

Efectos de la corrupción en los contratos de asociaciones público-privadas

Consecuencias de un enfoque de tolerancia cero

Roberto de Michele
Joan Prats
Isaías Losada Revol

Sector de Instituciones para
el Desarrollo

División de Innovación
para Servir al Ciudadano

Vicepresidencia de Países

Equipo de Asociaciones
Público-Privadas

DOCUMENTO PARA
DISCUSIÓN N°
IDB-DP-625

Efectos de la corrupción en los contratos de asociaciones público-privadas

Consecuencias de un enfoque de tolerancia cero

Roberto de Michele
Joan Prats
Isaías Losada Revol

Octubre de 2018

<http://www.iadb.org>

Copyright © 2018 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.



Contactos: Roberto de Michele, robertodem@iadb.org; Joan Prats, joanp@iadb.org; Isaiás Losada Revol, isaiaslo@iadb.org.

ÍNDICE

Resumen	v
1. Introducción	1
2. Asociaciones público-privadas y corrupción: el “antes” y el “después” del ilícito	5
APP y corrupción: breve revisión de la literatura	5
Nueva aproximación a las APP y a la corrupción	8
3. Las respuestas al problema	15
Medidas adoptadas en la región	15
<i>Colombia</i>	15
<i>Panamá</i>	16
<i>Perú</i>	17
4. Reflexiones finales.....	23
5. Bibliografía	27

RESUMEN*

La experiencia reciente muestra las consecuencias negativas que los casos de corrupción pueden tener sobre el desarrollo de la infraestructura y, muy en particular, en el mercado de las asociaciones público-privadas (APP). A diferencia de la literatura tradicional, que se centra en el análisis de los mecanismos para prevenir la corrupción en este tipo de proyectos, el presente trabajo analiza la principal consecuencia legal derivada de la ocurrencia de un evento de corrupción para la gestión de los contratos de APP. Se argumenta que las particularidades económicas y jurídicas del financiamiento estructurado propio de estos contratos hacen que su declaración de nulidad, como respuesta legal en

la mayoría de los países de América Latina y el Caribe (ALC), genere fuertes costes económicos para la sociedad y el desarrollo económico. Ante esta situación, algunos países de la región han impulsado reformas legales a sus marcos regulatorios.** A partir de estas experiencias, se presentan sus principales lineamientos y desafíos junto a otras alternativas de reforma y a los principios que podrían guiarlas. En especial, se destaca la necesidad de desarrollar herramientas que sancionen la corrupción, pero que al mismo tiempo garanticen la continuidad del proyecto y el negocio de las partes ajenas al acto ilícito, como así también el interés público del conjunto de la sociedad.

Clasificación JEL: G23, G28, K10, K23, O16, Z18

Palabras clave: alianzas público-privadas (APP), corrupción, nulidad, tolerancia cero

* El Fondo de Transparencia del BID, que se beneficia de las generosas contribuciones del Gobierno de Canadá, del Gobierno de Italia, del Gobierno de Noruega, del Gobierno de Suecia y de la Corporación MasterCard, ha contribuido a la preparación de esta publicación.

** Este trabajo toma como fecha de corte aquellas leyes y regulaciones que se encontraban vigentes al 1 de agosto de 2018.

INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2016 se firmó ante la corte del Distrito Este de Nueva York el acuerdo Cr. No. 16–643 (RJD) entre autoridades de Estados Unidos y la firma Odebrecht, mediante el cual la constructora reconoció haber pagado una serie de sobornos a altos funcionarios de 12 países de la región y de África (United States District Court, s/f).¹ El reconocimiento ante las autoridades judiciales de que en la adjudicación de ciertas obras había mediado el pago de sobornos activó la potencial sanción legal tradicionalmente asociada con este y otro tipo de eventos irregulares: la declaración de nulidad de los contratos (UNECE, 2017; Lambsdorff, 2013).²

El recurso a la nulidad como sanción es una de las herramientas que compone el denominado

enfoque de “tolerancia cero” (UNECE, 2017; Davis, 2009).³ Tanto en los sistemas jurídicos de origen anglosajón, como en aquellos de tipo continental, existe un principio legal fuertemente establecido por el cual un hecho ilícito no puede generar derechos (*ex injuria jus non oritur*).⁴ Es decir, la corrupción no puede ser rentable y, por lo tanto, se debe perseguir y recuperar el producto del delito o, en su caso, imponer sanciones económicas equivalentes.

La declaración de nulidad y, en ocasiones, su mera posibilidad o anticipo por parte de los diversos actores involucrados en obras de infraestructura, han traído aparejada la parálisis de un importante número de obras que comprenden proyectos de

¹ Para un análisis sobre las semejanzas y diferencias entre el denominado Lava Jato y otro caso notorio de gran corrupción, véase De Michele (2017).

² Este trabajo no pretende analizar la naturaleza jurídica de la nulidad, ya que sus características específicas, causas y consecuencias pueden variar de jurisdicción en jurisdicción. No obstante, todos los ordenamientos jurídicos contienen reglas que establecen los requisitos para la validez de sus actos jurídicos, cuyo incumplimiento puede generar, entre otras cuestiones, su nulidad. Declarada la nulidad, la principal consecuencia es la pérdida de fuerza legal del acto en cuestión, ya sea con efectos *ex nunc* (retroactivos al momento de la celebración) o *ex tunc* (a partir de la declaración de nulidad). La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNDOC, s/f) constituye un reflejo de la aplicación de la nulidad como instrumento para enfrentar la corrupción en la contratación pública. Al respecto, el artículo 34 dispone que “[...] los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante [...]”. En igual sentido, el Convenio de Derecho Civil del Consejo de Europa contra la Corrupción (Grupo de Estados contra la Corrupción, s/f) dispone en su artículo 8 que “[c]ada Parte establecerá en su derecho interno la posibilidad de que todas las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción puedan solicitar ante tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato [...]”.

³ Según Davis, el enfoque de tolerancia cero castiga a las empresas por adquirir contratos a través de sobornos y por realizar inversiones derivadas de esos contratos. Para un breve análisis sobre distintas concepciones del concepto de “tolerancia cero”, véase Stephenson (2014).

⁴ En *The Model of Rules*, Dworkin (1967) analiza este principio a partir del famoso caso Riggs v. Palmer del año 1889 en el cual un tribunal de Nueva York sostuvo que “a nadie se le permite beneficiarse de su propio fraude, ni aprovecharse de su propio error, ni para fundar un reclamo sobre su propio ilícito, ni para adquirir propiedad por su propio delito” (115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 [1889]) [la traducción es propia]. Como se observa, el principio *ex injuria jus non oritur* (de una ilegalidad no se origina un derecho) a su vez se vincula con la llamada *clean hands doctrine*, según la cual el demandante debe tener las *manos limpias* para presentarse ante los tribunales y reclamar un derecho. Al respecto, véanse Schwebel (2011) y Herstein (2011). Para un análisis sobre el origen de los referidos principios en el marco de la corrupción, véase Espinoza Quiñones y Chinga Flores (2015).

asociaciones público-privadas (APP). En algunos países de la región ha llevado incluso a la interrupción de las respectivas cadenas de pagos, a la quiebra de algunos proveedores y al despido de miles de trabajadores (Vieyra y Barón, 2018),⁵ además de exacerbar la ya existente desconfianza de la sociedad hacia sus autoridades y funcionarios públicos (Casas-Zamora y Carter, 2017). Por ejemplo, según una nota publicada el pasado 4 de marzo por el diario *La República* de Perú (Palacios, 2018), 562 firmas proveedoras se vieron afectadas por el escándalo de Odebrecht, de las cuales 175 quebraron y perdieron sus maquinarias, inmuebles y vehículos, y el 80% remanente ingresaría en una situación similar en el primer trimestre de 2018. Por otro lado, alrededor de 60.000 trabajadores fueron despedidos desde febrero de 2017 como consecuencia de los US\$260 millones de deuda que la constructora mantiene con distintos proveedores. El caso de Perú resulta significativo en este aspecto, dado que “la inversión total (que considera APP y obra pública) por ejecutarse por parte de las empresas vinculadas a actos de corrupción, confesadas e investigadas, equivalen a más de treinta mil millones de soles [US\$9.140 millones aproximadamente]. Esta inversión equivale al total del presupuesto de inversión (PIA) del año 2018, 4,2% del PBI y a la quinta parte (20%) de la inversión total (pública y privada) de [2018]” (Gobierno de la República del Perú, 2018). Brasil también constituye un caso representativo del problema pues se informa que el denominado Lava Jato ha generado una paralización de obras por un monto de R\$ 90.000 millones, cifra cercana a unos US\$27.000 millones (Pereira, 2017).

Los países afectados por estos hechos de corrupción se encuentran frente a una difícil encrucijada, con desafíos de compleja resolución. Los gobiernos se han visto obligados, por un lado, a adoptar medidas tendientes a evitar la impunidad y castigar a los responsables de los hechos de corrupción y, por el otro, a asegurar la continuidad de los grandes proyectos de infraestructura para

impedir el deterioro de la economía local como consecuencia de una eventual interrupción de las obras que a su vez acarrearía desempleo y una potencial reducción en el flujo de inversiones. El caso de la autopista Ruta del Sol II para comunicar el centro de Colombia con el litoral del Caribe, un importante proyecto de APP que comprende alrededor de US\$1.717 millones, es un ejemplo de la situación planteada pues su culminación se esperaba para 2017 y ahora se prevé para cerca del 2022 (*El Economista*, 2017). Se estima que estos retrasos le costarán al país alrededor de US\$279 millones por año (*El Tiempo*, 2018).

En este trabajo se argumenta que la declaración de nulidad como principal (y en algunos supuestos única) herramienta legal frente a casos de corrupción acarrea consecuencias económicas especialmente negativas para los contratos de APP. Esto se debe en gran medida a que las APP son proyectos estructurados bajo la denominada modalidad de *project finance* (financiamiento estructurado o de proyecto). Como tal, involucra a una serie indeterminada de actores distintos a los patrocinadores del proyecto y a un sinnúmero de instrumentos jurídicos destinados a financiar, ejecutar y repagar la obra en el tiempo con el flujo de fondos generados. A diferencia de la contratación pública tradicional, la potencial nulidad del contrato ocasiona riesgos especialmente elevados para el financiador del proyecto, los que se incrementan si la probabilidad de actos de corrupción es alta y la única respuesta del marco legal es la nulidad.

Esta situación desalienta la inversión en este tipo de proyectos y puede llevar a una parálisis del sector. Ello se debe a que la nulidad del contrato de APP no sólo supone la pérdida de la eficacia del contrato principal entre el Estado y el contratista, sino también de todas las relaciones contractuales a él asociada. Así, se impide, por un lado, la continuidad del proyecto y, por el otro, la realización de las expectativas de las personas ajenas al acto ilícito pero que invirtieron

⁵ En igual sentido, véanse, entre otros, Lucchesi, Marques y Oyamada (2018); Margolis (2018); Mellizo (2018); Calderón (2017); Fieser (2017); Agencia EFE (2017).

en la obra (financistas y contratistas), afectando además a sus trabajadores y potenciales beneficiarios, que esperan que estas inversiones provean mejores caminos, transportes y servicios.

La nulidad se erige de esta forma como una sanción legal que resulta insuficiente para prevenir el acto de corrupción e inconveniente para resolver las dificultades derivadas de este ilícito en proyectos de APP. Sin perjuicio de que la declaración de nulidad de la relación contractual constituya una herramienta disponible para los gobiernos, parece adecuado analizar otras opciones más equilibradas que combinen sanciones personales y materiales (remociones de personal, multas, reemplazo de proveedores, etc.) sobre los responsables del hecho corrupto, pero que al mismo tiempo garanticen la continuidad del proyecto de infraestructura y de los contratos de aquellos terceros que obraron conforme a derecho, en tanto exista un impacto económico social positivo (Grupo Asesor de Expertos

en Anticorrupción, Transparencia e Integridad, 2018).

A continuación, se explica primero cuáles son las características particulares de los esquemas de APP con respecto a la contratación pública tradicional que hacen que la nulidad de sus contratos tenga efectos económicos especialmente perniciosos. En segundo lugar, se analizan las medidas o reformas implementadas por Colombia, Panamá y Perú para evitar la paralización de las obras de infraestructura por hechos de corrupción. En tercer lugar, se explican sus principales diferencias, destacándose cómo las soluciones de cada uno de ellas oscilan entre proteger el interés patrimonial de la administración pública castigando a la empresa contratista, y resguardar el interés de los financistas con la finalidad de evitar una fuerte parálisis en el sector. El trabajo concluye resaltando la importancia de encontrar un marco jurídico alternativo y complementario a la nulidad para las APP, e identificando algunas opciones y principios que deberían guiar su diseño.

ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS Y CORRUPCIÓN: EL “ANTES” Y EL “DESPUÉS” DEL ILÍCITO

En este apartado se revisan brevemente las características de las APP⁶ y su relación con la corrupción. Se resalta cómo los estudios realizados hasta la fecha se han centrado principalmente en analizar los riesgos de corrupción en cada una de las fases del ciclo de las APP y en las medidas de tipo preventivo destinadas a evitar el ilícito. Sin embargo, la experiencia reciente demuestra que la detección de estos delitos en obras de infraestructura no ha disminuido pese a los crecientes e imprescindibles esfuerzos para combatirlos. Por el contrario, como consecuencia de dichos esfuerzos y de la ocurrencia de otros acontecimientos, se han descubierto aun más casos de corrupción en la obra pública. Ante esta situación ya no es relevante ocuparse solamente de cómo el marco institucional actúa “antes” del acto ilícito, sino también “después” de que este ocurre. Por este motivo, se pone énfasis en la necesidad de estudiar los efectos de la corrupción en las APP una vez que las medidas de tipo preventivo en materia de transparencia e integridad fracasaron para evitar la ocurrencia del delito. En particular, se resalta cómo la ausencia de mecanismos y marcos institucionales de regulación y sanción adecuados para enfrentar la corrupción en las APP genera efectos especialmente perniciosos para el sector.

APP y corrupción: breve revisión de la literatura

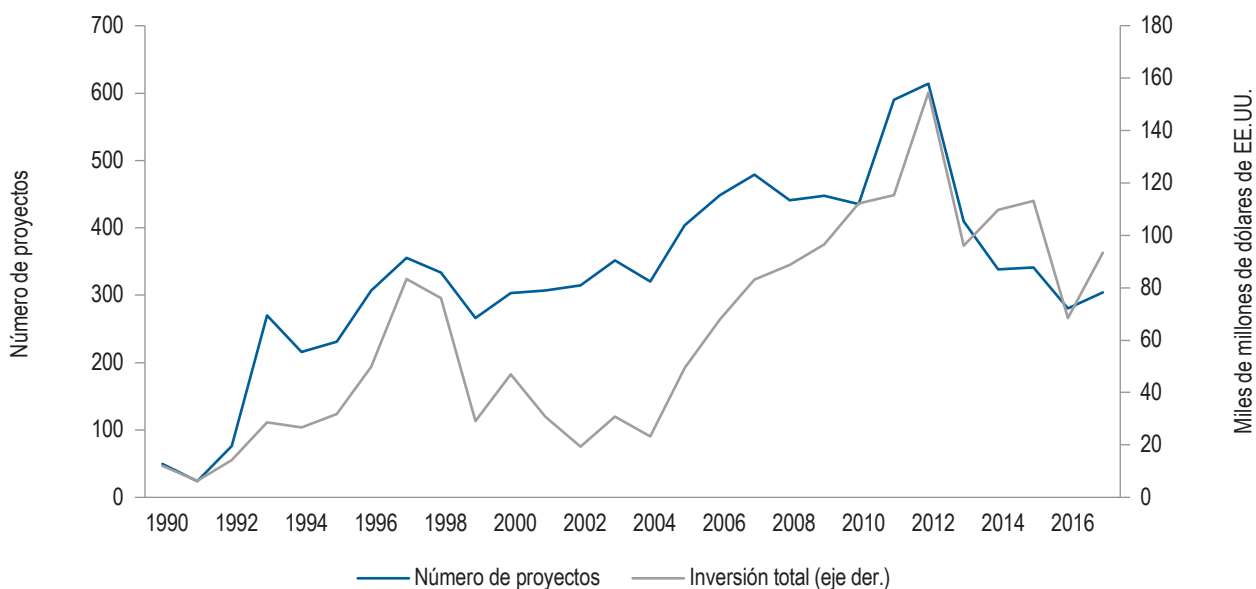
Las APP son un contrato de largo plazo entre el sector privado y una entidad gubernamental para la provisión de un bien o servicio público, en el cual el sector privado asume un riesgo significativo, haciéndose cargo de su gestión y vinculando su remuneración a su desempeño (Banco Mundial, 2017). La importancia de los contratos de APP ha ido creciendo mucho en el tiempo, tanto en países desarrollados como en aquellos emergentes, especialmente en estos últimos a partir de la década de 1990, tal como lo muestra el gráfico 1.

Las fuertes necesidades de inversión en infraestructura y las limitaciones crecientes en los espacios fiscales de los países para financiar obra pública tradicional han hecho de las APP un mecanismo atractivo para muchos gobiernos. Los contratos de APP aportan valor con respecto a la contratación pública tradicional cuando se efectúa una adecuada asignación de riesgos e incentivos entre el sector público y el sector privado. En tal sentido, el sector público retiene los riesgos que tiene mejor capacidad para controlar, mitigar o soportar, transfiriendo los restantes al sector privado.⁷ El valor de la modalidad de APP está también positivamente

⁶ Para un análisis detallado y a nivel de ciertos sectores, véanse Reyes-Tagle (2018) y Frigerio y Gómez Kort (2018).

⁷ Por lo general, los riesgos más relevantes de todo proyecto se dividen en dos etapas: por un lado, la fase de diseño y construcción y, por el otro, la etapa de operación y mantenimiento. Identificado el riesgo, se determina cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones para controlarlo o soportarlo. Por ejemplo, durante el período de construcción, el privado debe cumplir con la normativa ambiental y con las medidas recomendadas en los correspondientes estudios de impacto ambiental, adecuando sus procesos y métodos constructivos para que su obrar sea acorde a la legislación vigente. De igual modo, a lo largo de la etapa de operación y mantenimiento, el sector público debe asegurar mecanismos de actualización periódica de conformidad con los índices de inflación vigentes para evitar un sobre costo en la operación y mantenimiento de la obra.

GRÁFICO 1
Número de proyectos e inversión total en APP en economías emergentes



influenciado por la capacidad que tiene el sector público para manejar contratos complejos y las eficiencias económicas que aporta el sector privado con su mejor tecnología y sus incentivos para construir y operar una infraestructura bajo un modelo de APP.

Lógicamente, el marco institucional en el que operan las APP es un elemento clave para el alineamiento adecuado de los incentivos de cada una de las partes involucradas (ministerios, organismos, bancos y empresas, entre otros) a lo largo de cada una de las fases del ciclo del proyecto (diseño, aprobación, licitación, adjudicación, contratación, y monitoreo y control). La mayoría de los países de la región ha desarrollado marcos legales e institucionales destinados a regular las distintas etapas del ciclo del proyecto, adaptándolas al tamaño de su economía y a su grado de descentralización (Prats, 2016).

La literatura sobre APP y corrupción se ha centrado fundamentalmente en analizar cómo las características institucionales y contractuales de esta modalidad de contratación difieren de las de la obra pública tradicional en su

capacidad para prevenir el ilícito a lo largo de las distintas fases del ciclo del proyecto. Los contratos con el sector público son por lo general más ventajosos que los disponibles entre privados y con riesgos de fraude y corrupción específicos (Rose-Ackerman y Palifka, 2016). Hay quienes argumentan que los riesgos de corrupción en este tipo de contratos pueden ser incluso mayores (Iossa, Spagnolo y Vellez, 2007). Ello se debe a que los contratos de APP presentan peligros puntuales originados en su propia naturaleza (Klitgaard, 2012; Knorr y Schomaker, 2016), como los derivados de su flexibilidad y alto grado de indeterminación, puesto que se trata de contratos incompletos de larga duración en los que no pueden preverse todas y cada una de las circunstancias que se materializarán a lo largo de la vida de la relación contractual. Asimismo, las APP pueden presentar peligros específicos de tipo institucional, como por ejemplo los ocasionados por la inexistencia de unidades especializadas en relaciones público-privadas, o los causados por débiles herramientas de control o por fallas en los mecanismos de transparencia y acceso a la información (Kwak, Chih e Ibbs, 2009).

En este marco, los proyectos de APP presentan, al menos, cuatro momentos que demandan medidas específicas anticorrupción: i) la decisión de escoger una APP en lugar de alguno de los modelos tradicionales para la ejecución del proyecto; ii) la preparación, el desarrollo y la aprobación del proyecto; iii) el proceso de selección del contratista y la adjudicación del contrato de APP, y iv) la ejecución, gestión, supervisión y extinción de la relación contractual. Así, en la *fase de pre-licitación* se considera clave evitar actos de corrupción destinados a manipular la transferencia de riesgos o sobrevalorar las eficiencias que aporta el sector privado con la finalidad de promover APP que no deberían serlo. Esto lleva a que algunos autores desaconsejen la transferencia de riesgos y la unión de la construcción, la operación y el mantenimiento de la obra en contextos de elevada corrupción o debilidad institucional (Mortimort y Pouyet, 2008). Asimismo, se sugiere garantizar la aplicación de metodologías robustas de comparador público-privado y también incrementar la transparencia durante la *fase de pre-licitación* (UNECE, 2017), incluyendo la etapa de preparación, desarrollo y aprobación del proyecto (Reynaers y Grimmelikhuijsen, 2015).

Aun cuando la literatura tiende a mostrar que existen espacios de discrecionalidad para manipular cualquier *fase de licitación*, los procedimientos licitatorios competitivos, transparentes y con tiempos adecuados y razonables se han impuesto como el mecanismo más apropiado para reducir las oportunidades de corrupción durante el proceso de selección del contratista (Reynaers y Grimmelikhuijsen, 2015; Loxley, 2012; Iossa y Mortimort, 2011). Ello ha llevado, por ejemplo, a que algunos organismos internacionales hayan emitido manuales de buenas prácticas para la contratación pública en proyectos de APP (Banco Mundial, 2018).

Finalmente, como señala Piga (2011), las oportunidades de corrupción en la *fase post-licitación* son incluso mayores que en las fases previas. A los dos años desde su firma, aproximadamente el 30% de los contratos se renegocia (Guasch,

2004), lo que genera nuevas oportunidades para hechos de corrupción, esta vez bajo reglas generalmente menos claras, accesibles y transparentes. Asimismo, al efectuarse sin competencia, las renegociaciones tienden a generar soluciones poco ventajosas puesto que desaparece el mecanismo competitivo que genera una licitación transparente y abierta para la participación de múltiples oferentes (Demsetz, 1968).

Según Guasch, “[r]aramente un Gobierno ha denegado una petición de adenda, si la consecuencia era la cancelación del proyecto o la resolución del contrato. Solo un 3% de los proyectos APP en el mundo se han cancelado. Eso da lugar a una racionalidad inexorable por parte del operador privado, a confiar en que el Gobierno aceptará sus peticiones de adendas, sobre todo si se ha lubricado con coimas el sistema o a los funcionarios con poder de decisión” (Guasch, 2017). Para prevenir esta situación, se han establecido límites legales sobre el porcentaje del valor del contrato que puede ser renegociado o se han requerido autorizaciones especiales para suscribir adendas (Iossa y Mortimort, 2013). Asimismo, se ha propuesto la inclusión de cláusulas contingentes para, por ejemplo, alargar la duración de los contratos de manera preestablecida ante shocks exógenos, como los derivados de cambios en la demanda de tráfico o de los costes verificables del proyecto, entre otros (Engel et al., 2012).

El gráfico 2 ilustra las distintas fases de un proyecto de APP, identificando sucintamente algunos de los riesgos de corrupción de cada una de ellas.

Como puede apreciarse, la literatura sobre corrupción y APP se focaliza en ciertos aspectos de esta modalidad de contratación, la cual, por su propia naturaleza, plantea riesgos específicos frente a la corrupción. Los autores se concentran en aquellas reglas que pueden disuadir y prevenir la ocurrencia del ilícito introduciendo distintos mecanismos de transparencia y monitoreo. Las respuestas también han apuntado



Fuente: Prats (2017).

a fortalecer los marcos institucionales y de las agencias o unidades especializadas en APP como mecanismos para garantizar, entre otras cuestiones, los recursos técnicos y humanos que reduzcan las oportunidades de corrupción (robustos análisis de la relación calidad-precio [*value for money*], estandarización de contratos y procedimientos, monitoreo de los proyectos, etc.).

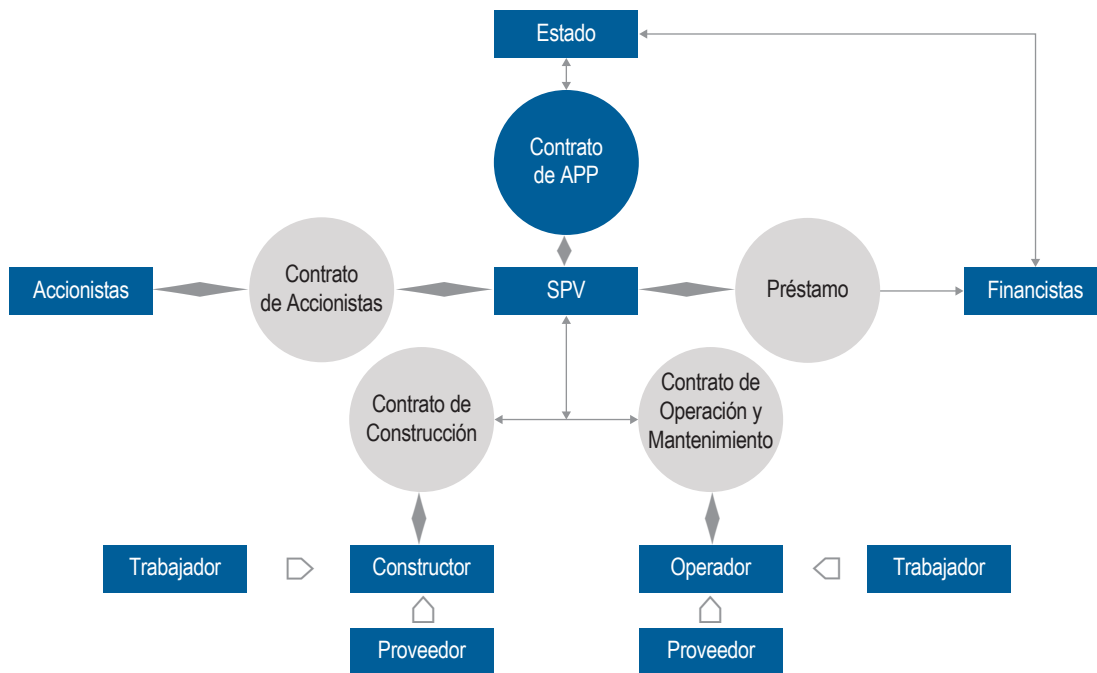
Las competencias y facultades de las unidades especializadas o dedicadas a las APP pueden variar de jurisdicción en jurisdicción, según el marco institucional en el que operen, pero compartiendo el objetivo general de establecer una estructura permanente de gobierno que cuente con el conocimiento requerido para identificar y/o gestionar las oportunidades de vinculación entre los sectores público y privado (Prats, 2016). Estas unidades se complementan con otros organismos de gobierno, brindando apoyo consultivo, operativo y técnico a lo largo de las distintas etapas del proyecto. Por ello, en muchos países el papel de estas unidades resulta importante antes, durante y después de la licitación, aunque en la actualidad no cuentan con un rol específico para el tratamiento de la corrupción en las APP. Sin embargo, estos organismos de

gobierno contribuyen en forma indirecta a la prevención del delito a través del correcto ejercicio de sus competencias, destinadas a asegurar una apropiada utilización de las APP bajo principios de transparencia e integridad formalmente establecidos, pero sin una función de control y monitoreo en cabeza de los organismos creados al efecto, como las oficinas anticorrupción o las respectivas contralorías.

Nueva aproximación a las APP y a la corrupción

La detección de los delitos de corrupción en la obra pública en parte ha aumentado en los últimos años gracias a una mayor efectividad de los controles implementados a partir de la década de 1990 (Casas-Zamora y Carter, 2017). Esta situación exige analizar los efectos económicos que las respuestas legales generan frente al acto ilícito de corrupción, en particular con respecto a la paralización de las obras e inversiones y a los perjuicios ocasionados a las partes que no participaron en la comisión del delito pero que tienen intereses vinculados al proyecto. No son objeto de análisis de este trabajo las causas fundamentales que ocasionan la corrupción en el sector

GRÁFICO 3
Principales relaciones contractuales de un contrato de APP



de la obra pública y de la construcción,⁸ las cuales pueden responder a patrones de índole sistémica o estructural (informalidad económica y debilidad institucional, entre otros). Lo que se examina es el modo en que el principal mecanismo jurídico para lidiar con la corrupción interactúa con las características propias de las APP provocando efectos especialmente perniciosos que han conducido a algunos países de la región a reajustar sus marcos legales. Es decir, cómo la posible declaración de nulidad de un contrato en curso de ejecución produce consecuencias particularmente graves en estructuras contractuales basadas en un financiamiento estructurado y en “cascadas contractuales” que combinan el derecho público y privado.

El gráfico 3 muestra un esquema básico con las principales relaciones contractuales que se instauran en un típico contrato de APP.

El tronco principal a nivel contractual en los esquemas de APP es el propio contrato de APP (o de concesión) celebrado entre la administración y el contratista a través del cual se establecen, entre otras cuestiones, las obligaciones de construcción y los estándares de calidad exigidos que generarán un flujo de fondos (peajes, tarifas o pagos por disponibilidad, entre otros) que se destinará a repagar el financiamiento del proyecto y a repartir dividendos entre los accionistas. Este tronco principal o “contrato madre” se encuentra regido por el derecho público, en particular por la ley de APP y por las disposiciones generales del derecho administrativo (De la Riva, 2017). En consecuencia, el contrato de APP suele estar formado por una serie de documentos que se suceden entre sí y que comprenden las bases de la licitación o del concurso, sus circulares aclaratorias, la oferta del adjudicatario, el acto administrativo

⁸ Al respecto, véanse, entre otros, Matthews (2016); Wells (2015); Transparency International (2006); Kenny (2006); Susan Rose-Ackerman (1975).

de adjudicación, y el contrato propiamente dicho junto a sus adendas.

Es bajo el derecho administrativo que, una vez constatado el hecho de corrupción, el acto administrativo que le dio validez al contrato de APP resulta nulo y ello, por lo tanto, conlleva, en principio, a la ineficacia de cualquier otro contrato ligado directa o indirectamente a él. Ello se debe a que la nulidad constituye una sanción legal que extingue los efectos normales del contrato de APP a raíz de la ocurrencia del evento de corrupción (Lambsdorff, 2013; Jeanneret de Pérez Cortés, 2005). De este modo, el contrato queda sin efecto generando una situación en la que las partes deben restituirse las cosas que hubiesen recibido y, si ello no fuere posible, devolver el valor de aquellas, en cuyo caso el contratista no tendrá otro derecho, a menos que por ello se haya empobrecido injustificadamente y el Estado se haya enriquecido sin causa alguna. Ahora bien, tal restitución o compensación no resulta aplicable si las partes provocaron la nulidad, tal como ocurriría frente al hecho corrupto. La corrupción y el fraude son contrarios al principio de buena fe y, en consecuencia, a cualquier sistema de derecho pues sería contradictorio admitir que el ordenamiento jurídico protege derechos que son fruto de la comisión de un delito.

La invalidez del contrato es entonces percibida por los financistas y contratistas como el resultado más probable ante la ocurrencia del hecho corrupto, ya que la nulidad contractual es la respuesta del derecho administrativo frente a la inexistencia de una regulación específica de las propias leyes de APP. Ante esta situación, existen dos características intrínsecas en los proyectos de APP que hacen que las consecuencias de la potencial declaración de nulidad del contrato resulten especialmente negativas, explicando por qué se han paralizado principalmente las colaboraciones público-privadas en algunos países de

la región ante los recientes eventos de corrupción, y las necesidades de reforma que se detallan en el apartado siguiente.

Desde un punto de vista económico-financiero, las APP se caracterizan por ser una inversión que se recupera en el tiempo a partir de los flujos que el propio proyecto genera (peajes, tarifas, pagos por disponibilidad, u otros). Bajo este esquema, frente a un evento crediticio o de terminación temprana, no cabe recurso al balance corporativo de ninguna de las empresas que integran la “empresa proyecto” (o vehículo de propósito especial),⁹ sino únicamente a los flujos del proyecto, a los activos derivados de las inversiones realizadas, y a otros derechos y obligaciones contemplados en el contrato de APP. Así, a diferencia de lo que ocurre en una obra pública tradicional, donde las inversiones se recuperan a medida que las obras se van realizando y luego de que la administración pública reconoce las obras ejecutadas, las inversiones en las APP se recuperan a lo largo de un amplio período de tiempo (normalmente superior a 15 o 20 años) a través de los flujos generados por la infraestructura y/o aportes del Estado conocidos como pagos por disponibilidad frente al cumplimiento de los niveles de calidad de servicio previamente acordados.

Ante esta situación, un financista es altamente vulnerable a la nulidad como respuesta al evento de corrupción, ya que dicha nulidad extingue la fuente de repago, lo que además puede suceder una vez que la totalidad de la inversión ya ha sido realizada. En las APP tampoco existe un eventual recurso al balance corporativo de la empresa, sino al de una sociedad proyecto. En cambio, en la obra pública tradicional, la nulidad no impide que el financista tenga acceso al balance corporativo de la empresa constructora que suscribió el contrato. Asimismo, la recuperación de la

⁹ Las APP se basan en un proyecto de financiamiento estructurado en el que un vehículo de propósito específico (*specific purpose vehicle* o SPV), propiedad de un consorcio de empresas, que puede incluir la participación del sector público, suscribe y ejecuta el contrato. Esta “empresa proyecto” estará encargada entonces del desarrollo, de la construcción, del mantenimiento y de la operación de la obra durante la vigencia de la relación contractual, subcontratando a su vez los bienes y servicios necesarios para cumplir con las obligaciones contraídas.

inversión en la obra pública tradicional no se produce en el tiempo, sino en el momento en que se reconocen cada uno de los hitos en que se divide la obra, reduciendo de ese modo la cantidad de inversión en riesgo. Estas características constituyen los principales elementos que explican tanto la paralización del financiamiento de las APP en algunos países de la región frente a los recientes problemas de corrupción,¹⁰ así como también las reformas legales impulsadas por los gobiernos para resolver dichos problemas.

Desde un punto de vista legal y contractual, las APP se caracterizan por ser una “cascada contractual” que combina el derecho administrativo y el comercial. A partir de la relación público-privada empezarán a tejerse una serie de relaciones jurídicas que involucran a un número amplio, indeterminado y cambiante de actores y contratos por un largo período. Es decir, del contrato madre o troncal dependen una gran cantidad de contratos necesarios para llevar a cabo el proyecto, entre los que se encuentran el contrato de financiamiento a través del sistema bancario y/o el mercado de capitales, el contrato de construcción con la empresa constructora, el de operación y mantenimiento con las empresas proveedoras de servicios, los contratos de constitución y aporte de fondos de los socios de la empresa proyectos, los contratos de seguro con las aseguradoras, y todos los contratos que a su vez se derivan de estos contratos. Así, por ejemplo, la empresa constructora subcontrata un gran número de tareas con otras empresas, y así sucesivamente. Asimismo, durante el amplio período que dura el proyecto y la colaboración público-privada, las partes que integran cada una de estas relaciones jurídicas y contratos pueden ir variando. Por ejemplo, una vez concluida la fase de construcción, los socios industriales iniciales pueden desprenderse de su participación en el proyecto; los

financistas pueden vender su participación o el proyecto refinanciarse con otros bancos o con operaciones en el mercado de capitales.

De esta forma, frente un evento que acarrea la nulidad del contrato de APP vigente, se rompen un elevado número de eslabones de la cadena contractual público-privada, cada vez más remotos del “contrato madre” y, con el paso del tiempo, de las partes que inicialmente lo integraron. Así pues, las consecuencias de la nulidad tienen un “efecto derrame” a lo largo de la cadena contractual, que se extiende mucho más allá del origen del acto ilícito, tal como lo demuestra el gráfico 4.

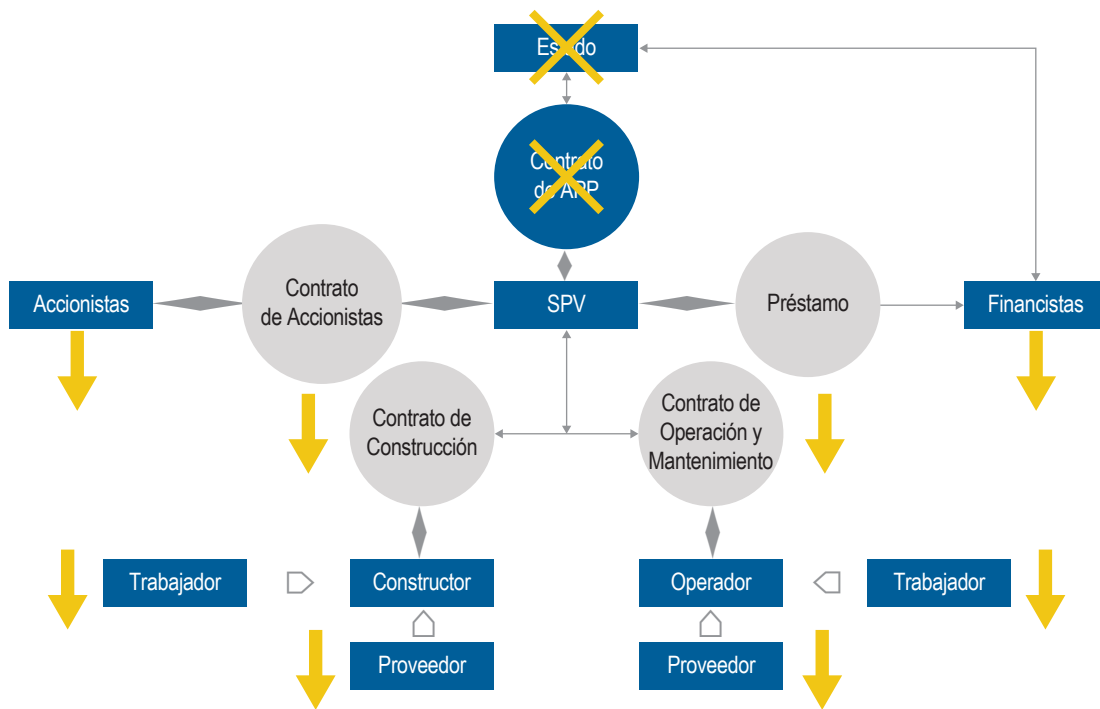
En este punto hay que señalar que si bien es positivo e imprescindible incluir cláusulas contractuales anticorrupción, es también cierto que estas no son suficientes para resolver el problema. Cualquier disposición contractual que procure regular los efectos del evento de corrupción necesariamente deberá ajustarse a las disposiciones generales del régimen de nulidades. Si la nulidad es la única sanción contemplada a nivel de la legislación general vigente, sus supuestos, efectos y consecuencias no pueden ser modificados, negociados o pactados en un contrato, pues se trata de disposiciones de orden público que no son disponibles para las partes.

No obstante, la inclusión de cláusulas anticorrupción en los contratos públicos ha empezado a ser cada vez más habitual, convirtiéndose en un elemento más de disuasión para la ocurrencia del acto ilícito.¹¹ Estas cláusulas, por lo general, contienen tres componentes: i) una declaración y garantía de parte del contratista a través de la cual este da fe y asegura que, directa o indirectamente, no ha pagado sobornos ni incurrido en hechos de corrupción durante el período de

¹⁰ Véanse Céspedes (2017); *La República* (2017); Tola (2017); *Semana* (2017a).

¹¹ Los organismos multilaterales de desarrollo también incluyen este tipo de disposiciones en sus préstamos. El BID, por ejemplo, incorpora una cláusula de “Prácticas Prohibidas” que comprende hechos de corrupción, fraude, coerción o colusión, entre otros. La ocurrencia de una práctica prohibida faculta al Banco a adoptar una serie de medidas que incluyen no financiar una propuesta de adjudicación de un contrato, declarar la inelegibilidad de una contratación o de una empresa para participar en actividades financiadas por el Banco, imponer otras sanciones como multas, entre otras.

GRÁFICO 4
Cadena contractual



formación del contrato; ii) la obligación de conducir el negocio con transparencia, honestidad e integridad, quedando en consecuencia prohibida la comisión de actos corruptos durante la vigencia del contrato para el contratista, sus socios, controladores, agentes y empleados (para prevenir hechos de corrupción, las partes pueden acordar la obligación de establecer programas y códigos de conducta corporativos de cumplimiento interno); y iii) el deber de reportar oportunamente a las autoridades competentes cualquier acto de corrupción del que se tuviera conocimiento. La consecuencia más común incluida en los contratos por su incumplimiento es la terminación del acuerdo en forma unilateral y sin derecho a compensación alguna,

siendo también habitual la imposición y el cobro de penalidades al infractor.

Sin embargo, y tal como fuera indicado, estas disposiciones contractuales colisionan con las leyes que regulan la nulidad del contrato de APP. Es decir, las partes de un contrato no pueden “convertir” al evento de corrupción en un supuesto de terminación anticipada de la relación contractual, ya que la corrupción dispara una sanción (la nulidad del contrato), que como tal aniquila todas las disposiciones del contrato y sus efectos. La nulidad entonces no es un caso de resolución o de terminación anticipada y, por eso, se diferencia sustancialmente de dichos supuestos, los cuales sí pueden ser acordados por las partes.¹²

¹² Los contratos del derecho anglosajón, como los de Reino Unido, incluyen cláusulas que establecen la terminación anticipada del contrato por la entrega de regalos corruptos y la comisión de fraude (*Termination on Corrupt Gifts and Fraud*). La disposición procura establecer un equilibrio entre el interés del sector público de concluir su relación contractual con un socio corrupto y el interés de otros terceros como los financistas que no están involucrados en ningún tipo de actividad prohibida. El contrato especifica qué acciones implican regalos corruptos y fraude. Si el sector privado es el responsable de la acción prohibida, el sector público tiene derecho a rescindir el contrato pagando las obliga-

La diferencia no es menor por dos motivos. En primer lugar, la extinción anticipada supone el pago al contratista de algún tipo de compensación de conformidad con la metodología de valuación y procedimiento de determinación que al efecto se establezca. Por el contrario, la nulidad frente al hecho corrupto no admite compensación, ya que sanciona la mala fe de las partes. En segundo lugar, las legislaciones suelen contemplar un procedimiento a seguir frente a una resolución temprana, lo que normalmente incluye la posibilidad de convocar a una nueva licitación, invitar a los oferentes que participaron en el proceso para que culminen el contrato, finalizar la obra mediante la administración estatal directa, entre otras.¹³ A falta de regulación específica sobre las consecuencias de la nulidad, a la administración pública solo le queda recurrir, en forma supletoria y en la medida de lo posible, a los mismos mecanismos establecidos para la rescisión contractual con la intención de procurar una rápida continuidad de las obras paralizadas que no siempre podrá alcanzar.

En consecuencia, para cualquier sistema jurídico es esencial que existan reglas claras sobre la legalidad y validez de los actos jurídicos, así como también sobre los procedimientos para determinar su nulidad y los efectos derivados de ella. La ausencia de una regulación específica sobre las consecuencias nacidas de la paralización de un proyecto declarado nulo a raíz de un hecho de corrupción ocasiona una situación de vulnerabilidad e incertidumbre para la protección de los intereses de los terceros de buena fe que están vinculados al proyecto y que nada tienen que ver con el delito cometido (financistas, proveedores, trabajadores, etc.). El problema en realidad no se encuentra en la existencia de la nulidad en el ordenamiento vigente, sino en la inexistencia o el vacío legal de una norma cuidadosamente concebida para sancionar casos de corrupción y que al mismo tiempo restrinjan las consecuencias jurídicas derivadas de la nulidad contractual, protegiendo, de ese modo, los intereses de los terceros de buena fe y procurando el desarrollo y la culminación del proyecto.

ciones financieras pendientes. Además, será compensado y recibirá los activos del proyecto. Al respecto, véase Her Majesty's Treasury (2012).

¹³ En el caso del contrato de APP del Proyecto Mejoras a la seguridad energética del país y desarrollo del Gasoducto Sur Peruano, por ejemplo, la cláusula 21 del contrato faculta al Concedente a nombrar un interventor del Concesionario que deberá supervisar la gestión del servicio. El Concesionario debe mantener la continuidad del servicio por el plazo de un año o hasta que se produzca su sustitución. En caso de que transcurriera dicho plazo y sin que se produzca su sustitución, el interventor asumirá la operación del sistema hasta su entrega al nuevo Concesionario. Por su parte, el Concedente debe convocar a una nueva subasta pública para la transferencia de la concesión y entrega de los bienes al nuevo Concesionario, debiendo pagarle al Concesionario un máximo equivalente al valor contable de los bienes de la concesión.

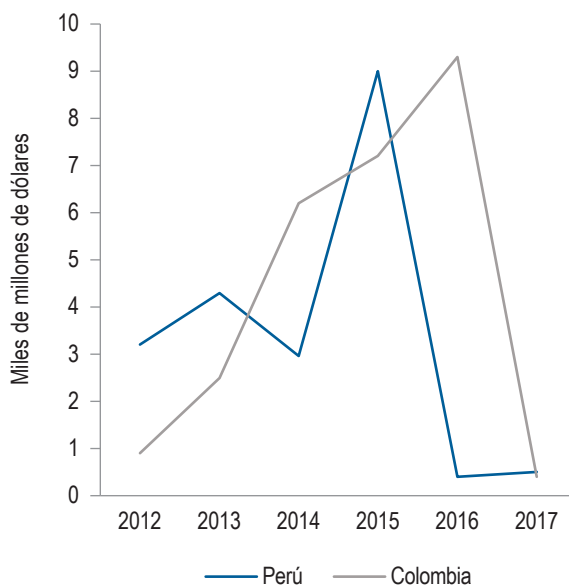
LAS RESPUESTAS AL PROBLEMA

En la sección anterior se detalla cómo los marcos legales de las APP presentan limitaciones puntuales para gestionar los eventos de corrupción debido a las características intrínsecas de este tipo de proyectos. Estas limitaciones ayudan a explicar la parálisis del sector ante los eventos de corrupción revelados a partir de fines de 2015. La nulidad y el modelo de “tolerancia cero” resultan desde este punto de vista inadecuados,¹⁴ además de insuficientes para detener los escándalos y consecuencias derivadas del pago de sobornos. Por un lado, se requieren estrategias integrales destinadas a prevenir la ocurrencia del

hecho corrupto y a sancionar a sus responsables para evitar la impunidad. Por el otro, se necesita adoptar normas destinadas a gestionar los contratos amenazados por una potencial declaración de nulidad como consecuencia del hecho corrupto.

Como claramente lo ilustra el gráfico 5, el descenso de la actividad de las APP ha sido muy brusco en algunos países afectados por casos de corrupción en la contratación de la obra pública, tal como lo demuestran los casos de Colombia y Perú. Ante tal situación, fueron estos dos países los primeros en elaborar importantes reformas legales. A continuación, y a modo de ejemplo, se analizan las modificaciones implementadas en algunas jurisdicciones que actualmente se encuentran ensayando una serie de medidas legislativas y administrativas para abordar la cuestión de la nulidad en las APP y de la paralización de las obras. Su impacto, a la fecha, es tal vez prematuro evaluar.

GRÁFICO 5
Inversión total en APP en Colombia y Perú



Medidas adoptadas en la región

Colombia

Recientemente el Congreso colombiano introdujo varias modificaciones a una serie de normas, como la Ley Núm. 80 de 1993, que rige el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y la Ley Núm. 1508 de 2012, de asociaciones público-privadas. El artículo 20 de la Ley Núm. 1882 del 15 de enero de 2018 modifica el artículo 32 de la Ley de APP relativa a la

¹⁴ Para un análisis sobre algunos problemas en la aplicación práctica de las políticas de “tolerancia cero”, véanse Leder-Luis (2018); de Simone y Taxell (2014).

terminación anticipada de los proyectos de asociaciones público-privadas.

El artículo 20 de la nueva ley incorpora dos párrafos al artículo 32 de la Ley de APP a fin de regular ciertas consecuencias derivadas de la nulidad de un contrato de APP. El primer párrafo establece que frente a una declaración de nulidad administrativa o judicial deberá reconocerse el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, incluidos los intereses, menos la remuneración y los pagos recibidos en virtud de la ejecución del contrato. Dicha compensación no podrá comprender costos o penalidades impuestas por terceros al contratista en virtud de la terminación anticipada del contrato, salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, *leasing* financiero o la terminación de los contratos derivados de la cobertura financiera del proyecto. Se fijan también la forma de pago y los recursos que se utilizarán para atender la correspondiente compensación.

Por otro lado, el segundo párrafo dispone que el concesionario responsable de la conducta deberá abonar el equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada, o en caso de que no se haya convenido, el 5% del valor del contrato. Esta suma se descontará de los remanentes de la liquidación a favor del concesionario, una vez que se haya pagado a los terceros indicados previamente. Si tales sumas no fueren suficientes, se hará efectivo el saldo de la penalidad contra las personas naturales o jurídicas responsables. De existir remanente, las acreencias quedarán como garantía de pago para atender posibles reclamos por el término de cinco años. Asimismo, se autoriza a la autoridad judicial o administrativa competente para decretar como medida preventiva la aplicación de la cláusula penal pecuniaria a aquellas investigaciones que se encuentren en curso de ejecución. El artículo concluye indicando que sus disposiciones no excluyen las

responsabilidades fiscales, disciplinarias o penales a que haya lugar.

Panamá

Frente a la declaración de Odebrecht ante las autoridades de Estados Unidos de que la firma había pagado sobornos para la adjudicación de contratos en esa jurisdicción, el gobierno de Panamá tomó la decisión política de iniciar un proceso que básicamente incluye una serie de medidas de tipo administrativo. Estas medidas incluyen:¹⁵

1. Declarar la inhabilitación de Odebrecht para participar en futuras licitaciones hasta tanto la firma demuestre una colaboración efectiva y eficaz en las investigaciones del Ministerio Público, y se garantice el pago de las sumas a restituir al Estado. Asimismo, se dispuso que su participación en futuras licitaciones requerirá un informe que dé cuenta del cumplimiento de los términos contratados en las obras que se encontraren en curso de ejecución.
2. Cancelar sin costo alguno para el Estado el contrato de asociación para la obra conocida como Chan 2 (una hidroeléctrica adjudicada por un monto cercano a los US\$1.000 millones sobre la cual aún no se habían tomado decisiones materiales significativas para su inicio).¹⁶
3. Velar por el cumplimiento de las obras en curso de ejecución para preservar su valor, mantener los puestos de trabajo, y garantizar el desarrollo económico y social que depende de la conclusión de dichas obras.
4. Derivar a sede judicial todas las actuaciones que pudieran estar en conocimiento del Poder Ejecutivo y crear un esquema condicional de cooperación en sede judicial.

Por su parte, el 1 de agosto de 2017 el Ministerio Público anunció la firma de un Acuerdo de

¹⁵ Al respecto véase el Comunicado Oficial del Gobierno de la República de Panamá del 28 de diciembre de 2016 (MEF, 2016).

¹⁶ Al respecto, véase *Forbes* (2017).

Colaboración Eficaz con Odebrecht a través del cual se le cobraría a la constructora una multa de US\$220 millones.¹⁷ Asimismo, la firma se comprometió a suministrar a la justicia toda la información relacionada con Panamá, que cualquiera de sus empleados, dirigentes o terceros contratados pudieran conocer con respecto a los hechos investigados.

Perú

El pasado 12 de marzo se publicó la Ley Núm. 30737 que “asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos”.¹⁸ Esta nueva norma reemplaza el Decreto de Urgencia Núm. 003 de febrero de 2017 cuyo objetivo consistía también en garantizar el pago de la reparación civil a favor del Estado en relación con hechos de corrupción.¹⁹

La nueva ley establece un mecanismo que regula la transferencia de aquellos proyectos que estén a cargo de empresas condenadas o investigadas por hechos de corrupción. En consecuencia, la norma distingue tres tipos de entidades que quedan sujetas a sus disposiciones. En primer lugar, las personas jurídicas que hayan sido condenadas o admitido su culpabilidad ante autoridad competente por hechos de corrupción; en segundo lugar, las entidades asociadas o consorciadas con las personas de la primera categoría; en tercer lugar, las personas jurídicas a las que se les haya iniciado una investigación por la comisión de hechos de corrupción. Asimismo, se incluye a los funcionarios o representantes condenados en Perú o en el extranjero por delitos

contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos.

La norma dispone cuatro medidas específicas para cumplir con su finalidad:

1. Se suspenden las transferencias al exterior del capital obtenido de las inversiones en el país, las utilidades y dividendos provenientes de su inversión, las contraprestaciones por el uso y disfrute de las edificaciones ubicadas físicamente en Perú, como así también las contraprestaciones y regalías por el uso y transferencias de tecnología. Tal suspensión de transferencias se extingue cuando: i) se cancelen las obligaciones laborales, con proveedores, financieras y demás obligaciones con terceros que se encuentren vencidas; ii) se cancele la reparación civil a favor del Estado y el íntegro de la deuda tributaria exigible; y/o iii) se dicte sentencia absoluta firme a favor de las personas comprendidas o se adopte resolución que ponga fin a los procesos.

No obstante, la ley permite que el Ministerio de Justicia pueda autorizar de manera excepcional transferencias al extranjero para garantizar el pago a acreedores si su omisión amenaza el valor de las concesiones u otros activos ubicados en Perú.

2. Se crea un procedimiento para la adquisición de bienes, derechos, acciones, participaciones u otros valores, mediante el cual el adquirente debe depositar el 50% del precio de venta en un “fideicomiso de retención y reparación” hasta alcanzar el monto de reparación y la totalidad de eventuales deudas

¹⁷ Al respecto, véase Ministerio Público (2017). Con el Acuerdo de Colaboración Eficaz, la empresa se compromete, previo informe técnico de la Contraloría General de la República, a efectuar el pago referido, a suministrar toda la información relacionada con Panamá que cualquiera de sus empleados, dirigentes o terceros contratados conozca, así como los hechos relacionados con dicha jurisdicción ya informados al Departamento de Justicia de Estados Unidos y al Ministerio Público de Brasil.

¹⁸ Vale señalar que Perú adoptó una batería de medidas que incluyen también, entre otras, la Ley Núm. 1778 de 2016, que prohíbe contratar con personas que hayan incurrido en delitos contra la administración pública, y el Decreto Supremo Núm. 068–2017-EF, que modifica diversos artículos del Reglamento de la entonces Ley Marco de APP, y que dispone, bajo causal de nulidad, la obligatoriedad de incluir en la fase de estructuración de los contratos una cláusula anticorrupción cuya aplicación no generará indemnización a favor del contratista por concepto de daños y perjuicios.

¹⁹ Según algunas publicaciones, el decreto de urgencia no cumplió los objetivos para los cuales fue creado. Al respecto, véase, por ejemplo, Villalobos (2018a; 2018b).

tributarias.²⁰ La norma posibilita la contratación de veedores de empresas privadas para garantizar la transparencia en estos procesos de venta.

3. Se dispone que se retendrá un margen neto de ganancia de hasta el 10% de las acreencias del Estado a favor de los sujetos comprendidos y de las sociedades o consorcios en los que estos participan, debiéndose depositar dichas sumas en el fideicomiso de retención y reparación indicado. Para este caso, los demás integrantes del consorcio pueden reemplazar a la entidad involucrada en hechos de corrupción, en cuyo caso no se retendrán las sumas referidas.

La reglamentación dispone que a las empresas de la primera categoría se les retendrá el 50% del precio de venta neto (luego de descontar deudas) y el 10% de los pagos por obra pública o cofinanciamiento por APP. A las entidades de la segunda categoría, se les retendrá el 50% si hay APP o el 10% del costo del contrato si se trata de una obra pública.

4. Se establece una anotación preventiva en los registros públicos en los que se inscriben los bienes, activos, derechos, acciones, participaciones y otros valores representativos de derechos de participación de los sujetos comprendidos en los términos de la ley, dejando constancia de que la adquisición de tales bienes está sujeta al procedimiento allí establecido.

Las firmas investigadas pueden someterse voluntariamente a un régimen de intervención de empresas, en cuyo caso deberán: i) constituir un fideicomiso de garantía para el pago de la reparación civil; ii) revelar información a las autoridades encargadas de la investigación; iii) implementar un programa de cumplimiento (*compliance*); y iv) suspender las transferencias al exterior. La retención recaerá sobre los dividendos para el caso de las APP y en el 10% del costo del contrato para los supuestos de obras públicas.

La norma también contempla la colaboración eficaz, la cual puede eximir, suspender o reducir las consecuencias jurídicas del delito o reducir el monto de la reparación civil. Para ello, las entidades deben haber cumplido con el total de las obligaciones laborales y sociales exigibles y vencidas con sus trabajadores, y haberse comprometido con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias en un plazo no mayor a 10 años.

Por otro lado, la ley crea la figura del veedor de los procesos. Se trata de un observador con facultades para acceder a la documentación necesaria para recabar información y verificar el movimiento económico de los sujetos comprendidos en la ley y su situación patrimonial a fin de hacer efectivo el seguimiento de la continuidad de la cadena de pagos. Por último, se establece que las personas jurídicas comprendidas que incumplan las obligaciones contraídas estarán impedidas de contratar con el Estado peruano.

En otro orden de ideas, el 23 de julio pasado el gobierno peruano emitió el nuevo Decreto Legislativo Núm. 1362 para reemplazar el marco jurídico vigente para los contratos de APP. De conformidad con lo establecido por la cuarta disposición final del decreto, la nueva norma entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de su reglamento, para lo cual se estableció un plazo máximo de 90 días calendario. Al momento de finalizarse el presente trabajo, la norma aún no ha entrado en vigor.

No obstante, a los fines de este estudio, es importante resaltar lo dispuesto en el artículo 58, según el cual, ante la caducidad del contrato de APP, la entidad titular del proyecto, por sí misma o a través de terceros, asumirá la gestión del proyecto de manera provisional por tres años, encontrándose facultada para realizar las gestiones y contrataciones necesarias para garantizar la continuidad del proyecto. Por su parte, el segundo párrafo del referido artículo sostiene que sin perjuicio de la normativa aplicable, los contratos de

²⁰ La norma establece algunas excepciones, como —por ejemplo— las transferencias realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del decreto de urgencia Núm. 003 de 2017, salvo que se determine su mala fe.

APP pueden contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tiene derecho el inversionista, en caso de que el Estado suspenda o deje sin efecto el contrato de manera unilateral o por su propio incumplimiento.

Breve análisis comparado de las medidas

Las medidas adoptadas en las tres jurisdicciones referidas contienen diferencias sustanciales a pesar de que todas ellas procuran enfrentar y brindar una solución para el mismo problema: la corrupción en grandes proyectos de infraestructura ahora descubierta, luego del reconocimiento de culpabilidad de la constructora brasileña en distintas jurisdicciones.

En efecto, las diferencias entre la solución colombiana, panameña y peruana no solo se relacionan con el fondo de las medidas propuestas, sino también con el instrumento utilizado a tal fin. Por un lado, las herramientas adoptadas en Colombia y Perú tienen rango legal y son normas que justamente responden a los escándalos revelados en 2016. En Panamá, por el contrario, se optó por no adoptar ninguna nueva legislación específica, sino por recurrir a medidas de índole administrativa y penal dirigidas a una empresa en particular en el marco de la normativa ya vigente. Esto en parte se debe a la inexistencia de un régimen de APP propio en el país, que opera bajo el régimen de concesiones y de contratos denominados “llave en mano”. Por otro lado, la nueva ley colombiana apunta tanto a los contratos en vigor como a aquellos que pudieran celebrarse en el futuro y verse también viciados por hechos de corrupción. Las medidas administrativas de Panamá también podrían replicarse, pues se basan en la normativa ya vigente. Sin embargo, es difícil imaginar que la Ley Núm. 30737 de Perú pueda aplicarse nuevamente en futuros casos pues parecería ser una norma ad hoc destinada únicamente a responder a la actual crisis de corrupción y concretar la reparación civil en favor del Estado. En cuanto a la nueva legislación en materia de APP y a los proyectos en

curso de ejecución, el nuevo decreto legislativo distingue dos supuestos: i) las iniciativas privadas declaradas de interés a los 180 días de la entrada en vigencia del anterior régimen jurídico continúan sujetas al procedimiento aplicable en aquel entonces; ii) por el contrario, las iniciativas estatales y el resto de las iniciativas privadas se sujetan, en el estado en que se encuentren, a la nueva legislación.

En otro orden de ideas, la finalidad de las distintas soluciones también es divergente. En primer lugar, las medidas panameñas procuran mantener el statu quo de los proyectos en ejecución y sancionar a la empresa con otras herramientas típicas del derecho administrativo (por ejemplo, inhabilitando a la compañía para contratar con el Estado o evitando su participación en potenciales proyectos²¹). Es importante señalar en este punto que en virtud del acuerdo de delación premiada celebrado con el Ministerio Público la constructora se encontraría nuevamente facultada para volver a contratar con el Estado panameño (Polanco, 2018). Sin embargo al no contar Panamá con una legislación específica en materia de APP, no es posible analizar si el país habría experimentado una parálisis similar a la observada en Colombia y Perú.

En segundo lugar, el artículo 20 de la Ley Núm. 1882 de 2018 de Colombia está destinada a brindar ciertas garantías en favor de terceros de buena fe que se ven afectados por una declaración de nulidad absoluta e insanable, en particular con respecto a los financistas del proyecto (Fedesarrollo, 2018). Como ya se señaló, el contrato de APP tiene características especiales en comparación con los contratos tradicionales para el desarrollo de infraestructura en tanto constituyen un *project finance* que involucra a un número importante de actores. Entre ellos se destacan los financistas del proyecto, sujetos ajenos a la relación contractual de la APP pero particularmente interesados en ella, ya que el cobro de su crédito depende, en gran medida, del éxito de la obra. La norma entonces procura ofrecer certidumbre

²¹ Véase *Forbes* (2017); CNN en español (2017).

y seguridad jurídica a los financistas para el recupero de su crédito y así evitar una potencial interrupción en el financiamiento de los proyectos de APP (Gómez, 2018) mediante el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el contratista, que le permitirán recuperar la inversión en proporción al avance de la obra realizado.²²

Al respecto, algunos comentaristas habían señalado que la disposición “surge a raíz del caso de Ruta del Sol II y la incertidumbre sobre la fórmula de terminación y liquidación de dicho contrato. En el caso de Ruta del Sol II, la deuda contratada al momento en que se ordenó su terminación ascendía a aproximadamente 2,4 billones de pesos; y, ante la ausencia de reglas claras sobre el cálculo de las prestaciones recíprocas que deberán reconocerse, no hay certeza sobre si los recursos que resulten de la liquidación alcanzarán para pagar la deuda, ni sobre el plazo y las condiciones de pago de la liquidación. Es precisamente esa incertidumbre la que tiene incómodos a prestamistas e inversionistas financieros”²³.

Por otro lado, vale señalar que el artículo 20 también busca sancionar el actuar ilícito del contratista de la APP al incluir una sanción adicional consistente en el pago de una cláusula penal igual a la del valor establecido en el contrato o una equivalente al 5% del valor total del contrato.

En tercer lugar, la Ley Núm. 30737 de Perú, como bien lo indica su nombre, tiene por objetivo principal asegurar “el pago inmediato de la reparación civil [...] en casos de corrupción y delitos conexos”. La ley pretende entonces obtener el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados en la ejecución de obras o en la prestación de servicios frente a hechos de corrupción. No obstante,

de su lectura integral, la norma revela también otros objetivos; por ejemplo, el de investigar actos de corrupción al contemplar la figura de la colaboración eficaz, o el de dar continuidad a las obras evitando una interrupción en la cadena de pagos. De hecho, al presentar la reciente reglamentación de la Ley Núm. 30737,²⁴ el entonces titular del Ministerio de Economía y Finanzas sostuvo que la normativa contemplaba un conjunto de medidas para sancionar a las empresas vinculadas a actos de corrupción y al mismo tiempo evitar que la actividad económica se paralizase, resaltando que se reactivarían 250 proyectos que se encontraban suspendidos por alrededor de S/ 30.000 millones (*El Comercio*, 2018).

A fin de cumplir con su objetivo, la ley peruana dispone tres medidas principales: i) la suspensión de las transferencias al exterior para evitar la reducción de los recursos de la empresa (con excepción de los pagos a acreedores extranjeros y otros que puedan afectar el valor de la concesión); ii) la adquisición y retención del precio de venta para lograr la reparación civil, una salida ordenada de la empresa corrupta y el ingreso de nuevos inversionistas que continuarán el proyecto; y iii) la retención de importes a ser pagados por el Estado.

Algunos actores han señalado que la Ley Núm. 30737 resulta positiva, en tanto las empresas involucradas podrán retomar sus actividades y afrontar sus deudas con proveedores y la reparación civil, no solo con lo producido por la venta de activos, sino también con el flujo que empiecen a generar para atender el fideicomiso de retención y reparación²⁵. Sin embargo, otros plantean críticas, dudas e incertidumbre sobre el potencial éxito de la nueva normativa para garantizar la continuidad de las obras y reactivar las

²² En relación con algunas opiniones relativas al impacto de la norma, véase *El Nuevo Siglo* (2018).

²³ Al respecto véase Di Terlizzi y Padilla (2017). En lo atinente a la incertidumbre generada a los bancos financistas, véase *Semana* (2017b).

²⁴ Véase el Decreto Supremo Núm. 096–2018-EF del 9 de mayo de 2018 que aprueba el Reglamento de la Ley Núm. 30737.

²⁵ Al respecto, véase Castillo (2018); de la Vega Polanco (2018a; 2018b). En igual orden de ideas, véase *Diario Uno* (2018).

inversiones (Roncal y Montoya, 2018; Montoya 2018).

Este tal vez sea el motivo por el cual en la nueva legislación del régimen de APP del pasado 23 de julio el gobierno peruano introdujo el artículo 58 a fin de regular las consecuencias derivadas de la caducidad del contrato de APP. Como ya se ha

indicado, esta disposición, por un lado, habilita al Estado a asumir el manejo del proyecto ante una causal de caducidad, permitiéndole realizar las gestiones y contrataciones necesarias para garantizar su continuidad. Por otro lado, faculta al gobierno para indemnizar al inversionista cuando el Estado suspende o deja sin efecto el contrato de manera unilateral.

REFLEXIONES FINALES

En este trabajo se ha identificado que, desde el punto de vista legal y contractual, una cantidad importante de los regímenes jurídicos de nuestra región y, en consecuencia, de sus contratos de APP tiene al menos un defecto principal: la ocurrencia de un hecho irregular —como el pago de sobornos— dispara la eventual aplicación de reglas generales del derecho administrativo que se materializan en un esquema de “tolerancia cero” y que suponen la suspensión de grandes proyectos de infraestructura y la parálisis del sector de las APP.

Esta situación ha llevado a que algunas jurisdicciones plantearan respuestas específicas para abordar el problema. Como ya se señaló, el impacto real de cada una de ellas es a la fecha desconocido, su aplicación en el tiempo y en casos concretos determinará su éxito o fracaso. No obstante, cabe señalar que todos los esfuerzos presentes y futuros de las autoridades de cualquier jurisdicción deben enfocarse en el hallazgo de un equilibrio preciso que permita armonizar los distintos intereses en juego que desde ya son de lo más variados, pues comprenden distintos actores. Así, por un lado, se debe garantizar la sanción y el castigo de los responsables, la colaboración eficaz para poner fin a la impunidad, la recuperación de los activos y la reparación de los daños ocasionados por el hecho ilícito y, por el otro, asegurar la continuidad y conclusión de los proyectos, su operación y mantenimiento, la seguridad de los puestos de trabajo, la recuperación de la inversión y el desarrollo de la economía.

Todos estos objetivos, de compleja realización, no pueden alcanzarse cuando la única respuesta es de “tolerancia cero”, sino mediante un enfoque alternativo de carácter integral que, en lugar de afectar indiscriminadamente todas las relaciones con una declaración de nulidad absoluta, evite que los justos paguen por pecadores y que proyectos con impacto económico social positivo puedan ser implementados en tiempo y forma. En este contexto, se debe promover la confesión de los delitos propios y ajenos, y el castigo de sus responsables en sede penal. Un enfoque proporcional no es opuesto a los principios que informan un enfoque de “tolerancia cero”, pues —como señala Davis— asegurar que el castigo se ajuste al delito cometido y a su responsable refuerza la idea de que la sanción impuesta es un fiel reflejo de las preocupaciones morales que la motivan (Davis, 2009).²⁶

En este punto, es importante destacar que la nulidad puede ser una de las tantas alternativas a disposición de las autoridades, en cuyo caso se debe alcanzar una salida ordenada de la empresa responsable y su rápida sustitución mediante procedimientos claros, transparentes y predecibles desde el punto de vista legal, financiero y económico. De este modo, deben procurarse mecanismos que permitan un rápido reemplazo del concesionario u operador *expulsado* de la obra por hechos de corrupción y una ordenada transferencia de la infraestructura, incluso en aquellos supuestos excepcionales en los que el Estado se encuentre capacitado para

²⁶ El autor sugiere que el enfoque de “tolerancia cero” es equivocado, pues ignora los esfuerzos preventivos y de salida del hecho corrupto realizados por la empresa, como así también aquellas formas alternativas en que las compañías y los gobiernos pueden ayudar a combatir el soborno en la contratación pública.

concluir su construcción y eventualmente ejecutar su operación y mantenimiento.

Asimismo, deben presentarse también otras herramientas que sean complementarias a la nulidad del contrato y que formen parte de un conjunto de instrumentos a disposición de las autoridades para lograr el equilibrio de todos los intereses en juego. En la legislación comparada existen antecedentes que muestran enfoques alternativos. Por ejemplo, como experto del caso *World Duty Free*, Lord Mustill explicaba que —de acuerdo con el derecho inglés— la parte afectada por un hecho de corrupción tiene la facultad de rescindir el contrato y evitar su cumplimiento hacia el futuro. Sin embargo, tal facultad es opcional y no obligatoria, en tanto la parte afectada puede optar por renunciar a su derecho a rescindir el contrato y exigir, en consecuencia, su cumplimiento.²⁷

En el marco del derecho comunitario europeo, la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 11 de diciembre de 2007 aborda la cuestión de la nulidad en la adjudicación de los contratos públicos. La Directiva permite que los participantes de ciertos procesos de contratación puedan impugnar infracciones cometidas durante los procesos licitatorios mediante un procedimiento independiente y veloz. Ante determinados supuestos, el órgano competente puede optar por declarar la ineficacia del contrato o conservar sus efectos si existen “razones imperiosas de interés general” que así lo exijan. Según la Directiva, los “intereses económicos directamente vinculados al contrato” en cuestión no constituyen razones imperiosas de interés general, y se citan como ejemplo los costos originados por el retraso de la ejecución del contrato o los derivados de una nueva convocatoria. Si el órgano competente decide mantener los efectos del contrato, la declaración de nulidad ha de sustituirse por alguna sanción alternativa, proporcional y disuasoria, como la imposición de multas o la reducción proporcionada de la duración del contrato.

La adopción de medidas tendientes a evitar la paralización del sector resulta de crucial importancia para la economía de un país. Ello no solo se evidencia con la conclusión de los proyectos en cuestión, sino también mediante la continuidad de las inversiones, el otorgamiento de créditos para obras de infraestructura, la realización de nuevas licitaciones, y la conservación y generación de nuevos puestos de trabajo. Este problema podría evitarse considerando diversas estrategias, entre las que cabe citar:

- a. Adoptar esquemas legales y contractuales completos y coherentes para las APP. Ello debe incluir, cuanto menos, un marco legal general que específicamente regule las APP y las consecuencias derivadas de un hecho de corrupción, tanto para la etapa de licitación, como de ejecución del contrato.
- b. Establecer una entidad pública (o fortalecer la ya existente) con capacidad y recursos suficientes para asegurar el seguimiento y cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo público-privado durante todo el ciclo de la relación contractual, dotándola de las herramientas necesarias para intervenir ante la ocurrencia de eventos o hechos irregulares. Es importante delimitar una adecuada división de funciones entre las distintas entidades del sector público involucradas en cada proyecto, de modo de garantizar la certidumbre acerca de qué organismos serán los encargados de adoptar las decisiones en una APP.
- c. Incluir en los respectivos marcos regulatorios disposiciones relevantes relacionadas con temas de transparencia, integridad y anticorrupción que comprendan una amplia gama de herramientas que —en coexistencia con la declaración de nulidad— permitan continuar con la vigencia del contrato, en tanto se aplican medidas correctivas y compensatorias que pueden incluir multas, futuras inhabilitaciones, reemplazo de subcontratistas, programas de cumplimiento con seguimiento

²⁷ Al respecto, véase *World Duty Free Company vs. Republic of Kenya*. En igual orden de ideas, véase Davis (2009).

- judicial (*compliance*), programas de denunciantes, etc.²⁸
- d. Adoptar reglas de integridad²⁹ específicas para los funcionarios involucrados en los procesos de contratación, incluidos las regulaciones de conflictos de interés, las declaraciones juradas patrimoniales y los esquemas complementarios, como los vinculados a la revisión de antecedentes profesionales y personales.
 - e. Utilizar los recursos de las tecnologías de la información y de las comunicaciones a lo largo de toda la vida de la relación contractual a fin de asegurar la completa transparencia de cualquier actuación relacionada con el contrato de APP (en particular, durante el proceso de selección del contratista y ante la suscripción de enmiendas, adendas, redeterminaciones de precios, etc.).³⁰

En futuros contratos de APP, estas y otras medidas podrían plantear esquemas que generen más confianza a todas las partes involucradas y que a la vez respondan de manera más coherente ante prácticas irregulares. Los escándalos de gran corrupción de los últimos años han desencadenado una crisis regional que disparó innumerables dificultades para las jurisdicciones involucradas, lo cual demostró que resulta imperioso trabajar no solo *ex-ante*, en la prevención del acto ilícito en la contratación pública, sino también en la generación de instrumentos que permitan gestionar los contratos una vez que se configura el delito. Se requiere un abordaje integral que contemple nuevas herramientas legales destinadas a proteger los intereses de las distintas partes involucradas, incluida la tutela del interés público frente al hecho corrupto.

²⁸ La adopción por parte de varios países de la región de leyes de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha abierto un interesante debate sobre las medidas de cumplimiento o integridad a las que aquí se hace referencia. Véase, por ejemplo, el artículo 22 y siguientes de la Ley Núm. 27.401 de Argentina. Dada la novedad de estas leyes, no se cuenta con información suficiente para realizar, por ejemplo, un análisis de costo-beneficio de estas intervenciones. Al respecto, véase Davis (2016).

²⁹ Para un análisis sobre cuestiones relativas a conflictos de intereses, véase De Michele y Dassen (2018).

³⁰ A lo largo de la ejecución de este tipo de contratos se produce una enorme cantidad de interacciones secundarias con los gobiernos (muchas veces locales) en materia de permisos, habilitaciones, importaciones, y otros trámites administrativos similares. La transparencia e integridad de estas relaciones es igualmente importante. En este sentido, véase Roseth, Reyes y Santiso (2018).

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Casas-Zamora, K. y M. Carter. 2017. Beyond the Scandals: The Changing Context of corruption in Latin America. *Inter-American Dialogue Rule of Law Report* (febrero). Disponible en <https://www.thedialogue.org/resources/beyond-the-scandals-the-changing-context-of-corruption-in-latin-america/>.
- Davis, K. W. 2016. Public Consultation on Liability of Legal Persons: Compilation of Responses. París: OCDE. Disponible en <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Online-consultation-compilation-contributions.pdf>.
- Davis, K. E. 2009. Civil Remedies for corruption in Government Contracting: Zero Tolerance versus proportional Liability. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09–22; NYU Law and Economics Research Paper No. 09–16; IILJ Working Paper No. 2009/4 (22 de abril). Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1393326>.
- De la Riva, I. M. 2017. ¿Es la “participación público-privada” (PPP) un nuevo contrato administrativo? *El Derecho*, 14(173): 1–4.
- De Simone, F. y N. Taxell. 2014. Donors and ‘zero tolerance for corruption’: From principle to practice, 2 U4 Brief 1–4 (2014). Disponible en <https://www.cmi.no/publications/5042-donors-and-zero-tolerance-for-corruption>.
- Dworkin, R. M. 1967. The Model of Rules. Yale Law School. Disponible en <http://users.umiaccs.umd.edu/~horty/courses/readings/dworkin-1967-model-of-rules.pdf>.
- Espinoza Quiñones, S. y C. Chinga Flores. 2015. La arbitrabilidad de la corrupción: ¿es posible aplicar «Clean Hands Doctrine» en el arbitraje en contratación pública? *Derecho y sociedad*, 44: 285–291.
- Engel, E., R. Fisher y A. Galetovic. 2012. Infrastructure PPPs: When and How. New Haven, CT: Yale University. (Documento mimeografiado.)
- Guasch, J. L. 2004. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right. WBI Development Studies. Washington, D.C.: Banco Mundial. Disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/15024>.
- Herstein, O. J. 2011. A Normative Theory of the Clean Hands Defense. Cornell Law Faculty Publications, Paper 210, 3. Ithaca, NY: Cornell University.
- Iossa, E., G. Spagnolo y M. Vellez. 2007. Contract Design in Public-Private Partnerships. Washington, D.C.: Banco Mundial.
- Iossa E. y D. Martimort. 2011. Corruption in Public-Private Partnerships. (Documento mimeografiado.) Roma: Universidad Tor Vergata. Disponible en <https://art.torvergata.it/retrieve/handle/2108/90927/183738/IOSSAMARTIMORTCorruptioninPPP-11Dec11.pdf>.
- . 2013. Post-Tender Corruption and Risk Allocation: Implications for Public-Private Partnerships. CEIS Research Paper. Roma: Universidad Tor Vergata. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1846507.
- Jeanneret de Pérez Cortés, M. 2005. Función Pública, Ética Pública y Corrupción. *RAP Ediciones Especiales, AAVV Organización administrativa, función pública y dominio público*, p. 651.

- Klitgaard, R. 2012. Public-Private Collaboration and Corruption. En: M. Pieth (ed.), *Collective Action on Anti-Corruption*.
- Knorr, A. y R. Schomaker. s/f. The Potential for corruption in Public Private Partnerships: Theoretical Aspects and Some Policy Implications. Kyiv: Institutional Repository of Vadym Hetman Kyiv National Economic University. Disponible en <http://ir.kneu.edu.ua/bitstream/2010/18925/1/12-23.pdf>.
- Kwak, Y. H., Y. Chih y C. W. Ibbs. 2009. Towards a comprehensive understanding of public private partnerships for infrastructure development. *Calif. Manag. Rev.*, 51(2): 51-78.
- Lambsdorff, J. G. 2013. Securing Investor Confidence of Fighting Corruption? How Intergovernmental Organizations May Reconcile Two Opposing Goals. En: S. Rose-Ackerman y P. Carrington (eds.), *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role*. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- Loxley, J. 2012. Asking the right questions: A guide for municipalities considering P3s. Canadian Union of Public Employees, P3s. Disponible en http://archive.cupe.ca/updir/P3%20Guide_ENG_Final.pdf.
- Martimort, D. y J. Pouyet. 2008. Build It Not: Normative and Positive Theories of Public-Private Partnerships. *Int'l J. of Ind. Org.*, 26 (Special Issue on PPPs), 393.
- Piga, G. 2011. A Fighting Chance against Corruption in Public Procurement? En: T. Søreide y S. Rose-Ackerman (eds.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, Vol. 2. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd.
- Prats Cabrera, J. 2016. La gobernanza de las alianzas público-privadas: Un análisis comparado de América Latina. Documento para Discusión No. IDB-DP-489 (diciembre). Washington, D.C.: BID. Disponible en <https://publications.iadb.org/handle/11319/8041#s-thash.a28CM9VU.dpuf>.
- Reynaers, A. M. y S. G. Grimmelikhuijsen. 2015. Transparency in Public-Private Partnerships. Not so bad after all? *Public Administration*, 93(3): 609.
- Rose-Ackerman, S. 1975. The economics of corruption. *Journal of Public Economics* 4(2): 187-203.
- Rose-Ackerman, S. y B. J. Palifka. 2016. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schwebel, S. M. 2011. *Justice in International Law*, pp. 297-301. Cambridge: Cambridge University Press.

Jurisprudencia

- Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889). Disponible en http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm.
- United States District Court. s/f. United States of America vs. Odebrecht S.A., Cr. No. 16-643 (RJD). Disponible en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/odebrecht-sa>.
- World Duty Free Company vs. Republic of Kenya. 2006. Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo, 4 de octubre.

Prensa y blogs

- Agencia EFE. 2017. El caso Odebrecht frena el desarrollo de la infraestructura en América Latina, según Moody's (3 de mayo). Disponible en <https://www.efe.com/efe/america/economia/el-caso-odebrecht-frena-desarrollo-de-la-infraestructura-en-america-latina-segun-moody-s-20000011-3255773>.
- Calderón, M. 2007. Jikal, una pequeña empresa que pagó los platos rotos de la corrupción. *La República* (12 de noviembre). Disponible en <https://larepublica.pe/politica/1144134-jikal-una-pequena-empresa-que-pago-los-platos-rotos-de-la-corrupcion>.
- Castillo, N. 2018. ¿Cómo se aplicará la Ley 30737 que reemplaza al D.U. 003? *El Comercio* (11 de abril). Disponible en <https://elcomercio.pe/economia/aplicara-ley-30737-reemplaza-d-u-003-noticia-511170>.
- Céspedes, T. 2017. Construcción en Perú seguiría frenada por revés de grandes obras, pese a plan rehabilitación. *Reuters* (26 de abril).

- Disponible en <https://lta.reuters.com/article/businessNews/idLTAKBN17S2ID-OU SLB>.
- CNN en español. 2017. Odebrecht desiste de licitación de puente en el Canal de Panamá (31 de enero). Disponible en <http://cnnespanol.cnn.com/2017/01/31/odebrecht-desiste-de-licitacion-de-puente-en-el-canal-de-panama/>.
- De la Vega Polanco, M. 2018a. CCL: Ley 30737 contribuirá a impulsar crecimiento de la economía peruana. Andina Agencia Peruana de Noticias (12 de marzo). Disponible en <http://andina.pe/agencia/noticia-ccl-ley-30737-contribuir-a-impulsar-crecimiento-de-economia-peruana-702985.aspx>.
- _____. 2018b. Capeco: constructoras tienen expectativas positivas con Ley 30737. Andina Agencia Peruana de Noticias (12 de marzo). Disponible en <http://andina.pe/agencia/noticia-capeco-constructoras-tienen-expectativas-positivas-ley-30737-702977.aspx>.
- Diario Uno*. 2018. Empresas vuelven a operar con Ley 30737 (13 de marzo). Disponible en <http://diariouno.pe/2018/03/13/empresas-vuelven-a-operar-con-ley-30737/>.
- Di Terlizzi, J. y C. E. Padilla. 2017. Modificaciones a la ley de APP para garantizar la continuidad de los proyectos de infraestructura. *Ámbito Jurídico* (6 de septiembre). Disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/administrativo-y-contratacion/modificaciones-la-ley-de-app-para>.
- El Comercio*. 2018. Gobierno aprobó reglamento de ley que sustituye al D.U. 003 (9 de mayo). Disponible en <https://elcomercio.pe/economia/gobierno-aprobo-reglamento-ley-sustituye-d-u-003-noticia-518935>.
- El Economista*. 2017. Escándalo de Odebrecht Retrasa Proyecto de 1.717 mdd en Colombia (29 de marzo). Disponible en <https://www.eleconomista.com.mx/internacionales/escandalo-de-odebrecht-retrasa-proyecto-de-1717-mdd-en-colombia-20170329-0034.html>.
- El Nuevo Siglo*. 2018. Optimismo ronda sector de infraestructura (31 de enero). Disponible en <http://elnuevosiglo.com.co/articulos/01-2018-optimismo-ronda-sector-de-infraestructura>.
- El Tiempo*. 2018. Retrasos en Ruta del Sol II le cuestan al país 808 mil millones al año (22 de marzo). Disponible en <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/retrasos-en-ruta-del-sol-ii-le-cuesta-al-pais-808-mil-millones-al-ano-196994>.
- Fedesarrollo (Federación para la Educación Superior y el Desarrollo). 2018. Tendencia Económica: Informe Mensual 184 (16 de febrero). Bogotá: Fedesarrollo. Disponible en <https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/tendencia184web.pdf>.
- Fieser, E. 2017. A Graft Machine's Collapse Sows Chaos in the Caribbean. *Bloomberg*, 12 de junio. Disponible en <https://www.bloomberg.com/news/features/2017-06-12/odebrecht-corruption-machine-s-collapse-sows-chaos-in-the-dominican-republic>.
- Forbes*. 2017. Odebrecht finaliza acuerdo con gobierno panameño (7 de febrero). Disponible en <https://www.forbes.com.mx/odebrecht-finaliza-acuerdo-gobierno-panameno/>.
- Gómez, L. F. 2018. ¿Adiós a la corrupción? *Semana*, 4 de abril. Disponible en <https://www.semana.com/contenidos-editoriales/infraestructura-la-transformacion-de-un-pais/articulo/nueva-ley-de-infraestructura-contrala-corrupcion/563107>.
- Guasch, J. L. 2017. Crónica de una muerte anunciada: Caso Odebrecht y otros. Lima: Ositrán. Disponible en https://www.ositrán.gob.pe/images/documents/cifras/ARTICULO_JLGUASCH_170117.pdf.
- La República*. 2017. La fórmula para combatir la corrupción en obras “ya está inventada”: ANI (12 de febrero). Disponible en <https://www.larepublica.co/economia/la-formula-para-combatir-la-corrupcion-en-obras-ya-esta-inventada-ani-2470781>.
- Leder-Luis, J. 2018. The Guiding Principle for Anticorruption Policy Should Be Cost-Effectiveness, Not “Zero Tolerance”. *The Global Anticorruption Blog*. Disponible en <https://globalanticorruptionblog.com/2018/09/24/the-guiding-principle-for-anticorruption-policy-should-be-cost-effectiveness-not-zero-tolerance/#more-11772>.

- Lucchesi, C., F. Marques y A. Oyamada. 2018. Odebrecht to Miss Debt Payment as Loan Deal Proves Elusive. *Bloomberg*, 23 de abril. Disponible en <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-04-23/odebrecht-is-said-likely-to-miss-payment-on-debt-due-this-week>.
- Margolis, M. 2018. Latin America's Fight Against Corruption Isn't Free. *Bloomberg*, 26 de marzo. Disponible en <https://www.bloomberg.com/view/articles/2018-03-26/latin-america-s-anti-corruption-fight-can-hurt-economic-growth>.
- Matthews, P. 2016. "This is why construction is so corrupt," *World Economic Forum*, 4 de febrero. Disponible en <https://www.weforum.org/agenda/2016/02/why-is-the-construction-industry-so-corrupt-and-what-can-we-do-about-it/>.
- Mellizo, A. 2018. El decreto 'Antiodebrecht', una papa caliente para el Gobierno peruano. *Agencia EFE*, 30 de enero. Disponible en <https://www.efe.com/efe/america/portada/el-decreto-antiodebrecht-una-papa-caliente-para-gobierno-peruano/20000064-3508877>.
- Montoya, K. 2018. Nuevo DU 003: constructoras y bancos se preparan para su aplicación. *Semana Económica* (23 de mayo). Disponible en <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/conectividad/291222-nuevo-du-003-constructoras-y-bancos-se-preparan-para-su-aplicacion/>.
- Palacios, P. 2018. Hay 60 mil trabajadores despedidos por causa Odebrecht. *La República*, 4 de marzo. Disponible en <https://larepublica.pe/politica/1206155-hay-60-mil-trabajadores-despedidos-por-causa-odebrecht>.
- Pereira, R. 2017. *Operação Lava Jato deixa mais de R\$ 90 bi em obras paradas*. *Estadão*, 18 de junio. Disponible en <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,operacao-lava-jato-deixa-mais-de-r-90-bi-em-obras-paradas,70001846435>.
- Polanco, R. 2018. Odebrecht, libre para seguir contratando con el Estado panameño. *TVN Noticias*, 8 de enero. Disponible en https://www.tvn-2.com/nacionales/Odebrecht-libre-seguir-contratando-panameno_0_4936006458.html.
- Roncal, A. y K. Montoya. 2018. Ley 30737: Enagás y Obrainsa rechazan su inclusión en lista que exige fideicomisos. *Semana Económica*, 27 de junio. Disponible en <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/conectividad/297373-ley-30737-enagas-y-obrainsa-rechazan-su-inclusion-en-lista-que-exige-fideicomisos/?ref=f-rt>.
- Semana*. 2017a. La Ruta del Sol quedó entre la espada y la pared por los líos de Odebrecht. *Semana*, 21 de enero. Disponible en <https://www.semana.com/nacion/articulo/odebrecht-sus-consecuencias-en-la-economia-en-colombia/512824>.
- Semana*. 2017b. Por fin Ruta del Sol 2 pasa a la Nación. *Semana*, 21 de octubre. Disponible en <https://www.semana.com/economia/articulo/finalizo-el-proceso-para-revertir-la-ruta-del-sol-2-a-la-nacion/544395c>.
- Stephenson, M. 2014. What Does "Zero Tolerance" of Corruption Mean? A Comment on Labelle. *The Global Anticorruption Blog*. Disponible en <https://globalanticorruptionblog.com/2014/02/20/what-does-zero-tolerance-of-corruption-mean-a-comment-on-labelle/>.
- Tola, R. 2017. El 'caso Odebrecht' paraliza la construcción del mayor gasoducto de Perú. *El País*, 2 de febrero. Disponible en https://elpais.com/internacional/2017/02/01/america/1485903956_914476.html.
- Torres, V. 2016. Odebrecht se despidió del río Magdalena. *Asociación Ambiente y Sociedad*, 12 de mayo. Disponible en <http://www.ambienteysociedad.org.co/es/odebrecht-se-despidio-del-rio-magdalena/>.
- Ugaz, J. 2018. Agente 003 (o tres a cero). *El Comercio*, 5 de febrero. Disponible en <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/decreto-urgencia-odebrecht-lava-jato-gobierno-agente-003-tres-cero-jose-ugaz-noticia-494627>.
- Vieyra, J. C. y A. Barón. 2018. Así frena la corrupción la inversión pública y el crecimiento. *Gobernarte*, 7 de mayo. Disponible en <https://blogs.iadb.org/gobernarte/2018/05/07/inversion-publica/>.

- Villalobos, M. R. 2018a. ¿Qué es el D.U. 003 y para qué ha servido? *El Comercio*, 7 de marzo. Disponible en <https://elcomercio.pe/economia/peru/decreto-urgencia-003-resultados-noticia-502682>.
- . 2018b. El decreto de urgencia 003 versus el proyecto de ley 2408. *El Comercio* (Feb. 14, 2018), disponible en <https://elcomercio.pe/economia/decreto-urgencia-003-versus-proyecto-ley-2408-noticia-497109>.
- Wells, J. 2015. Corruption in the construction of public infrastructure: Critical issues in project preparation. Anti-Corruption Resource Centre. Londres: EAP.
- ## Miscelánea
- Banco Mundial. 2017. Public-Private Partnerships Reference Guide V. 3. Washington, D.C.: Banco Mundial. Disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29052>.
- . 2018. *Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships Report 2018: Assessing Government Capability to Prepare, Procure, and Manage PPPs*. Washington, D.C.: Banco Mundial. Disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29605>.
- De Michele, R. y Dassen, N. 2018. Conflicto de intereses: desafíos y oportunidades para implementar un sistema efectivo. Documento para Discusión No. IDB-DP-626. Washington, D.C.: BID.
- Demsetz, H. 1968. Why Regulate Utilities? *The Journal of Law & Economics*. Chicago, IL: The University of Chicago Press. Disponible en https://www.jstor.org/stable/724970?seq=1#page_scan_tab_contents.
- Frigerio, G. y M. Gómez Kort. 2018. Asociaciones Público-Privadas en el Sector de Agua y Saneamiento en América Latina. Washington, D.C.: BID. Disponible en <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8728/Asociaciones%20P%C3%ABlico-Privadas%20en%20el%20Sector%20de%20Agua%20y%20Saneamiento%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina.PDF?sequence=1&isAllowed=y>.
- Gobierno de la República del Perú. 2018. Fundamentos del proyecto de ley 2408/2017-pe, 08/02/2018. Lima: Gobierno de la República del Perú.
- Grupo de Estados contra la Corrupción. s/f. Convenio de Derecho Civil. European Treaty Series 174. Estrasburgo: Grupo de Estados contra la Corrupción.
- Grupo Asesor de Expertos en Anticorrupción, Transparencia e Integridad. 2018. Report of the Expert Advisory Group on Anti-corruption, Transparency and Integrity in Latin America and the Caribbean. Washington, D.C.: BID.
- Her Majesty's Treasury. 2012. Standardization of PF2 Contracts. Londres: HM Treasury. Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF, último acceso.
- Kenny, C. 2006. Measuring and Reducing the Impact of Corruption in Infrastructure. Documento de trabajo de investigación de políticas Núm. 4099. Washington, D.C.: Banco Mundial. Disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/9258/wps4099.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- MEF (Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Panamá). 2016. Comunicado Oficial del Gobierno de la República de Panamá del 28 de diciembre de 2016. Ciudad de Panamá: MEF. Disponible en <http://www.mef.gob.pa/es/noticias/Paginas/ComunicadoOficial.aspx>.
- Ministerio Público. 2017. Comunicado del 1 de agosto de 2017. Ciudad de Panamá: Ministerio Público. Disponible en <http://ministeriopublico.gob.pa/comunicado-14/>, último acceso.
- Reyes-Tagle, G. 2018. Bringing PPs into the Sunlight: Synergies Now and Pitfalls Later? Washington, D.C.: BID. Disponible en <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/9026/Bringing-PPPs-into-the-Sunlight-Synergies-Now-and-Pitfalls-Later.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Roseth, B., A. Reyes y C. Santiso. 2018. El fin del trámite eterno: ciudadanos, burocracia y gobierno digital. Washington, D.C.: BID. Disponible en <https://publications.iadb.org/handle/11319/8930?locale-attribute=es&locale-attribute=pt&>.

Transparency International. 2006. Preventing Corruption on Construction Projects: Risk Assessment and Proposed Actions for Funders. Londres: UK Anti-corruption Forum. Disponible en <http://www.giacentre.org/documents/TI-ACFREPORTRISKASSESSMENT-FUNDERS.pdf>.

UNECE (United Nations Economic Commission for Europe). 2017. UNECE Standard

on a Zero Tolerance Approach to Corruption in PPP Procurement, ECE/CECI/WP/PPP/2017/4. Nueva York y Ginebra: UNECE, Committee on Innovation, Competitiveness and Public-Private Partnerships. Disponible en https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2017/PPP/WP/ECE_CECI_WP_PPP_2017_04-e.pdf.

UNODC (Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito). s/f. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, UN Treaty Series 2349, p. 41, Doc. A/58/422. Nueva York: UNODC. Disponible en https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

