Las obras públicas objeto del contrato de concesión han de ser susceptibles de explotación económica por estar destinadas a servicios públicos de interés económico o servicios económicos de interés general.
2. El derecho a la explotación de las obras, o esa explotación acompañada de un precio, ha de ser la contrapartida que recibe el contratista por realizar a su costa la inversión y el mantenimiento de las obras.
3. El derecho de explotación conlleva la transferencia de la responsabilidad de explotación (riesgos vinculados a la construcción, así como los vinculados a la gestión y frecuentación o utilización efectiva del equipamiento —disponibilidad y demanda) que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra."

Por ello, dice la referida comunicación, "...si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento riesgo, encontrándonos ante un contrato de obras." Es decir, que no es aplicable un esquema de riesgos compartidos en la modalidad de concesiones, al contrario de las Apps donde estos se distribuyen entre el



público y el privado, bajo el criterio de que aquel que esté en mejor condiciones de asumir el riesgo es el que asume dicho riesgo.

Esta nota distintiva sobre el elemento riesgo, también es sostenida por Marienhoff, cuando define la concesión de servicio público como "...el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona —individual o jurídica, privada o pública-, por tiempo determinado, la organización y funcionamiento de un servicio público; dicha persona, llamada concesionario, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente..." (MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III —A. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. P 577)

Concesiones reguladas por Ley que se conceden vía contractual. Como ya se ha señalado, si se lee detenidamente el artículo 202 inciso 11 de la Constitución, puede advertirse que no se incluye entre las atribuciones del Congreso la de autorizar las concesiones de obras, y solo se refiere a las concesiones para la explotación de servicios públicos o de bienes del Estado, así como para la extracción y transformación de minerales. La inclusión de la necesidad de someter a autorización para las concesiones de obras y la autorización por ley caso por caso solo está en la ley 1618. Esta ley a su vez, excluye otros servicios como el de energía, telecomunicaciones agua y saneamiento. Es decir; que estos servicios públicos no se rigen por la ley 1618 y por tanto no se concesionan vía ley por cada caso específico.

El artículo primero de la ley de Concesiones cuando define servicio público, como "el que se presta al público de manera regular y continua, para satisfacer una necesidad general y por un organismo público. A objeto de esta ley se excluyen los servicios públicos de energía eléctrica, telecomunicaciones, agua potable y alcantarillado sanitario", está disponiendo que solo aquellos servicios que no sean los expresamente excluidos, sean otorgados vía ley. Pero como ya sea indicado, esta decisión está en la ley y no en la Constitución, por tanto, una ley puede ser modificada por otra ley posterior.

De hecho, en el Paraguay hay una serie de marcos legales que regulan diferentes concesiones de los servicios públicos que facultan al Ejecutivo u otros organismos del Estado a licitar dichos servicios para permitir la participación del sector privado en la explotación de los mismos, a través de una relación contractual sin la necesidad de tener que contar con una ley para cada caso. A modo de ejemplo citamos algunos casos:

1. La Ley 1614/2000. Del servicio de agua potable y alcantarillado sanitario, la normativa dispone lo siguiente:

"Art. 25. Título de los prestadores. Salvo en el caso de prestación directa por el titular del servicio, los prestadores actuarán siempre bajo alguno de los siguientes Títulos jurídicos:

- a) concesión de servicio público; o
- b) permiso.

La titularidad del servicio no se considerará transferida a sus prestadores en ningún



caso."

El artículo 26 establece la vía contractual para otorgar la concesión, en los siguientes términos: "Las concesiones del servicio se sujetarán a las siguientes reglas básicas:

a) deberán otorgarse por medio de un contrato y previa licitación pública..."

"Art. 29.- Autorización al Poder Ejecutivo. Se autoriza al Poder Ejecutivo, o en caso de delegación, a la municipalidad o gobierno departamental si se delegara el poder concedente, a otorgar permisos o concesiones sobre el servicio en los términos establecidos en los artículos precedentes."

2. Ley 417/94. Que regula los puertos privados se dispone:

"Artículo 1º.- Autorízase la construcción, instalación y funcionamiento de puertos fluviales de propiedad privada en el tramo paraguayo de los ríos navegables."

"Artículo 2º.-La autorización para la construcción y explotación de puertos privados será otorgada por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones a sociedades mercantiles inscriptas en la República del Paraguay."

Cabe apuntar que, de conformidad al artículo 1898 del Código Civil, los puertos — específicamente el área del ancladero, los muelles y otras instalaciones que se encuentren directamente sobre el río desde la costa - son bienes del dominio público del Estado. Por tanto, como son inajenables, su uso privativo solo puede ser otorgado a los particulares bajo el régimen de concesión. El puerto de dominio público sería la zona del ancladero y los muelles u otras instalaciones que se ubican sobre el río.

En el caso de esta Ley N° 417, claramente se le da una autorización general al MOPC para que otorgue concesiones de puertos.

3. Ley N° 4090/10. Que establece el Sistema Nacional de Transporte y crea la DINATRAM y la SETAMA, se otorga a la SETAMA la potestad de "otorgar y cancelar concesiones y licencias para explotación de servicios públicos de transporte y otros;" (26 b) "regular, proveer y conceder los servicios de revisión técnica para la habilitación e inhabilitación de la circulación de todos los vehículos;". Dicha ley también otorga a DINATRAM la facultad de "regular, proveer y conceder los servicios de revisión técnica para la habilitación de los medios de transporte de pasajeros y carga nacionales;" (art. 13);

4. Ley N° 3009/06. Establece un esquema de licencias, contrato de licencia y contrato de riesgo compartido para el sector privado a ejercer la actividad de generación, transporte y explotación de energía eléctrica. Donde quien otorga estos permisos es la autoridad de aplicación conformada por un Consejo integrado organismos del Ejecutivo.



CONCLUSIÓN

El principal blanco de crítica por inconstitucionalidad ha sido el artículo 52 de la ley, que establece una autorización a los organismos y entidades del Estado a estructurar, seleccionar, adjudicar y celebrar contratos de Apps de una lista de 16 proyectos identificados. Este artículo estaría en contradicción del artículo 200, numeral 11 de la Constitución Nacional que dice: "Son deberes y atribuciones del Congreso: "autorizar, por tiempo determinado, concesiones para la explotación de servicios públicos nacionales, multinacionales o de bienes del Estado, así como para la extracción y transformación de minerales sólidos, líquidos y gaseosos".

Sin embargo; como ya se ha demostrado los proyectos de App no son lo mismo que las concesiones, porque estas son a cuenta y riesgo del concesionario, mientras que en App hay un esquema de riesgos, compromisos y beneficios compartidos, bajo el criterio que aquel que está en la mejor posición de retener un riesgo es el que lo asumirá. Por tanto, la identificación, valoración y distribución de riesgos es una de las tareas principales para el éxito de esta tipo de proyectos. Como primera conclusión, afirmamos que en nuestra legislación nacional no se puede afirmar que concesión y las alianzas público privadas sean la misma cosa.

Dicho esto, hay que aclarar una vez más que la Constitución no pone como una "conditio sine qua non", la necesidad de una ley por cada caso de concesión que se quiera dar. Lo que si pone como un requisito es la temporalidad en la explotación, por eso expresa que las autorizaciones deben ser por tiempo determinado. En el caso de las Apps, también son por tiempo determinado, de hecho son para 30 años y 10 años más a modo de compensación.

Las Apps no constituyen privatizaciones, porque el activo queda en propiedad del Estado y el responsable de la explotación del servicio sigue siendo responsabilidad del sector público, quien es el regulador y quien garantiza un servicio de calidad al usuario. Constituye en nuestro ordenamiento positivo, un novedoso esquema contractual que combina elementos del derecho administrativo con el derecho privado, estableciendo un vínculo entre el Estado y el privado que debe basarse en una relación en "ganar-ganar".

(1) Master en Derecho de Familia por la Universidad de Barcelona, Post Grado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional por la Universidad de Buenos Aires, Diplomado en Alianzas Público Privadas por el Instituto Tecnológico de Monterrey, México, curso el Programa de Entrenamiento en PPP en el Reino Unido en Treasury UK. Fue Integrante del equipo que redactó la ley de App y su Reglamentación.