

# PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN LAS LEYES APP: UNA REVISIÓN DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

*Carolina Lembo*  
*Reinaldo Fioravanti*  
*Gastón Astesiano*  
*Rosane Lohbauer*  
*Rodrigo Barata*  
*Natasha Rosset*



---

## Catalogación en la fuente proporcionada por la Biblioteca Felipe Herrera del Banco Interamericano de Desarrollo

Principios fundamentales en las leyes APP: una revisión de América Latina y el Caribe / Carolina Lembo, Reinaldo Fioravanti, Gastón Astesiano, Rosane Lohbauer, Rodrigo Barata, Natasha Rosset.

p. cm. — (IDB Monografía; 708)

Incluye referencias bibliográficas.

1. Public-private sector cooperation-Law and legislation-Latin America. 2. Infrastructure (Economics)-Latin America-Finance. 3. Economic development projects-Latin America-Finance.

I. Lembo, Carolina. II. Fioravanti, Reinaldo. III. Astesiano, Gastón. IV. Lohbauer, Rosane. V. Barata, Rodrigo. VI. Rosset, Natasha. VII. Banco Interamericano de Desarrollo. Vicepresidencia de Países. VIII. Serie.

IDB-MG-708

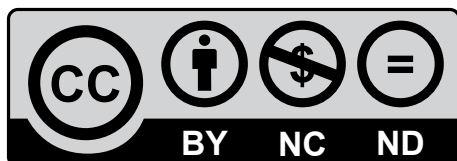
---

Copyright © 2020 Banco Interamericano de Desarrollo. Esta obra se encuentra sujeta a una licencia Creative Commons IGO 3.0 Reconocimiento-No-Comercial-Sin Obras Derivadas (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.



## Agradecimientos

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) realizó una investigación sobre el marco legal APP en América Latina y el Caribe para establecer guías de mejores prácticas en el tema. El Global Infrastructure Hub (GIH) trabajó estrechamente con el BID tanto en el desarrollo de las guías como en la elaboración de este reporte. El equipo del GIH está formado por **Mark Moseley**, **Jack Handford** y **Maud De Vautibault**.

También quisiéramos agradecer a nuestros colegas revisores del BID por sus aportaciones y recomendaciones: **Ancor Suárez**, **Daniel Vieitez**, **Rocio Medina** y **Sergio Juarez**.

Este reporte no podría haber sido posible sin la contribución pro-bono de prominentes abogados y sus firmas en cada uno de los países investigados en este reporte. Estos contribuidores comparten sus experiencias, revisión de toda la información recolectada y realizaron sugerencias que educaron a los autores y que enriquecieron el reporte final.

Argentina	<b>Estudio Bernardi y Asociados</b> . Mariano Humberto Bernardi
Chile	<b>Ikons ATN</b> . Sebastian Quijada and Daniela Gatica
Colombia	<b>Dentons</b> . Pablo Jamarillo y Mariana Gutierrez.
Costa Rica	<b>Central-Law</b> . Tomas Quirós
Ecuador	<b>Flor y Hurtado</b> . Mario Flor y Alejandro Perez
El Salvador	<b>Central-Law</b> . Fernando Argumedo
Guatemala	<b>Central-Law</b> . Carlos Cabrera
Honduras	<b>Central-Law</b> . Claribel Medina y Jesus Humberto Medina
Jamaica	<b>Patterson Mair Hamilton</b> . Trever Patterson
México	<b>Chacón &amp; Rodrigues Abogados</b> . Ricardo Chacón, Mauro González-Luna y Georgina García <b>Basham, Ringe y Correa</b> . Juan Carlos Serra y Jorge Escobedo
Nicaragua	<b>Central-Law</b> . Alvaro Molina
Panamá	<b>Central-Law</b> . Ana Cristina Arosemena Benedetti
Paraguay	<b>Gross Brown Estudio Jurídico</b> . Pablo Debuchy, Juan Pablo Zaputovich y Kamila Gimenez
Perú	<b>Estudio Muñiz</b> . Magali Lazo, Silvana Olazaval, Juan Carlos Salinas y Juan Tomaylla
Trinidad y Tobago	<b>Johnson, Camacho &amp; Singh</b> . Stephen Singh
Uruguay	<b>Ferrere</b> . Gonzalo Secco y Carla Arellano

Un agradecimiento especial a **Daniel Cabrera** por su valioso apoyo en el desarrollo de los instrumentos de encuestas y otras tareas administrativas esenciales. De igual manera agradecemos a **Maria José León** por la traducción al español y a **Marcela Maezono** y **Paulo Pereira** por el diseño gráfico.

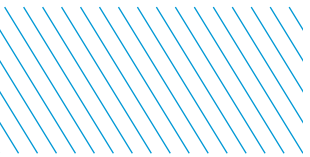
# CONTENIDO

---

	INTRODUCCIÓN	5
	VISIÓN GENERAL	14
1	MARCO JURÍDICO E INSTITUCIONAL	19
2	SECTORES Y ACTIVIDADES APLICABLES	27
3	SUPERVISIÓN Y REGULACIÓN DE LA APP	32
4	MODELACIÓN DE PROYECTOS APP	38
5	CONTRATACIÓN DE UN PROYECTO DE APP	50
6	ESTRUCTURA DE LOS INGRESOS	59
7	RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	64
8	MANEJO DE LOS CAMBIOS	71
9	FINANCIAMIENTO, FONDEO Y GARANTÍAS	78
10	EVENTOS EXTRAORDINARIOS	88
11	PRERROGATIVAS DE LA AUTORIDAD PÚBLICA	93
12	DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS	99
13	TERMINACIÓN DE LA APP	106
14	TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS	113
15	RESUMEN DE RECOMENDACIONES	118
ANEXO I	ARGENTINA	127
ANEXO II	BRASIL	137
ANEXO III	CHILE	147
ANEXO IV	COLOMBIA	156
ANEXO V	COSTA RICA	163
ANEXO VI	ECUADOR	172
ANEXO VII	EL SALVADOR	183
ANEXO VIII	GUATEMALA	191
ANEXO IX	HONDURAS	198
ANEXO X	JAMAICA	208
ANEXO XI	MÉXICO	215
ANEXO XII	NICARAGUA	226
ANEXO XIII	PANAMÁ	232
ANEXO XIV	PARAGUAY	238
ANEXO XV	PERÚ	246
ANEXO XVI	TRINIDAD Y TOBAGO	257
ANEXO XVII	URUGUAY	263

# INTRODUCCIÓN

---



La inversión en infraestructura es, ciertamente, una de las principales formas de lograr un desarrollo económico. Tradicionalmente, la Administración Pública implementa proyectos de infraestructura comprometiendo el dinero de los contribuyentes para financiarlos. Durante las últimas décadas, la demanda de infraestructura ha crecido de forma constante, pero los fondos públicos para las necesidades actuales y futuras están limitados y las finanzas públicas de muchos gobiernos han alcanzado, cada vez más, un punto en el que el endeudamiento a largo plazo no es la mejor opción. En un estudio reciente, GI Hub estimó la 'necesidad de infraestructura global' acumulativa del 2015 al 2040, y la 'brecha de inversión' para el mismo período. Se necesitarían inversiones por US\$ 94 billones y la brecha es de US\$ 15 billones.<sup>1</sup> Esto ha llevado a los gobiernos a aceptar la creciente importancia de la participación del sector privado en el financiamiento y la administración de los proyectos de infraestructura y han comenzado a buscar métodos alternativos para su contratación.

Las Asociaciones Público-privadas (APP) son un tipo de esquema cuyo uso ha ido creciendo respecto del financiamiento y/o administración de los proyectos de infraestructura. En

este aspecto, los proyectos de infraestructura bien elaborados pueden generar una alta tasa de rendimiento social y mejorar el bienestar de las personas, mientras que una infraestructura inadecuada representa un obstáculo para el crecimiento y para una mejor calidad de vida, y puede dar lugar a cargas financieras insostenibles para el gobierno, especialmente en los países en vías de desarrollo.

En América Latina y el Caribe, las inversiones representan alrededor del 3.5% del PIB, por debajo de los niveles recomendados para cerrar la brecha de infraestructura en la región.<sup>2</sup> De acuerdo con el estudio de Infralatam, existe un consenso general de que para lograr estos niveles en América Latina, es imperativo que tanto el sector público como el privado inviertan en proyectos de infraestructura.<sup>3</sup>

---

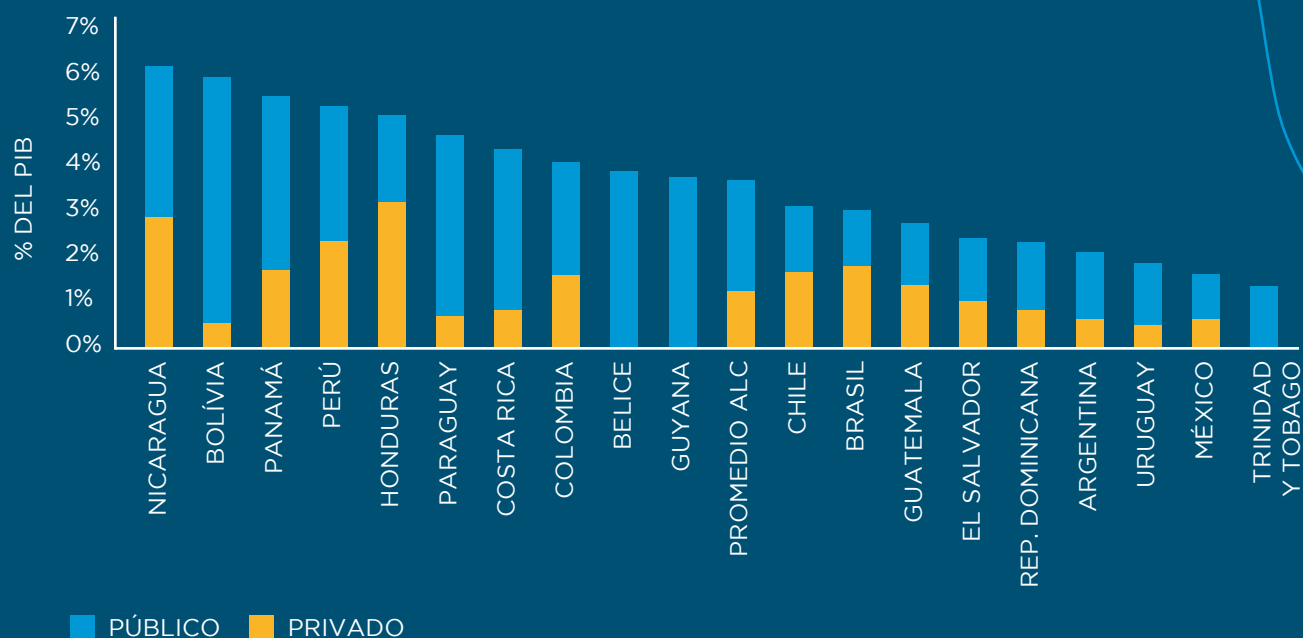
<sup>1</sup> <https://outlook.gihub.org>

<sup>2</sup> Existe un amplio rango de estudios que tratan sobre la brecha de infraestructura en la región. Mientras que todos ellos concuerdan en un promedio del 5%, las cifras varían entre el 3.7 y el 7.4% de acuerdo a los distintos escenarios de demanda (ECLAC, 2017, Banco Mundial, 2019).

<sup>3</sup> <http://scielo.sld.cu/pdf/eyd/v156n1/eyd12116.pdf>

## INTRODUCCIÓN

### INVERSIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA COMO UN PORCENTAJE DEL PIB POR PAÍS DE ALC, PROMEDIO 2008-2015




Aun cuando no toda la infraestructura es adecuada para seguir la ruta de las APP, los diseñadores de las políticas públicas que eligen cambiar el financiamiento público de la infraestructura por socios privados deben considerar la naturaleza y las motivaciones de los inversionistas a largo plazo y la necesidad de generar una buena relación entre calidad y precio. Esto significa que los intereses de los sectores público y privado deben confluir.

Para el sector público, elegir la opción de APP para la infraestructura económica, especialmente cuando los ingresos generados por los bienes pueden cubrir una parte significativa de las obligaciones del servicio de deuda, puede ser una elección legítima. Con respecto a la infraestructura social, el sector público pu-

diera buscar asignar su gasto público directamente a través de la contratación pública tradicional en algunos sectores, para acelerar programas más grandes en otros sectores y buscar un fondeo de largo plazo que requiera de financiamiento privado. La motivación también puede depender de una elección política para el sector público, para distribuir sus recursos humanos de una mejor manera o introducir tecnología e innovación del sector privado para una mejor prestación de los servicios públicos bajo un modelo de APP.

Con la participación de un socio privado en proyectos de inversión bien elaborados, se pueden obtener mayores inversiones y una mejora en la calidad de vida de la población desde una perspectiva a largo plazo.



Asimismo, las APP constituyen una manera de introducir la tecnología e innovación del sector privado para obtener mejores servicios públicos a través de la planeación y diseño creativos y una administración eficiente de los proyectos.

Construir y mantener la infraestructura es esencial para la expansión económica y el desarrollo social. Al ser llevado a cabo de forma eficiente y efectiva, se puede traducir en crecimiento económico. Sin embargo, el mundo no está desarrollando la cantidad y calidad de infraestructura necesaria para satisfacer las demandas de una mayor competitividad y calidad de vida.

Un marco jurídico e institucional sólido es necesario para atraer inversiones privadas de largo plazo para desarrollar los proyectos de infraestructura. También es importante recordar la importancia de las capacidades técnicas de los funcionarios públicos para la preparación, estructuración y supervisión de los proyectos de APP.

Por este motivo, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) decidió analizar y llevar a cabo una investigación sobre el marco jurídico de las APP en América Latina y la región del Caribe para establecer algunos lineamientos relativos a las principales prácticas legales de las APP. The Global Infrastructure Hub también ha trabajado de cerca con el BID para el desarrollo de dicho marco jurídico y la entrega del presente reporte.


Para este estudio se prepararon varias preguntas que fueron enviadas a los organismos responsables de las APP en cada uno de los 17 países seleccionados de la región.<sup>4</sup> Dichas pre-

guntas se refieren a algunos de los temas principales identificados como necesarios para poder comprender y desarrollar un marco regulatorio adecuado para las APP. Posteriormente, se reunió toda la legislación relevante en materia de APP en dichos países y, con base en la información obtenida, se creó un formato con todos los datos reunidos de cada uno de los países.

Para este ejercicio, los expertos en APP del BID junto con un equipo altamente calificado de GIHub y la asesoría de Madrona Advogados, establecieron, con base en estudios y su amplia experiencia, 14 principios que son fundamentales para que cualquier Administrador Público diseñe un marco jurídico e institucional completo para las APP:

- 1 Marco jurídico e institucional;
- 2 Sectores y actividades aplicables;
- 3 Supervisión y regulación de las APP;
- 4 Modelación de los proyectos de APP;
- 5 Contratación de proyectos de APP;
- 6 Estructura de los Ingresos;
- 7 Resolución de conflictos;
- 8 Manejo de los cambios;
- 9 Financiamiento, Fondeo y Garantías;
- 10 Eventos extraordinarios;
- 11 Prerrogativas de la autoridad pública;
- 12 Distribución de riesgos;
- 13 Terminación de las APP; y
- 14 Transparencia y rendición de cuentas.

<sup>4</sup> Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Trinidad y Tobago y Uruguay.



Hemos abordado las peculiaridades del **marco jurídico e institucional de las APP en cada país analizado** y para hacerlo, hemos verificado si el país analizado cuenta con una ley sobre APP, cómo funciona, qué es una APP de conformidad con la ley aplicable y si existe un marco institucional de apoyo. En conclusión, si es posible tener un programa exitoso de APP y como se desarrolla dicho programa.

Posteriormente, hemos revisado los **sectores y actividades aplicables para los proyectos de APP**. La introducción e implementación de algunos proyectos pueden representar un mayor reto político o social que otros – particularmente si existe una fuerza de trabajo del sector público que se sienta amenazada al ser sustituida por la fuerza de trabajo del sector privado.

**La supervisión y regulación de las APP** se refiere a la supervisión en materia contractual y regulatoria de las APP, tales como la regulación de los precios (normalmente llevada a cabo por la Hacienda Pública o por el organismo regulador del sector) y el cumplimiento con los estándares del servicio y desempeño establecidos en el contrato de las APP. Es importante establecer la seguridad y continuidad del proyecto y garantizar que existen organismos específicos que supervisen el proyecto. Uno de los principales problemas identificados en el desarrollo de los proyectos de infraestructura es la ausencia de la regulación de los contratos, frecuentemente agravada por la debilidad institucional. En lo que se refiere a la regulación, es necesario recordar que ésta no sólo se refiere a la administración del contrato mismo, sino del proyecto como un todo y al programa de APP de la entidad; más aún, se refiere a la regulación de todo el programa de APP. El diseño y la estructuración de un contrato/legislación que incluya procedimientos y mecanismos de regulación efectivos es esencial para lograr un programa exitoso de APP. En muchos casos, las disposiciones contractuales regirán la ejecución del contrato, especialmente en sectores en los que no exista una agencia regulatoria o una reglamentación efectiva en la que un organismo responsable actúe con la experiencia y capacidad necesarias y contribuya a la reglamentación del sector.

Esta cuestión también es abordada al tratar de identificar y seleccionar los proyectos de APP. La razón detrás del uso de un esquema de APP en lugar de una contratación pública convencional se basa en la propuesta de una participación óptima en los riesgos en la que el socio privado crea una mejor relación “entre calidad y precio” para el sector público y, finalmente, para el usuario final. Los esquemas de APP son más complejos que los esquemas de contratación pública convencionales. Requieren una elaboración y planeación detallada del proyecto, complejas estructuras transaccionales, una debida administración de la fase de contratación para promover la competencia entre los licitantes. También requiere un cuidadoso diseño del contrato para establecer los estándares del servicio, asignar riesgos y alcanzar un equilibrio aceptable entre los riesgos y la rentabilidad para poder atraer a la inversión privada de largo plazo.






El quinto principio es la **contratación del proyecto de APP**. Cuando la Administración Pública contrata, debe buscar lo mejor para el interés público, haciendo primordial que el proceso de licitación tenga las características necesarias para garantizar no solo que exista equidad entre los participantes, sino también, y principalmente, que el contrato sea económicamente ventajoso para la Administración Pública – menos gasto del dinero público – y que constituya un mejor gasto. Es importante que el socio privado que sea adjudicado con el contrato tenga capacidad financiera, experiencia y capacidad técnica para cumplir con el contrato.

La **estructura del ingreso de las APP** es muy importante para el proyecto, debido a que es un reflejo de los servicios prestados. De hecho, el objetivo principal del socio privado, considerando que se trata de un proyecto de inversión, es obtener utilidades. El mecanismo de pago es muy importante para lograr el desarrollo de proyectos rentables, toda vez que existen mecanismos que asignan los riesgos de demanda al sector privado y otros en los que el gobierno retiene el riesgo. La fuente de pago del proyecto depende del tipo de sector al que pertenezca el proyecto, ya que los proyectos de infraestructura social no son capaces de generar sus propios ingresos, y son fuente de repagos, pagos periódicos del gobierno a la entidad privada sujetos a la disponibilidad de la infraestructura y los servicios. Por el otro lado, los proyectos del sector económico generan sus propios ingresos a partir del cobro de cuotas a los usuarios finales, aun cuando en algunas ocasiones es necesario que el gobierno también ofrezca un pago público. Del mismo modo, debido a que se trata de un contrato, existen al menos dos partes con intereses contrarios y es posible que en algún punto pudiera surgir un conflicto que deba ser resuelto. La **disposición de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos** es uno de los factores que puede interesar a las partes del sector privado extranjeras a invertir en el país. El conflicto no se somete a la jurisdicción gubernamental y ofrece eficiencia, imparcialidad y seguridad al proyecto, no únicamente debido a que un experto analice los conflictos que hubieran surgido del contrato, los cuales son complejos, sino también por la ejecución de los laudos arbitrales.

Con respecto a las **características de los proyectos de APP** (contratos de largo plazo), se espera que las condiciones originales cambien. No es asunto de si esto sucederá, sino de cuándo sucederá. Cuando ocurra, es muy importante verificar la manera en que el gobierno maneje dichos cambios. Para una mayor estabilidad, el contrato o la ley pudieran, por ejemplo, establecer parámetros de indemnización.

También es posible que **eventos extraordinarios** influyan en el proyecto, tales como caso fortuito y eventos de fuerza mayor. Esto pudiera provocar la suspensión o, incluso, la extinción del contrato.

El **Financiamiento y Fondéo** son temas que necesitan ser analizados y que tienen un impacto directo sobre todo el proyecto y que son, de hecho, dos de los principales motivos para buscar la participación de socios privados en dichos



proyectos. El financiamiento de proyectos APP no es una tarea fácil, principalmente debido a las grandes inversiones requeridas. La legislación normalmente establece que el financiamiento de un proyecto es responsabilidad del socio privado. Algunos gobiernos estipulan derechos o garantías especiales en favor del inversionista, tales como derechos de intervención, para lograr la continuidad del proyecto, y crear fondos para obtener mejoras crediticias y proveer un entorno más seguro para el inversionista.

Los proyectos de APP son contratos celebrados con la Administración Pública para garantizar el interés público. Por tanto, los gobiernos tienen algunas **prerrogativas** que prevalecen sobre el socio privado. La Administración Pública podrá, entre otras cosas, rescindir el contrato y aplicar sanciones al socio privado en caso de incumplimiento. También se espera que la legislación prevea la hipótesis de la terminación anticipada del contrato por motivos atribuibles al gobierno. En este caso, es importante que la legislación prevea reglas claras para evitar la afectación de cualquiera de las partes.

Un aspecto para estructurar proyectos eficientes de APP es la **distribución de riesgos**. Cuando las partes discuten sobre la forma de asignar los riesgos, también hablan sobre la estructura principal de la distribución de responsabilidades y funciones en la asociación. Esto causa varios efectos distintos y no constituye una actividad legal separada, sino una actividad multidisciplinaria. La distribución de riesgos debiera incluir las mejores consideraciones técnicas para el desarrollo del proyecto de APP, así como consideraciones económicas y financieras que dichas elecciones técnicas tengan respecto de la viabilidad del proyecto, promoviendo los ajustes necesarios, y posteriormente someter dicha distribución a una evaluación jurídica en materia de legalidad, procedimientos y los esquemas jurídicos necesarios para la contratación del proyecto. Una distribución inadecuada de los riesgos puede dar lugar a la falla o inviabilidad del proyecto.

El treceavo principio es la **terminación del contrato APP**: en qué situaciones se pudiera dar por terminado el contrato, si pudieran existir daños que debieran ser pagados y qué ocurriría con los activos involucrados en el proyecto, y si dichos bienes o activos serían devueltos a la Administración Pública. Es importante que existan reglas para la terminación del contrato, de tal forma que dicha terminación no se haga de forma arbitraria o en detrimento del interés público.

Incentivar la transparencia pública es una característica de los gobiernos actuales. Los últimos principios a los que hacemos referencia en este reporte son la **transparencia y la rendición de cuentas**. La democracia se basa en el poder de las personas y su legitimación ocurre cuando las personas tienen acceso a la información de la Administración Pública. La transparencia pública toma lugar a través del acceso que tienen los ciudadanos a la información del gobierno, cuyo acceso crea relaciones más cercanas y más democráticas entre el gobierno y la sociedad civil. La rendición de cuentas se puede definir como la obligación de rendir cuentas por los resultados obtenidos, mediante la imposición de responsabilidades derivadas de una delegación del poder.



El derecho a la información pública es una garantía fundamental para la promoción de la transparencia y rendición de cuentas de los administradores públicos, dos directrices esenciales para el proceso democrático. Asimismo, estas directrices son instrumentos poderosos y efectivos en la lucha contra la corrupción y, consecuentemente, para mantener la democracia.

Al analizar estos 14 principios, tenemos una visión general del ciclo completo de un proyecto APP y podemos verificar si la legislación ha considerado o no los pilares de los proyectos público-privados.

Existen muchas diferencias entre los marcos jurídicos de los países, especialmente debido a su historia y su pasado de colonización, pero los principios son aplicables a todos ellos. A pesar de que la mayoría de los países analizados tiene un sistema jurídico civil, Jamaica y Trinidad y Tobago son países en los que rige el derecho común, lo que hace que los documentos jurídicos sean muy diferentes y la legislación menos específica. Mientras que los estados de derecho civil están generalmente caracterizados por estatutos y reglamentos codificados, las economías en las que rige el derecho común dependen mucho menos en dichos códigos y más en principios jurídicos creados por las decisiones de los tribunales.

Este reporte se elaboró como una guía para la administración pública en América Latina y la región del Caribe para mejorar el marco jurídico de las APP y también como una guía para crear y mejorar el régimen en materia de APP de cada país.

Para dar un mejor soporte a nuestras recomendaciones y que los lectores puedan comprender el régimen de APP en cada país, hemos resumido sus principales características con respecto a sus marcos jurídicos:

Argentina	Argentina es un país federal cuya nueva Ley de APP fue promulgada en 2016 junto con un decreto regulatorio en 2017. Es un país que busca promover nuevas inversiones y que actualmente se encuentra estructurando más proyectos. A pesar de que no existen leyes locales y estatales sobre APP, existen, por ejemplo, normas provinciales en materia de contratación pública.
Brasil	Brasil es un país federal con un amplio territorio que se rige por el derecho civil. Tiene una ley federal en materia de APP así como leyes locales que regulan las inversiones privadas en infraestructura para proyectos estatales y locales. Es una de las principales economías y uno de los países con más APP en la región.
Chile	Chile es uno de los países de la región que tiene el mejor entorno para la inversión privada en infraestructura. Tiene una amplia experiencia en proyectos de APP, los cuales han enfrentado algunos problemas, incluyendo la corrupción.

## INTRODUCCIÓN

Colombia	El entorno de APP en Colombia está marcado por un sólido marco regulatorio respaldado por una nueva ley en materia de APP que fue implementada en 2012. Tiene una gran tradición en el uso de APP junto con Brasil y Chile y fue considerada por Infrascopes como el país con la mayor capacidad para el desarrollo de APP. Colombia constantemente moderniza la modelación de sus proyectos.
Costa Rica	Costa Rica es un pequeño país con un marco jurídico federal en materia de APP, enfocado principalmente en proyectos de energía. Tiene un marco jurídico definido y estable aplicable a las APP.
Ecuador	La ley de Ecuador en materia de APP, promulgada en 2015, puede ser utilizada para proyectos estatales y municipales. Los proyectos de APP actuales fueron desarrollados por el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas y existen algunos proyectos locales en espera de su lanzamiento oficial.
El Salvador	El Salvador es un pequeño país localizado en la Región de Centroamérica que está en proceso de maduración de su legislación de APP para atraer inversiones privadas en infraestructura, especialmente inversiones extranjeras. En 2018, se empezaron a desarrollar los dos primeros proyectos de APP.
Guatemala	La Ley de Guatemala en materia de APP se publicó en 2010, pero las inversiones en proyectos de APP aún se están desarrollando. Tienen algunos proyectos en estudio y se están preparando para licitar su primer proyecto de APP. Los municipios y las asociaciones de municipios pueden llevar a cabo proyectos de infraestructura bajo el marco jurídico establecido en la Ley.
Honduras	A pesar de ser un país pequeño, Honduras ha implementado varias APP en los últimos años. En 2010 se publicó una nueva Ley en materia de APP y el gobierno está buscando atraer más inversiones mediante la implementación de un mejor marco regulatorio y de transparencia.
Jamaica	Junto con Trinidad y Tobago, es uno de los únicos países analizados que adopta el derecho común. Jamaica no cuenta con una ley en materia de APP, pero tiene Políticas que establecen los lineamientos aplicables a las APP. Es un mercado que aún se encuentra en desarrollo y bajo estructuración.
México	México es un país federal con un gran territorio en el que se aplica el derecho civil. Tiene una ley federal en materia de APP que fue promulgada en 2012. México también cuenta con leyes locales que regulan las inversiones privadas en infraestructura. Tiene una amplia tradición de inversiones privadas en infraestructura y servicios públicos para poder satisfacer los objetivos de interés público. Las principales actividades involucradas en proyectos de APP en México son transporte, seguridad, energía y servicios relacionados con agua.

## INTRODUCCIÓN

---

Nicaragua	En Nicaragua se publicó una nueva Ley en materia de APP en 2016 para facilitar las inversiones en infraestructura. Sin embargo, el escenario político actual pudiera implicar distintos desafíos para los inversionistas.
Panamá	Panamá no tiene una Ley especial en materia de APP; sin embargo, durante los últimos 20 años, el país ha adoptado leyes especiales con la finalidad de privatizar compañías estatales y desarrollar proyectos de APP para impulsar la infraestructura y los servicios públicos, principalmente en el área de la energía, telecomunicaciones y puertos.
Paraguay	Paraguay es un país federal en el que se aplica el derecho civil. Tiene una ley federal en materia de APP que no hace referencia a la existencia de una regulación regional. Esta ley está regulada mediante un decreto.
Perú	Perú tiene una extensa tradición de APP y concesiones. Después de la adjudicación de 104 proyectos entre 1998 y 2018, Perú ha actualizado su marco jurídico e institucional en materia de APP para generar proyectos de mayor calidad. Sin embargo, el país enfrenta algunos retos con respecto a su marco de transparencia y prevención de la corrupción.
Trinidad y Tobago	Trinidad y Tobago es un estado unitario, que no cuenta con una ley específica en materia de APP, pero tiene un proyecto de política que contiene los lineamientos principales para la realización de proyectos de APP. El país se encuentra organizado bajo los principios del derecho común.
Uruguay	Uruguay está mejorando su marco jurídico para atraer inversiones. Tiene una Ley de APP que se encuentra complementada con decretos, que pueden ser utilizados tanto por gobiernos federales como locales.

# VISIÓN GENERAL



Hemos comenzado nuestro trabajo decidiendo qué países en América Latina y la Región del Caribe deberían ser analizados. Hemos seleccionado una amplia muestra de países cuya legislación en materia de APP ya se encuentra desarrollada, cuya experiencia en infraestructura es relevante o cuyo marco jurídico cuenta con características interesantes, lo cual representa el 76% del PIB regional.

Asimismo, hemos preparado algunas recomendaciones relativas al marco jurídico y las principales prácticas implicadas en las APP en estos países, las cuales se describirán en este capítulo, pero serán exploradas de forma más profunda y específica en los capítulos siguientes.

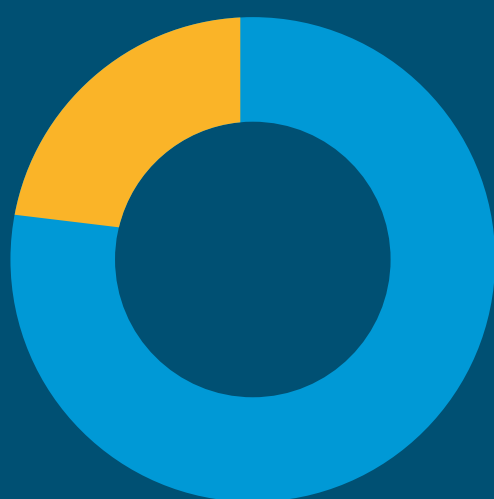
Un análisis inicial del modelo jurídico adoptado por estos países muestra que 2 de ellos se encuentran regidos bajo el sistema de derecho común (Jamaica y Trinidad y Tobago), y los otros 15 se encuentran regidos por el derecho civil. Para los fines de este reporte, consideraremos que las APP son proyectos de infraestructura a largo plazo que conjuntan las fases de implementación y operación del proyecto, junto con las inversiones hechas por la parte del sector privado con una estructura de financiamiento. Algunos países tienen disposiciones en materia de APP aun cuando no reciban el nombre de

APP, de tal forma que hemos analizado la legislación correspondiente, que en muchos casos, se trató de la ley de concesiones. Para países que cuentan con leyes en materia de APP y de concesiones, únicamente consideramos la ley de APP de dichos países.<sup>1</sup>

Trece países cuentan con leyes específicas para APP.<sup>2</sup> Por otro lado, Jamaica y Trinidad y Tobago únicamente tienen políticas en materia de APP, y las obligaciones son negociadas en el contrato correspondiente.

La diferencia es resultado de la historia de participación de las entidades privadas en proyectos de infraestructura en la región. En algunos de estos países, el concepto de delegar las obras y/o servicios públicos al sector privado es **considerablemente reciente**. En otros, se ha venido utilizando desde los años 90. Este contexto puede ser verificado al analizar las principales prácticas de cada país.

Aunque tener una ley en materia de APP podría ser de ayuda, su existencia no es primordial para estimular la participación privada en los proyectos de infraestructura. En este reporte recomendamos que los países que tienen leyes específicas de APP consoliden las reglas de las APP y faciliten su entendimiento por parte de los inversionistas extranjeros.



TIENEN LEY APP ■  
NO TIENEN LEY APP ■

<sup>1</sup> Las concesiones en los países en los que no existe una ley de APP serán designadas APP en el presente reporte.

<sup>2</sup> Trinidad y Tobago tiene un proyecto de política y, sobre ella aplica la "Ley de Contratación Pública y Disposición de Propiedad Pública. La Ley de Contratación Pública y Disposición de Propiedad Pública será aplicable a los esquemas de APP definidos en su sección 7(1), cuando sea completamente promulgada. La promulgación parcial de la Ley (Notificación Legal No. 150) no incluyó la sección relativa a los esquema de APP.



## VISIÓN GENERAL

Brasil tiene el mayor número de proyectos adjudicados entre la Administración Pública y las partes del sector privado, pero la mayoría de ellos han sido realizados a nivel estatal y municipal: 860.<sup>3</sup> Otros países en el que las APP son ampliamente utilizadas y que tienen un número considerable de proyectos en operación son México y Colombia.

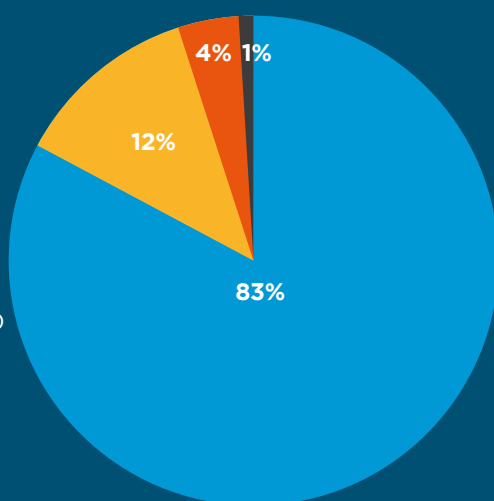
La mayoría de los proyectos de infraestructura en estas regiones se llevan a cabo en el sector de la transportación. En Colombia, por ejemplo, los proyectos de transporte concentran el 83% de todas las inversiones en infraestructura.<sup>4</sup>

Con respecto a qué es una APP y su promoción y administración por parte del gobierno federal, todos los países tienen una definición en su legislación y 12 de ellos tienen unidades de APP.

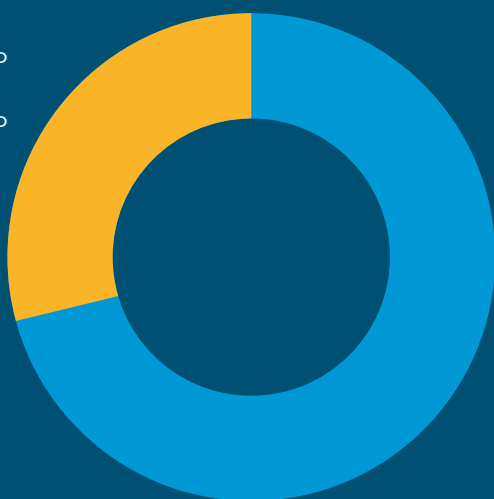
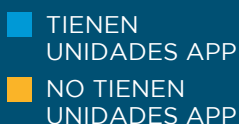
Es una práctica regulatoria muy común que existan agencias regulatorias, lo cual está previsto en la legislación de todos los países. Adicionalmente, en 8 países, la legislación establece que debe existir un equipo de administración de la APP para cada proyecto y tan sólo 4 de ellos tienen reglamentación en materia de una Corte de Auditores (Brasil, Uruguay, Argentina y Honduras).

Otra práctica muy común es la transparencia: todos los países garantizan transparencia respecto de los procesos de licitación de APP y tienen leyes y legislación en materia de transparencia con excepción de Trinidad y Tobago.<sup>5</sup> Todos los países regidos por derecho civil establecen en su legislación la manera en que se deberá tratar cualquier evento extraordinario.

### COLOMBIA SECTOR DE INVERSIONES (% DEL TOTAL)



**Fuente:**  
Cálculos del Autor,  
PPI Database



<sup>3</sup> <https://appknowledgelab.org/countries/brazil>

<sup>4</sup> <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/9026/Bringing-APPs-into-the-Sunlight-Synergies-Now-and-Pitfalls-Later.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>5</sup> La Ley de Contratación Pública y Disposición de Propiedad Pública de 2015 de Trinidad y Tobago no establece aspectos particulares con respecto a los contratos de APP. Sin embargo, se prevé que los aspectos particulares serán establecidos en las Regulaciones de Contratación que actualmente se encuentran en proceso de revisión por parte del Ministerio de Finanzas y en los documentos de implementación, tales como el manual y los lineamientos específicos que actualmente se están elaborando por parte de la Oficina de Regulación de las Contrataciones.

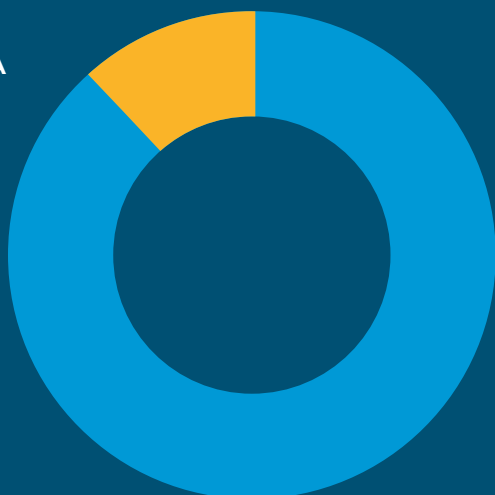


Sin embargo, es sabido que en los últimos años ha habido un gran número de escándalos de corrupción que implican a los proyectos de infraestructura. Por lo tanto, aunque la legislación de los países contenga disposiciones en materia de transparencia en los proyectos y las relaciones con el gobierno, aún hay muchas áreas de oportunidad para mejorar la aplicación de dichas disposiciones y la rendición de cuentas.

Más aún, la legislación de casi todos los países establece mecanismos para la resolución alternativa de conflictos (únicamente Trinidad y Tobago y Panamá<sup>6</sup> no los establecen). Todas las demás prevén, cuando menos, el arbitraje.

### MECANISMOS PREVISTOS PARA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

■ SÍ  
■ NO



Además de hablar sobre cuáles son las prácticas principales, es relevante mencionar que existen algunas prácticas que rara vez son adoptadas. Estas prácticas son especialmente reconocidas para el manejo de algunas cuestiones debidas a las particularidades de cada sistema jurídico.

Únicamente Perú permite que los proyectos sean directamente adjudicados en caso de que no existan ofertantes para las propuestas y la legislación brasileña es la única que establece la posibilidad de que se invierta el orden de las fases de preselección y evaluación. Uruguay es el único país en el que se permite la negociación del contrato en el período comprendido entre la adjudicación y la firma del contrato respectivo.

Más aún, únicamente en dos países existe un procedimiento de licitación de dos fases: El Salvador y Argentina. Esto demuestra que no se trata de un mecanismo comúnmente utilizado en la región. Esta práctica, sin embargo, podría ser utilizada en más países, ya que permite la selección de los competidores en caso de que un proyecto tenga un gran número de especificaciones.

Con respecto a los ingresos, existen dos grandes grupos: en Brasil, Paraguay, Costa Rica, Nicaragua, Jamaica y Uruguay, en donde la legislación autoriza que se realicen pagos periódicos por parte de la autoridad contratante en favor de la entidad privada (pago por disponibilidad) y puede haber o no un cargo de alguna tarifa. En El Salvador y Perú, la legislación prevé que en todo caso se cobren tarifas a los usuarios finales de los servicios, independientemente de que exista o no un pago periódico por parte de la autoridad contratante.

<sup>6</sup> A pesar de que la ley de Panamá y el proyecto de política de Trinidad y Tobago no prevén la posibilidad de someter a arbitraje los contratos de APP, ambos países son parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. Por lo tanto, las cortes locales de Trinidad y Tobago reconocen y pueden ejecutar laudos arbitrales extranjeros de conformidad con el capítulo 20 de la Ley de Arbitraje (Laudos Arbitrales Extranjeros) de 199.



Finalmente, hemos notado que en caso de un incumplimiento grave del contrato por parte de la entidad privada, en algunos países (Uruguay, Costa Rica, Panamá y Nicaragua), la entidad privada debe indemnizar a las autoridades públicas.

Con base en el análisis de la legislación de los 17 países seleccionados, hemos inferido que algunos mecanismos son diferentes en los países en los que se aplica el derecho civil de aquellos en los que se aplica el derecho común. Adicionalmente, los países sudamericanos tienen una tradición más antigua en esta clase de proyectos, lo que también influye en su legislación.

En los siguientes capítulos, hablaremos sobre las prácticas más comunes con respecto a cada uno de los principios y daremos algunas recomendaciones sobre la manera en que pudiera mejorar el marco jurídico de estos países. No obstante ello, es esencial considerar que en todo caso se deben tomar en cuenta las particularidades de cada país al momento de contratar APP.

# MARCO JURÍDICO E INSTITUCIONAL



# 1 MARCO JURÍDICO E INSTITUCIONAL

## Principales hallazgos de este capítulo:

Es importante tener un marco jurídico en materia de APP que dé seguridad a los inversionistas y al proyecto. Sin embargo, tener una ley de APP no significa que habrá proyectos de APP en el país.

Existen varias definiciones de APP, dependiendo de la legislación de cada país y su experiencia en la delegación de obras y servicios públicos. Las especificaciones de cada país generalmente están relacionadas con el proceso que cada país tuvo que desarrollar para lograr la participación de las partes del sector privado en los proyectos de infraestructura.

No todos los países tienen Unidades de APP y los países que cuentan con dicha Unidad, normalmente la tienen subordinada al Ministerio de Obras y Servicios Públicos del país o al Ministerio de Finanzas.


La legislación debe definir claramente qué organismos públicos pueden contratar una APP y esto dependerá de la organización de la Administración Pública.

La primera cuestión que debería considerar la Administración Pública es si el uso de las APP es posible en el país. Por tanto, es importante verificar el marco jurídico e institucional existente, qué es una APP y quién puede contratar el proyecto.

Todas las partes involucradas en APP buscan garantizar el éxito del proyecto. El proyecto debe ser rentable: una sólida evaluación financiera, económica y técnica, con una distribución del riesgo adecuada. Cada país y proyecto tiene sus propias necesidades, riesgos, requerimientos técnicos y cuestiones delicadas particulares.

El sistema jurídico debe proveer estabilidad al proyecto, especialmente debido a que las APP son contratos a largo plazo. La inestabilidad incrementará los riesgos para la parte del sector privado y requerirá de una mayor protección de parte del gobierno, tales como el otorgamiento de garantías.





La legislación tiene un papel central en la promoción de las inversiones privadas en los proyectos de infraestructura pública. La legislación materializa un compromiso político que provee derechos y obligaciones específicas y puede representar una garantía de estabilidad de los esquemas jurídico y regulatorio.

Los países de América Latina y el Caribe tienen una historia conflictiva en temas de democracia y en algunas ocasiones pueden ser políticamente inestables. Hacer leyes que aborden todos los asuntos relacionados con el ciclo de APP puede dar seguridad a los proyectos, especialmente para la parte del sector privado que desea invertir.

Nuestro análisis ha comenzado determinando qué países tienen una ley específica de APP y qué países no la tienen. Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay tienen leyes en materia de APP. En muchos países, también es necesario tener una autorización legislativa específica para constituir una APP.

Chile no tiene una ley específica en materia de APP, pero la preparación e implementación de proyectos de infraestructura pública con la participación de partes del sector privado se ha llevado a cabo por mucho tiempo y existen varios proyectos con la participación de entidades privadas. Jamaica tampoco tiene una ley de APP, pero sí cuenta con Políticas en materia de APP.

Tener una Ley de APP no significa que el país empezará a contratar.

Existen países como El Salvador que tienen una ley de APP, pero no se ha adjudicado ni un solo contrato de APP. Otros, como Chile, no tienen una Ley de APP pero utilizan la ley de concesiones para contratar con socios privados y tienen una serie de proyectos en operación.

Independientemente de que el país tenga una ley independiente de APP, es primordial que la reglamentación principal se haga a través de leyes y no de disposiciones regulatorias o cualquier otra disposición reglamentaria con una menor jerarquía. Esto se debe al proceso legislativo al que está sometido una ley, que es más complejo que el de las disposiciones regulatorias. Tener un procedimiento más complejo para que se lleven a cabo modificaciones o reformas legislativas asegura que no habrá cambios inesperados en el sistema, lo cual crea un ambiente más seguro para el inversionista. Más aún, tener una mayor jerarquía es preferible para ciertos propósitos en caso de que pudiera surgir una contradicción jurídica.

Existen sectores que tienen una reglamentación específica debido a sus características particulares. Por ejemplo, el sector de energía, petróleo y gas tienen legislación específica que es aplicable a las cuestiones regulatorias.

Para este reporte, también hemos analizado la manera en que los países que no cuentan con una ley de APP celebran contratos con la participación del sector privado para la inversión en proyectos de infraestructura.

Todos los países tienen una definición de APP. En algunos, cualquier proyecto en el que participe una parte del sector privado es una APP. En la mayoría de los países, existe una variedad de modelos de participación del sector privado para la estructuración del proyecto, pero la relación entre todos ellos es que se utilizan para proyectos de infraestructura.

En casi todos los países, la legislación establece una clara distribución del riesgo como un requerimiento para los proyectos de APP.

En la tabla, vemos tres grupos principales con respecto a los objetivos de la APP, aun cuando las características pudieran cambiar de país en país:

#### **Grupo A**

Países que únicamente tienen una Ley de Concesiones

- Chile
- Panamá

#### **Grupo B**

Países con Ley de APP y Ley de Concesiones

- Argentina
- Brasil
- Colombia
- Costa Rica
- Ecuador
- Paraguay
- Uruguay

#### **Grupo C**

Países que únicamente tienen una Ley específica de APP<sup>1</sup>

- El Salvador
- Guatemala
- Honduras
- Jamaica
- México
- Nicaragua
- Perú
- Trinidad y Tobago

Hemos dividido a los países en tres grandes grupos, pero algunos países tienen conceptos específicos de APP.

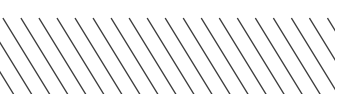
La legislación de Panamá en materia de APP, por ejemplo, aplica únicamente al sector de caminos u otras obras que el organismo responsable clasifique como obras de interés público.

En Nicaragua incluye la planeación, financiamiento, construcción, desarrollo, uso y disfrute, operación, mantenimiento, modernización, expansión y mejora de instalaciones nuevas de infraestructura pública y equipo asociado (proyectos de nueva creación). También, la rehabilitación, modernización, explotación y mantenimiento de las instalaciones existentes de infraestructura pública y la provisión de servicios públicos (proyectos existentes).

En la legislación mexicana, una APP es una relación contractual a largo plazo entre el sector público y privado que provee un servicio al sector público o al usuario final, y aquellos en los que la infraestructura es total o parcialmente utilizada por el sector privado para incrementar el bienestar social y los niveles de inversión en el país. También pueden existir proyectos APP llevados a cabo bajo los términos de la Ley de APP, bajo esquemas de sociedad para desarrollar proyectos en inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Aun cuando existen algunas diferencias entre los miembros de los grupos, las principales características de todos los conceptos de APP son

<sup>1</sup> Jamaica únicamente tiene una Política en materia de APP y Trinidad y Tobago tiene un proyecto de Política de APP, debido a que son países regidos por el derecho común.

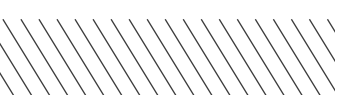


el uso o construcción de infraestructura y la provisión de un servicio público con financiamiento privado.

Algunos países tienen conceptos más amplios (México), y otros, como Panamá, tienen conceptos más estrictos. Sin embargo, los tres grupos demuestran que es posible tener un concepto

cerrado de APP que no limite su uso a un solo sector.

Las especificaciones de cada país normalmente se encuentran relacionadas con el proceso que cada país tuvo que desarrollar para la participación de las partes del sector privado en los proyectos de infraestructura.



El marco institucional es uno de los aspectos que mejoran el uso de APP debido a que, al igual que el marco jurídico, convierte al país en un lugar más seguro para invertir. Tener un organismo especializado significa que el país estará mejor preparado para tener APP y en la manera de manejar sus particularidades.

La falta de un organismo que guíe al gobierno en la planeación, preparación e implementación de APP incrementa el potencial de la existencia de inconsistencias en el proceso, provocando un incremento en el riesgo de fracasar. La planeación descentralizada de APP puede crear ineficiencias tales como la falta de transferencia de conocimientos, una selección inapropiada de modelos, el rebasamiento en los costos, una mala distribución de los riesgos y mediciones de desempeño pobremente definidas.

No todos los países cuentan con Unidades de APP. En algunos países, no

existe una Unidad de APP sino un organismo responsable de todos los proyectos de infraestructura. Esto es más común en países pequeños que no tienen la necesidad o la demanda de tener un organismo específico de APP. Se debe tomar en cuenta que algunos países no tienen ni un solo proyecto APP contratado aun, de tal forma que la creación de un organismo público podría ser insustancial o injustificada. Por el otro lado, dicho organismo también podría estimular el uso de APP mediante la promoción de su uso entre las agencias de contratación y otras entidades involucradas.

La Unidad de APP, cuando existe, se encuentra generalmente relacionada al Ministerio de Obras y Servicios Públicos de dicho país o al Ministerio de Finanzas. La Unidad Federal de APP de Brasil, por otro lado, estaba relacionada con el Ministerio de Planeación y después de la reorganización de los ministerios, fue asignada al Ministerio de Economía.

En algunos de ellos, como Honduras, la Unidad de APP es una entidad descentralizada relacionada a la Presidencia de la República y tiene su propia personalidad jurídica y activos.



MINISTERIO DE FINANZAS  
MINISTERIO DE OBRAS  
OTROS  
AUTÓNOMO

En algunos países, adicionalmente al organismo federal o nacional de APP, pudiera haber organismos específicos para una región, estado o municipio. La legislación peruana también establece la posibilidad de tener más de un organismo responsable de la contratación en un territorio, de conformidad con la materia, montos, complejidad de los proyectos y economías de responsable de los asuntos relativos a la transportación y, en Paraguay, de las comunicaciones.


El Gabinete de Jamaica<sup>2</sup> es el instrumento normativo principal, responsable de la dirección general y control del Gobierno. El Gabinete es la autoridad responsable de los asuntos normativos, según lo previsto en la Política en materia de APP. Sin embargo, es interesante tomar en cuenta que la Política en materia de APP de Jamaica prevé que se creará una Unidad de APP subordinada al Gabinete.

Establecer y poner en funcionamiento un marco institucional y regulatorio es importante para garantizar la tecnicidad de los organismos. También es importante resaltar que algunos países, como Brasil y México, específicamente debido a su tamaño y organización (federal) no solo tienen una Ley Federal en materia de APP, sino también cuentan con leyes estatales o municipales de APP.<sup>3</sup> En estos casos, la legislación regional proveerá el procedimiento utilizado para la APP regional y la ley federal establecerá el procedimiento para la APP nacional. En México, es posible que el gobierno regional decida qué ley de APP será utilizada para un proyecto específico, salvo que exista presupuesto federal destinado al proyecto, en cuyo caso, la aplicación de la Ley Federal de APP será obligatoria.

<sup>2</sup> Que consiste en el Primer Ministro y un número de Ministros (no menor a once) que sean seleccionados de entre los Ministros.

<sup>3</sup> En Colombia, algunas entidades municipales o locales estatales tienen lineamientos relativos a los proyectos APP, pero no existen leyes locales o municipales u otras reglamentaciones similares debido a que estas entidades no tienen la facultad de regular estas materias.





Finalmente, este capítulo hablará de los organismos de la Administración Pública que pueden contratar una APP.

Normalmente, cualquier organismo de la Administración Pública, incluyendo fundaciones y agencias públicas, compañías propiedad del estado y otras entidades directa e indirectamente controladas por la Unión, Estados o Municipios pueden usar una APP. En este grupo se encuentran Uruguay, Argentina, Colombia, Paraguay, Trinidad y Tobago,<sup>4</sup> Nicaragua, Chile y Guatemala. En Colombia, sin embargo, existe una restricción para que las compañías propiedad del estado y compañías de servicios municipales sean las partes contratantes en proyectos APP debido a que la ley de APP expresamente las excluye de dicho régimen. No obstante ello, estas compañías pueden trabajar en iniciativas privadas de APP a ser consideradas por el Estado.

Existe una limitación escrita en Brasil: el Poder Judicial no puede contratar APP. Esta limitación se estableció en una sentencia de la Suprema Corte Federal debido a que dicha contratación violaría el principio de la división de poderes. Un proyecto que sea de interés del Poder Judicial estaría sometido, en este caso, al escrutinio del Poder Ejecutivo.

La legislación federal mexicana prevé que la administración pública federal, fideicomisos públicos no considerados entidades paraestatales, personas de derecho público federal, entidades federativas, municipios y sus entes públicos (en caso de que se utilicen fondos federales), pueden celebrar contratos de APP. Esta definición es

diferente a las existentes en el resto de los países porque sus entidades paraestatales no pueden contratar APP.

En Costa Rica y El Salvador, la limitación es más amplia. Las APP únicamente pueden ser utilizadas por el Poder Ejecutivo y las compañías propiedad del estado, en los gobiernos locales o federales.

La facultad para contratar APP es distinta en cada país dependiendo de sus antecedentes en la concesión de servicios e infraestructura y sus particularidades, así como la organización de la Administración Pública. Algunos países no facultan expresamente a los gobiernos locales o regionales a contratar APP. Esto depende especialmente de la organización del país y si el país adopta o no el federalismo. En caso de hacerlo, los estados mantienen su autonomía y, por lo tanto, tienen la posibilidad de contratar APP.

Asimismo, en países pequeños, no tiene sentido que los gobiernos locales contraten APP. Por otro lado, en países como Brasil y Argentina que tienen extensos territorios, es esencial que los gobiernos locales tengan autonomía.

---

<sup>4</sup> La legislación de Trinidad y Tobago también faculta a los ministerios a contratar APP. La Sección 2 de la política de APP establece: "La agencia gubernamental puede ser un Ministerio, Una Empresa Estatal, un Organismo Estatutario o cualquier otra autoridad contratante del Gobierno."

### Recomendaciones

Tener una ley de APP que establezca los principios y que sea consistente con las prácticas adoptadas en el país, buenas prácticas y legislación específica sobre cuestiones regulatorias.

---

La legislación debe prever el concepto de lo que es una APP.

---

La legislación debe establecer la obligación de contar con un organismo público especializado que sea responsable de la promoción y administración del proyecto APP (Unidad de APP). Preferentemente, la unidad debe ser utilizada únicamente para APP, pero dependiendo de la etapa de desarrollo de las inversiones privadas en infraestructura en el país, el organismo puede ser responsable de todos los proyectos. La operación de la unidad de APP puede estar definida en la ley o en otra reglamentación.

---

En caso de ser necesario, especialmente en el caso de un país federalista, la legislación debería permitir la creación de organismos especializados de APP a nivel regional, estatal o municipal.

---

La legislación debe definir claramente qué organismos públicos pueden contratar APP.

## SECTORES Y ACTIVIDADES APLICABLES



## 2 SECTORES Y ACTIVIDADES APLICABLES

### Principales hallazgos de este capítulo:

La legislación local deberá establecer qué sectores y actividades pueden ser objeto de APP y los fines de una APP.

No obstante el gran potencial de las APP en casi todos los sectores, las APP han sido utilizadas principalmente en el sector de la transportación y en el sector del manejo de aguas y residuos sólidos.


Las APP son un modelo alternativo para desarrollar proyectos de infraestructura. Históricamente, la Administración Pública ha provisto todos los servicios y obras de infraestructura, pero debido a la necesidad de mayores inversiones, muchos gobiernos han comenzado a buscar alternativas de inversión, especialmente mediante la búsqueda de apoyo en el sector privado.<sup>1</sup>

Conforme aumenta la demanda para la prestación de servicios públicos adecuados, particularmente debido al crecimiento de la población, muchos países están recurriendo a las APP como alternativa. Aunque no todos los proyectos son adecuados para las APP, existe una serie de actividades y sectores para los cuales las APP son la mejor solución, debido a que pueden introducir innovación y tecnología en la infraestructura.

La legislación local debe establecer qué sectores y actividades pueden ser objeto de las APP para dar seguridad y crear ambientes más atractivos para los inversionistas. Además, existe una mayor posibilidad de que las partes del sector privado interesadas presenten estudios si saben qué oportunidades existen para las APP.

---

<sup>1</sup> Existen dos tipos principales de infraestructura pública: económica y social. La infraestructura económica es infraestructura que hace posible la actividad comercial, como las comunicaciones y la transportación (para pasajeros y de carga) así como las redes de servicios y sistemas y plantas como en el caso de agua, desechos y sistemas de suministro de energía. La infraestructura social consiste en instalaciones que albergan a servidores públicos/funcionarios o albergan la prestación de servicios sociales, especialmente en el tema de salud, educación, seguridad/cárceles, tribunales/justicia y vivienda social.



Las APP pueden ser utilizadas para proyectos de nueva creación o proyectos existentes. Los proyectos de nueva creación son aquellos que comienzan sin obras o infraestructura existente, incluyen la construcción de infraestructura, explotación, operación y mantenimiento bajo la responsabilidad del sector privado. Los proyectos existentes comienzan a partir de infraestructura existente y la modifican o modernizan, incorporando también actividades de explotación, operación y mantenimiento bajo la responsabilidad del sector privado.

Algunos países cuya legislación hemos revisado (Ecuador y Panamá) no tienen ninguna restricción respecto de las actividades o sectores en los que se pueden utilizar las APP. Otros países<sup>2</sup> limitan el uso de APP a servicios u obras de infraestructura o activos y servicios públicos. En un sentido diametralmente opuesto, Guatemala únicamente permite el uso de APP para transportación y energía.

En Brasil y Perú, no se pueden utilizar APP si su único propósito es:

- proveer mano de obra;
- proveer o instalar equipo;
- ejecutar obras públicas, explotar o mantener activos que sean propiedad del gobierno.

La Administración Pública podrá contratar a una parte del sector privado para realizar estas actividades, pero sin usar una APP. Brasil también establece un valor de inversión mínimo para las APP y establece que la regulación, jurisdicción y el poder político no pueden ser objeto de un con-

trato de APP, ya que estas son actividades públicas por naturaleza.

Similarmente, la legislación uruguaya establece que los contratos de APP no son aplicables a:

- la enseñanza en escuelas;
- servicios de sanitización en centros de salud;
- servicios de seguridad, sanitización y resocialización en prisiones.

El Salvador prohíbe el uso de APP para servicios de salud, seguridad social, seguridad pública, sistema carcelario, agua y educación.


Finalmente, la legislación costarricense provee que los servicios de telecomunicaciones y los servicios de energía y salud no estarán sujetos a las APP.

La mayoría de las limitaciones relativas a las APP se refieren a la provisión de servicios públicos específicos, como son la enseñanza en escuelas, servicios de seguridad y salud. En estos países, dichas actividades son típicamente públicas y tradicionalmente llevadas a cabo por la Autoridad Pública.

Aunque existe una serie de actividades que se encuentran sujetas a las APP, en América Latina y la Región del Caribe, este mecanismo es normalmente utilizado para transportación, particularmente para caminos, puertos, ferrocarriles, transportación urbana y aeropuertos.

---

<sup>2</sup> Chile, Jamaica, Colombia, Trinidad y Tobago, México y Nicaragua.



Esto se debe a la arraigada tradición de la inversión privada en los proyectos de transportación, con muchos ejemplos de transportación ferroviaria, túneles y puentes financiados por una combinación de financiamiento público y privado, no solo en estas regiones sino a nivel mundial.

Las APP bien elaboradas y estructuradas son una vía que los gobiernos en los países en desarrollo utilizan para enfrentar sus retos en materia de transportación crítica. La transportación es un impulsor clave del desarrollo económico y social, provee oportunidades a los más necesitados y permite que las economías sean más competitivas. La infraestructura de transporte conecta a las personas con sus trabajos, la educación y servicios de salud, y es clave para el suministro de bienes y servicios en todo el mundo. La modernización de puertos, aeropuertos, caminos, vías ferroviarias y sistemas de transportación urbana es esencial para el desarrollo. La experiencia ha demostrado que el capital privado, la experiencia y la disciplina comercial pueden constituir una diferencia mensurable en la provisión de servicios de transportación crítica.

Otro sector que es considerado como lo suficientemente desarrollado para incluir la participación de los inversionistas privados es el agua y el manejo de desechos sólidos.<sup>3</sup> El crecimiento de la población ocasiona que los servicios de agua luchen por mantenerse al nivel de la constante urbanización. La cobertura del servicio en áreas urbanas en muchos países de bajos y medianos ingresos ha ido decayendo en los últimos años y las compañías de servicios se ven incapaces de mantener el ritmo del cre-

cimiento poblacional. Por este motivo existe una gran oportunidad para el desarrollo de nuevos proyectos de APP en este sector.

La falta de tratamiento de aguas residuales y de instalaciones adecuadas para su sanitización afectan significativamente el ambiente urbano y la salud de los ciudadanos. Muchos países también enfrentan el grave problema de la falta de disponibilidad de agua. Las APP en este sector pueden dar lugar a mejoras en la eficiencia operativa y calidad en el servicio, reduciendo pérdidas, incrementando la productividad laboral y mejorando la cobranza de las cuentas al movilizar el capital privado.

Aunque los servicios de salud no están sujetos a las APP en muchos países, existen proyectos exitosos de APP para hospitales. En Perú, las APP proveen servicios auxiliares y no propiamente asistencia médica, en Brasil y en otros países, proveen servicios auxiliares y médicos.

Estas son solamente algunas posibilidades para las APP que son comúnmente utilizadas en América Latina y el Caribe. Existe un gran potencial para la creación de nuevos proyectos y prácticamente todos los sectores, con algunas excepciones, están autorizados para tener APP.

---

<sup>3</sup> En El Salvador no es posible tener una APP en los sectores del agua.



### Recomendaciones

La legislación debe establecer expresamente las actividades y sectores que no pueden ser objeto de un proyecto APP o aclarar en qué actividades y sectores sí es posible tenerlas. Esta medida da una mayor seguridad a los inversionistas.

---

Aunque se trata de una elección política, recomendamos que la legislación no contenga una restricción a priori de las actividades y sectores, sino que establezca un mecanismo claro que permita que la autoridad correspondiente decida si contrata o no la participación de una APP.



## **SUPERVISIÓN Y REGULACIÓN DE LA APP**





# 3 SUPERVISIÓN Y REGULACIÓN DE LA APP

## Principales hallazgos de este capítulo:

La supervisión y la regulación son dos de las actividades más importantes relacionadas con la ejecución de una APP. Generalmente, las autoridades contratantes, agencias regulatorias, organismos específicos o terceros independientes llevan a cabo estas actividades.

Existen muchas maneras de supervisar la ejecución de una APP: estableciendo un equipo de administración de la APP; disposiciones específicas del contrato relacionadas con la supervisión; aplicación de sanciones por el incumplimiento de los programas y desempeños; presentación de reportes periódicos y/o evaluación del desempeño a través de KPI establecidos.

Supervisar la ejecución del proyecto no es solo una responsabilidad, sino también un deber de la Administración Pública, debido a que las APP delegan una obra y/o servicio público. El interés público y la correcta ejecución deben ser garantizados durante el proyecto.

Además, debido a que la infraestructura normalmente se encuentra relacionada con un sector específico, las cuestiones relacionadas con la regulación de este sector afectan directamente la ejecución del proyecto, especialmente la tarifa (en caso de ser aplicable) y los estándares de desempeño. En caso de que el regulador no maneje correctamente estas cuestiones, puede debilitar todo el proyecto.

En este capítulo, hablaremos acerca de la supervisión y regulación de los proyectos de APP. Consideramos que la regulación debe incluir cuestiones relativas al sector y regulación de precios; por su parte, la supervisión deberá cubrir el papel de la administración del contrato.

La supervisión y regulación del proyecto varía en cada país. Sin embargo, existen algunas prácticas que son comúnmente utilizadas.

La supervisión de las APP se refiere a la verificación de que la entidad privada cumpla con las obligaciones previstas en el contrato. Esto puede ser hecho por parte de la autoridad contratante, por un organismo específico o incluso por un tercero independiente.

En algunos países, tales como Ecuador y Perú, los contratos deben tener disposiciones específicas acerca de las funciones y obligaciones de los administradores del contrato y de aquellos que ejercerán la supervisión o control del mismo.

La legislación uruguaya determina que cada autoridad contratante tenga que establecer un equipo de administración de APP para asesorar y supervisar todo el proyecto, desde la licitación hasta su terminación. La

misma idea se establece en Chile, Guatemala, El Salvador, Paraguay, Argentina, Nicaragua y Jamaica.<sup>1</sup> El equipo de administración<sup>2</sup> puede estar conformado por una o más personas que también serán responsables de aplicar sanciones a la parte del sector privado cuando sea necesario.<sup>3</sup>

Estas sanciones serán detalladas más adelante, debido a que constituyen una prerrogativa de la Autoridad Pública y podrán ser aplicadas durante las fases de construcción u operación.

La legislación paraguaya también permite que el Contralor General de la República y el Consejo de Compañías Públicas y otras autoridades supervisen los proyectos de APP.

La autoridad contratante supervisa la ejecución de la APP y las agencias regulatorias también pueden supervisar y regular las APP que se encuentran bajo sus facultades. Es importante que cualquier actividad de supervisión sea llevada a cabo de conformidad con los criterios previstos en el contrato o en la legislación del sector.

En Guatemala, el Consejo de Supervisión (equipo de administración) también está a cargo de los mecanismos de autoregulación de la parte del sector privado en el contrato.



PREVISTO EN LA LEGISLACIÓN ■  
NO PREVISTO ■  
NO PREVISTO PERO COMÚN ■

<sup>1</sup> Aún cuando la legislación no lo establece expresamente, en Brasil se acostumbra tener un equipo de administración de la APP.

<sup>2</sup> La terminología puede variar de país en país.

<sup>3</sup> La legislación mexicana establece que la falta de cumplimiento de las obligaciones previstas en el convenio de APP resultará en la aplicación de las sanciones previstas en el convenio, las que podrán incluir deducciones a la contraprestación pagada al desarrollador.



Otro mecanismo es la presentación periódica de reportes, por parte de la autoridad contratante, acerca de la ejecución del contrato. Estos reportes pueden ser auditados por una Corte de Auditores, por el Ministerio de Finanzas o por la propia Unidad de APP, dependiendo del país. El socio privado también puede tener la obligación de proveer información de tiempo en tiempo acerca del cumplimiento del proyecto y presentar sus hojas de balance auditadas.

Las legislaciones de Chile, Costa Rica y Uruguay prevén un sistema para dar seguimiento al progreso y cumplimiento de las obras de construcción. El organismo responsable de supervisar el proyecto recibe información periódica acerca de la ejecución del proyecto. Normalmente, esto se realiza mensualmente.

La legislación peruana señala que los contratos de APP deben establecer obligaciones para que el inversionista permita el ejercicio de las actividades supervisoras, y obligaciones para que el supervisor privado se relacione principalmente con la supervisión de los niveles de servicio.


La presentación de reportes permite que el proceso de supervisión sea más consistente con la realidad y cuente con documentación sobre la ejecución del contrato y el control sobre si los organismos lo están supervisando adecuadamente.

Otro mecanismo de supervisión es que la remuneración por parte de la parte pública esté vinculada a su desempeño, de conformidad con los objetivos y estándares de calidad definidos en el contrato. Esto normalmente es analizado por el organismo responsable de la supervisión.


Sin embargo, un contrato de APP puede establecer que un verificador independiente participe en el análisis del cumplimiento de los estándares de desempeño. En este caso, se trata de un tercero independiente que tiene el papel de evaluar el desempeño de la entidad privada a través de indicadores clave de desempeño preestablecidos (KPI). El verificador independiente supervisará la ejecución del contrato para, entre otras obligaciones, dar fe sobre la calidad de los servicios y si los mismos se han realizado conforme se habían contratado.

El Verificador Independiente también evalúa los indicadores de calidad y desempeño relacionados con los servicios prestados por el socio privado, lo que hace posible determinar el valor de la contraprestación pecuniaria a ser pagada a la entidad privada de conformidad con los criterios de calidad contractualmente requeridos, cuando la legislación así lo establezca. Este es el caso de la ley de APP brasileña, por ejemplo. En otros países como México, los funcionarios federales de APP de la entidad contratante deben revisar el cumplimiento de los KPI o pueden contratar a un tercero para la supervisión y control del proyecto.

Los indicadores deben ser estables con el paso del tiempo y no deben estar sujetos a variaciones tecnológicas relevantes. Los indicadores adecuados evitan o reducen los conflictos sobre la provisión adecuada de los servicios, haciendo claro que la calidad del servicio y la posible reducción o la ausencia de pago de la contraprestación pública están relacionados entre sí. Los indicadores mal definidos, por otro lado, causan dificultades de inspección y pueden generar costos para el gobierno. Esto ayuda a controlar el gasto y mitigar los riesgos para la Administración Pública, al mismo tiempo que fortalece la transparencia.



La legislación paraguaya también establece que la Hacienda Pública debe contratar una auditoría independiente cada 4 años para evaluar el proyecto. Esta es una forma de lidiar con los posibles cambios que pudieran ocurrir durante la ejecución del contrato.<sup>4</sup>



Generalmente, las cuestiones regulatorias no son estipuladas en la legislación de APP de los países analizados. Normalmente, estos temas son abordados en el contrato o por el organismo responsable del sector.

La legislación de Costa Rica, por ejemplo, prevé que la oficina técnica y la autoridad reguladora de los servicios públicos (sectores regulados) son responsables de toda la supervisión del proyecto de APP. Por otro lado, la legislación de APP de algunos países habla de la existencia de una Corte de Auditores que tiene control sobre las APP: Brasil, Uruguay y Honduras.

El marco jurídico de APP en El Salvador establece que no solo las agencias regulan e inspeccionan sectores específicos de la economía. También existe un organismo (Organismo Fiscalizador de Asociados Público-Privados) responsable de supervisar y regular los contratos de APP, incluyendo la inspección del nivel de servicio, el régimen tarifario, los derechos de los usuarios y el cumplimiento de la convocatoria pública y el contrato. En Nicaragua y Panamá, un organismo público es responsable de ambas actividades. En otros países como Perú, existe un marco jurídico específico aplicable a los organismos regulatorios de las inversiones privadas en servicios públicos.

No existe una estandarización con respecto a la regulación de los contratos de APP, lo cual se pudiera hacer de muchas maneras. No obstante ello, es clave que la legislación establezca un organismo competente para hacerlo. En caso de que se trate de un sector regulado, cuando menos la agencia responsable deberá tener la facultad de llevarlo a cabo.

Los marcos jurídicos de Costa Rica y Brasil establecen que la entidad privada debe pagar la inspección y control a la oficina técnica. Esto pudiera ayudar a asegurar que la regulación y supervisión del contrato se harán adecuadamente. Esta es una garantía no solo para la Administración Pública, sino también para la parte del sector privado.

También es importante que existan supervisores específicos para cada contrato, de tal manera que la supervisión se realice de forma personalizada y logre los mejores resultados posibles.

---

<sup>4</sup> Se hablará de estos cambios con más detalle en otros capítulos.

#### Recomendaciones

##### Supervisión

La legislación debe determinar que la supervisión y monitoreo de APP sean llevados a cabo por un organismo público capaz de hacerlo (es decir, una agencia regulatoria); el contrato también podría definirlo.

---

La legislación debe establecer que cada APP tenga un organismo específico responsable de supervisar el contrato. La legislación también debería establecer los procedimientos y facultades que tendrá el inspector.

---

La legislación debe prever que el contrato defina expresamente los estándares de desempeño con los que deberá cumplir la parte del sector privado.

---

La contratación de un verificador independiente para supervisar el cumplimiento del plan de diseño, construcción, operación y mantenimiento y los estándares de desempeño podría dar lugar a una mejor ejecución del proyecto. La legislación local podría incluir esta posibilidad.

---

También es posible que la legislación prevea la designación de un auditor estatal para supervisar el cumplimiento de los KPI. El auditor debe tener facultad para verificar el cumplimiento y ser neutral.

---

##### Regulación

Establecer pagos de impuestos regulatorios por parte de la entidad privada en favor de las agencias regulatorias podría garantizar que el proyecto sea inspeccionado adecuadamente.

---

Es posible que la legislación cree o permita la creación de una agencia regulatoria independiente para los contratos de APP. Esto puede minimizar el riesgo de una política de interferencia del gobierno en el contrato y mantener la regulación del contrato. Sin embargo, es importante recordar que cualquier cambio en las tarifas/impuestos realizado por parte de la agencia regulatoria después de la firma del contrato podría afectar los flujos de efectivo y la solidez financiera del socio privado y del proyecto. El contrato de APP deberá establecer mecanismos para ajustar o mitigar este riesgo.

---

La legislación puede prever que los contratos determinen directrices por parte de la agencia regulatoria para evitar el incumplimiento de los contratos durante las fases operativas.

## MODELACIÓN DE PROYECTOS APP



## 4 MODELACIÓN DE PROYECTOS APP

### Principales hallazgos de este capítulo:

El conocimiento institucional y la comprensión técnica son primordiales para que las agencias públicas y gobiernos diseñen exitosamente convenios contractuales operativos y de largo plazo, obteniendo un buen Valor por Dinero para el sector público.


Las autoridades pueden modelar APP de forma independiente o reuniendo contribuciones del sector privado. En cualquier caso, el establecimiento de una reserva de APP y/o la preparación de los estudios de factibilidad ayudará a la autoridad pública a obtener una adecuada relación calidad-precio (Valor por Dinero).

Los estudios de factibilidad deben incluir aspectos relacionados con la factibilidad financiera y comercial, factibilidad técnica, relación calidad-precio (Valor por Dinero), asequibilidad y evaluación del impacto ambiental y social.

La Administración Pública debe analizar a profundidad todos los pros y contras implicados en el apoyo de las propuestas de iniciativa privada, incluyendo los distintos planteamientos para regularlas y la necesidad de hacerlo. También debe tener la suficiente capacidad técnica y garantizar transparencia y reglas claras a lo largo de todo el proceso.

La razón para utilizar una estructura de APP en lugar de una contratación pública convencional es la propuesta de que una participación óptima en el riesgo con el socio privado genera una mejor relación “entre calidad y precio” (Valor por Dinero) para el sector público y, finalmente, conlleva beneficios para el usuario final. Las estructuras de APP son más complejas que las estructuras de contratación pública convencionales. Requieren una detallada preparación, planeación y estructuración del proyecto, una debida administración de la fase de contratación para incentivar la competencia entre los licitantes. También requieren un cuidadoso diseño del contrato para definir los estándares del servicio, los indicadores clave de desempeño, una distribución eficiente de los riesgos y alcanzar un equilibrio aceptable entre los riesgos comerciales y el rendimiento esperado sobre las inversiones. El diseño de las cláusulas del contrato es clave para el éxito del proyecto de APP.

Seleccionar la opción técnica óptima para el proyecto que maximice la rentabilidad social (la solución técnica que satisfaga sus necesidades de la mejor manera), y realizar la preevaluación sobre la adecuación de una potencial APP para llevar a cabo el proyecto, evita el gasto innecesario de recursos en una evaluación completa y la preparación técnica de proyectos que no valen la pena. Se debe considerar y comparar una serie de opciones, y se deberá elegir la más adecuada de acuerdo con un método de selección.



Antes de tomar una decisión acerca del método de contratación, es necesario tener una noción clara de cuál es la mejor solución técnica para la necesidad pública relevante desde un punto de vista técnico y estratégico. Los costos transaccionales asociados con el desarrollo de la APP normalmente terminan siendo mucho más altos y de una mayor duración que en el caso de la contratación tradicional. Dependiendo del proyecto, un mayor costo de desarrollo pudiera, simplemente, no estar justificado.

Cualquier organismo contratante que se involucre en una APP entenderá rápidamente que necesita un alto grado de experiencia y conocimiento institucional en términos de control de calidad, formulación de políticas, identificación, selección, evaluación, preparación, estructuración, contratación y supervisión de proyectos de APP, y especificaciones técnicas antes de que pueda establecer contratos efectivos de APP de forma exitosa. El organismo público que se involucre en una APP debe tener un entendimiento completo de todos los detalles y la complejidad del esquema con el que se vaya a comprometer. También debe estimar todos los posibles escenarios. Este tipo de pronóstico y análisis no es sencillo, especialmente para agencias con una experiencia limitada. Es común que las agencias públicas y gobiernos no tengan los conocimientos institucionales y el entendimiento técnico necesario para diseñar convenios contractuales operativos de largo plazo.

Las autoridades pueden modelar los proyectos de APP de distintas maneras:

- de forma independiente, utilizando a su propio organismo técnico (las autoridades locales también se pueden agrupar con alguna organización

internacional, promover una asociación con el Banco Interamericano (IDB) o el Banco Mundial, por ejemplo, lo que les ayudaría a obtener estudios y otros documentos para lanzar el proyecto); o

- captando contribuciones del sector privado.

La legislación hondureña determina que las iniciativas de APP que se originen del sector público deben ser acompañadas de estudios prefactibilidad, que incluyen un análisis costo-beneficio y posibles esquemas de financiamiento. También deben ser incluidas o deben ser compatibles con las prioridades de desarrollo nacionales y locales, según sea el caso.

En algunos países, la legislación local establece una reserva de proyectos de APP (lista de prioridades para proyectos autorizados) que debe ser actualizada con los proyectos que puedan ser objeto de una APP.<sup>1</sup> En algunos de ellos, la Administración Pública debe publicarla anualmente; en otros, existe un período específico para hacerlo y en otros más, puede hacerse cuando sea necesario. En Perú, por ejemplo, cada Ministerio y gobierno local debe identificar los proyectos que consideran que son de interés nacional para llevar a cabo la contratación correspondiente.

Tener esta reserva de proyectos ayuda a la Administración Pública a organizar sus prioridades con respecto a las inversiones en infraestructura y puede estimular la presentación de estudios y propuestas por parte de las partes del sector privado.

---

<sup>1</sup> En Honduras, la evaluación de factibilidad debe ser realizada antes de que los proyectos sean incorporados en el Sistema Nacional de Inversión Pública bajo modelos de APP.



## 4 MODELACIÓN DE PROYECTOS APP

Es importante contar con estudios de factibilidad que determinen si el proyecto es conveniente y sostenible. En Nicaragua, estos estudios son elaborados por la autoridad contratante.

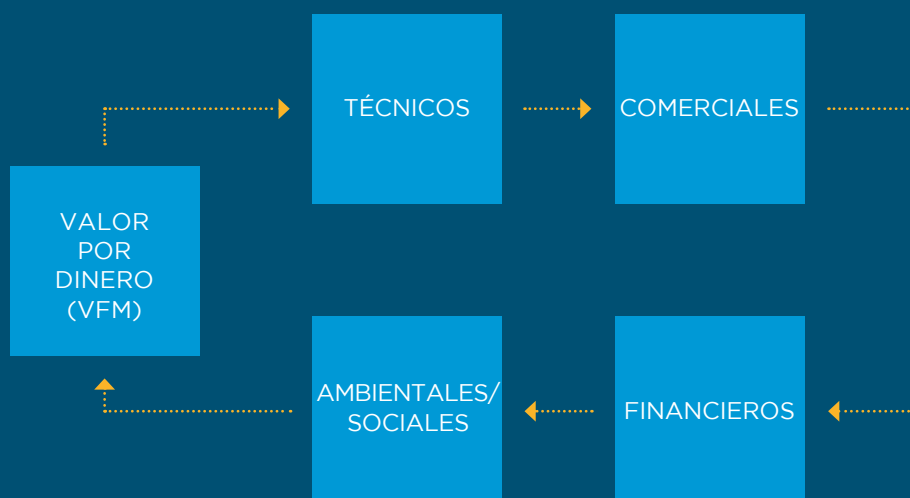
En algunos países como Costa Rica, todos los proyectos iniciados por un organismo público deben pasar por una serie de acciones preparatorias que implican:

- estudios generales;
- estudios preliminares, y
- estudios de factibilidad.

Después de que los estudios son elaborados, el proyecto es enviado a la autoridad regulatoria de los servicios públicos para que se establezcan las tarifas y los ajustes periódicos.

En Uruguay, las autoridades tienen un período fijo para presentar los estudios de factibilidad que justifiquen el proyecto de APP frente al Ministerio de Finanzas. Dichos estudios también deben ser entregados a la Oficina de Planeación y deben incluir el valor por dinero y los impactos técnico, jurídico, financiero y económico/social.

Es posible designar asesores independientes que auxilien a la autoridad contratante en relación con dichos estudios. La autoridad contratante puede necesitar, en esta etapa temprana, contratar los servicios de expertos o asesores independientes para establecer los criterios adecuados de calificación y evaluación, definir los indicadores de desempeño (y, de ser necesario, las especificaciones del proyecto) y preparar la documentación a ser expedida para los licitantes.





En México, la participación del Agente (parte pública) consiste en asesorar, preparar proyectos y propuestas y proveer apoyo logístico, técnico o de cualquier otro tipo que ayude a llevar a cabo el procedimiento de contratación. Los servicios del Agente pueden incluir la realización de talleres financieros, jurídicos y técnicos y cualquier otra actividad que permita la mejor diseminación del proyecto, así como coordinar las sesiones públicas para recibir y abrir dichas propuestas.

Independientemente de los estudios que se elaboren por un organismo público o una entidad privada, los estudios de factibilidad normalmente cubren los siguientes aspectos:

- **Factibilidad financiera y comercial/modelo de negocios.** Es esencial establecer la necesidad de los resultados generados por el proyecto y evaluar y pronosticar estas necesidades sobre la vida operativa propuesta del proyecto, incluyendo la demanda esperada (por ejemplo, el pronóstico del tráfico con respecto a la construcción de caminos) y precios (por ejemplo, cuotas). Esto se relaciona con la factibilidad financiera. La legislación federal de APP de México establece que el análisis de la viabilidad del proyecto toma en consideración supuestos económicos y financieros razonables; flujos de ingreso y gasto del proyecto durante su período y una adecuada distribución de los riesgos entre el sector público y el sector privado durante las etapas de diseño, construcción, operación y mantenimiento de la propuesta del proyecto.
- **Factibilidad técnica.** Es necesario demostrar la adecuación de la tecnología propuesta, incluyendo al equipo y los procesos, para las condiciones nacionales, locales y ambientales, el nivel de desempeño y la adecuación de los métodos y programas de construcción. Este estudio también define la organización, métodos y procedimientos propuestos para operar y mantener las instalaciones terminadas.
- **Relación calidad - precio (Valor por Dinero) y asequibilidad.** El impacto fiscal de los proyectos de APP debe ser bien comprendido, los compromisos de pago del gobierno deben ser asequibles y el nivel de riesgo fiscal debe ser aceptable. Las APP deben ser transparentemente identificadas, desarrolladas, dotadas de fondos y administradas. Es importante analizar si realmente una APP es la mejor opción para la Administración Pública. El análisis de la Relación Calidad - Precio (VFM) es, en este momento, el enfoque de evaluación más común (y popular) utilizado para comparar una contratación que provenga de una APP frente a una contratación tradicional. Este es un enfoque que intenta estimar/maximizar todos los beneficios (mensurables y no mensurables, en la medida de lo posible) para el sector público asociado involucrado en un modelo de asociación específica con el sector privado. El mejor valor se determina a través de un cuidadoso análisis de los costos agregados de la APP que incluye factores como los riesgos generales, calidad del proyecto, tiempos y costos del ciclo de vida. Un análisis riguroso de la relación calidad-precio normalmente pudiera revelar, con un cierto grado de exactitud, si una APP es o no la mejor opción para la contratación de un proyecto determinado.



este enfoque es que, si se hace correctamente, puede proporcionar una comparación muy detallada de las distintas opciones de contratación. También le da la oportunidad a los socios públicos y privados de evaluar genuinamente el grado de riesgo al que se están exponiendo.

- **Impacto ambiental y social.** Este estudio deberá identificar los posibles efectos negativos o adversos en el medio ambiente como consecuencia del proyecto e indicar las medidas correctivas que necesitan tomarse para garantizar el cumplimiento de los estándares ambientales aplicables. Dicho estudio deberá considerar, en su caso, los estándares ambientales relevantes de las instituciones financieras internacionales y de las autoridades nacionales, provinciales y locales. En algunos países, la legislación también establece que se considere el impacto social.

Es extremadamente importante que se consideren los riesgos involucrados en el proyecto y los mecanismos de mitigación. La autoridad contratante pretende formular criterios de calificación y evaluación que den el peso necesario a la necesidad de garantizar que exista una provisión continua y, en su caso, acceso universal al servicio público. Más aún, considerando la duración usualmente larga de las concesiones de infraestructura y/o de los contratos de APP, la autoridad contratante necesitará quedar satisfecha con la solvencia y aceptabilidad de los esquemas propuestos para la fase operacional y deberá sopesar cuidadosamente los elementos de servicio de las propuestas.

Después de su elaboración, los estudios serán analizados por la autoridad competente que decidirá si el proyecto será o no contratado. En algunos países, existe un procedimiento para la aprobación (accesos) antes de que el contrato del proyecto de APP pueda ser ofertado o adjudicado. La legislación brasileña, por ejemplo, establece que para que un proyecto de APP pueda ser publicado, el mismo deberá incluir los siguientes elementos:

- autorización de un organismo competente, con base en un estudio técnico;<sup>2</sup>
- una estimación del impacto en el presupuesto para la duración del contrato;
- una declaración del director de gasto en la que establezca que las obligaciones asumidas por el Gobierno por la duración del contrato son compatibles con la ley de disposiciones presupuestarias;
- un estimado del flujo de fondos públicos que sea suficiente para cumplir, por la duración del contrato y por año fiscal, con las obligaciones contratadas por el Gobierno; el alcance debe ser previsto en el plan multianual vigente con el que se relacione el contrato;

---

<sup>2</sup> Esto también se establece en la legislación de Nicaragua.

## 4 MODELACIÓN DE PROYECTOS APP

- la presentación de la propuesta de convocatoria de licitación y el acuerdo para la consulta pública a través de su publicación en la prensa oficial, en periódicos de amplia circulación y electrónicamente, la cual deberá informar la justificación para contratar, la identificación de su propósito, el plazo del contrato, el monto contractual estimado, dando cuando menos 30 días para recibir sugerencias y el plazo deberá determinarse cuando menos 7 días antes de la fecha establecida para la publicación de la convocatoria de la licitación;
- licencia ambiental previa o la promulgación de disposiciones relativas al licenciamiento ambiental del compromiso, en la forma de reglamentos, cuando lo requiera el objeto del contrato.



En algunos países, tales como Perú, la versión final de la propuesta de contrato de APP requiere la opinión favorable del Ministerio, Gobierno Regional y/o Gobierno Local, de la autoridad regulatoria correspondiente, la Oficina de la Contraloría General y el Ministerio de Economía y Finanzas, antes de su adjudicación y ejecución. Esto asegura que todas las autoridades involucradas en el proyecto de APP estén conscientes de sus obligaciones.

*Los estudios de factibilidad son la base de la fase de estructuración en la que se diseñarán los documentos de la licitación y la propuesta del contrato. Es importante que estos documentos cubran, según sea el caso, los conceptos que normalmente se incluyen al solicitar documentos o en las solicitudes de propuestas para la contratación de bienes, construcción y servicios. Es particularmente importante que los criterios a ser utilizados por la autoridad contratante para decidir cuál es la mejor propuesta sean revelados, así como la ponderación relativa de dichos criterios.*



Las partes del sector privado pueden participar en el proceso de modelación de la APP. Esto puede hacerse mediante propuestas de iniciativa privada o propuestas no solicitadas (cuando no existe un procedimiento de selección abierto) o propuestas solicitadas. Esto no se encuentra regulado en todos los países que analizamos, pero en la mayoría de ellos sí lo está.

Las autoridades públicas en ocasiones son abordadas directamente por compañías privadas que presentan propuestas para desarrollar proyectos con respecto a los cuales no existe un procedimiento de selección abierto. Las propuestas de iniciativa privada pueden derivar de la identificación, por parte del sector privado, de alguna infraestructura que necesite ser realizada mediante un proyecto con financiamiento privado – de ahí la importancia de una reserva de proyectos. También puede implicar propuestas novedosas para la administración de la infraestructura. En algunos países, no es posible presentar un estudio privado si el proyecto se encuentra en la reserva (por ejemplo, en Honduras).

Generalmente no se pagan cuotas o derechos por la presentación de una propuesta de iniciativa privada (excepto por los costos de los estudios, los cuales deben ser pagados por la parte del sector privado). Sin embargo, en Uruguay, se requiere una fianza de licitación para poder presentar una propuesta de iniciativa privada.

El costo de formular propuestas respecto de proyectos de gran infraestructura pudiera ser diferente para las compañías involucradas dependiendo de su capacidad de cumplir con las propuestas presentadas por los licitantes competidores. En contraste, el sector privado puede considerar que las reglas que permiten que una autoridad contratante negocie las propuestas directamente con sus autores son un incentivo para la presentación de propuestas de iniciativa privada. La autoridad contratante, por su parte, pudiera tener interés en mantener negociaciones de forma directa para estimular que el sector privado formule propuestas innovadoras para el desarrollo de la infraestructura.

Pero este beneficio necesita ser ponderado frente al costo oportunidad de no tener la tensión competitiva para la fijación de precios que ocurre en el procedimiento de contratación tradicional. Permitir una negociación directa también puede crear un ambiente que dé lugar a prácticas de corrupción.

En México, la Autoridad Pública puede publicar propuestas para proyectos de APP que estarían dispuestos a recibir. En Nicaragua, el Sistema Nacional de Inversiones Públicas hace una convocatoria anual para la presentación de propuestas de iniciativa privada, las cuales deberán ser acompañadas por el estudio de prefactibilidad correspondiente. Las propuestas de iniciativa privada son enviadas para su evaluación a la autoridad pública correspondiente, quien debe emitir una opinión con respecto al interés nacional. Si alguna propuesta es aprobada, será considerada como transmitida a la autoridad pública correspondiente y se convocará a una licitación en un plazo que no exceda de dos años.

La presentación de estudios realizados por el sector privado puede ser dividida en las fases de prefactibilidad y factibilidad. En la primera fase, el socio privado describe el proyecto, incluyendo la información general – como el diseño, estudios de demanda, costo estimado, ingresos y recursos.

La idea del proyecto, conteniendo la información suficiente para permitir que la autoridad contratante realice una primera evaluación sobre si se cumplen o no las condiciones para manejar propuestas de iniciativa privada, particularmente si el proyecto propuesto es o no de interés público, se presenta a la autoridad gubernamental.

El organismo competente necesita decidir si la propuesta es interesante y viable dentro de un período de tiempo determinado. La propuesta inicial puede incluir, por ejemplo: una declaración sobre la experiencia previa del autor y su posición financiera; una descripción del proyecto; detalles acerca del sitio y una descripción del servicio y de las obras.

Después de una examinación preliminar, la autoridad contratante puede rechazar o aceptar la propuesta, en cuyo caso el socio privado podrá continuar con sus estudios (fase de factibilidad). Esto deberá hacerse en el menor tiempo posible. En caso de que la idea del proyecto sea aceptada, se deberá invitar a la compañía a que presente una propuesta formal. En Brasil y El Salvador, por ejemplo, después de la primera evaluación, la Administración Pública publica una invitación a presentar estudios, y cualquier parte interesada también podrá presentar sus estudios para modelar el proyecto con la finalidad de mejorar el estudio presentado. De cualquier forma, las compañías interesadas deben cumplir con los requerimientos previstos en la invitación para presentar los estudios. Es común que se requiera que las compañías interesadas presenten una autorización en la que ellos declaren bajo protesta sus cualidades y experiencia y demuestren su programa de trabajo para presentar sus estudios.





En Perú, en caso de que no hubiera otras partes interesadas antes del período previsto en la invitación para presentar los estudios, será posible realizar una adjudicación directa – debemos resaltar que la adjudicación directa pudiera no ser el mejor modelo de adjudicación de proyectos y su adopción deberá ser adecuadamente estudiada y justificada.

La legislación de Ecuador prevé que en proyectos iniciados por el sector privado, en adición a los requerimientos establecidos, la convocatoria puede contener:

- el monto de reembolso mínimo a ser pagado al proponente privado que no sea adjudicado con el proyecto (no menos del costo de los estudios llevados a cabo para preparar y estructurar el proyecto);
- un bono adicional por la calificación de la Oferta Económica del Licitante, lo cual implica agregar un porcentaje al proceso de calificación, dependiendo del monto de la inversión inicial en el proyecto;
- el derecho del proponente privado a mejorar la oferta cuando se hayan presentado otras propuestas en la licitación pública; y
- el derecho de los proponentes privados de solicitar una respuesta de la Unidad de APP, en caso de que la entidad pública delegante no emitiera una decisión dentro de un período de tiempo determinado, según lo establezca el procedimiento de aprobación de proyectos iniciado por las partes públicas o privadas.

En la fase de factibilidad, la parte del sector privado debe describir el modelo financiero del proyecto, las fases, la duración y la evaluación del riesgo, entre otros detalles. Los estudios presentados en la fase de factibilidad deben tratar los mismos temas de los estudios de la Administración Pública.

Cuando toda la información requerida es proporcionada por los participantes, la autoridad contratante debe decidir, dentro del menor período de tiempo posible, si tiene la intención de desarrollar el proyecto y, en ese caso, qué procedimiento se utilizará. En caso de que la autoridad pública apruebe el proyecto, se reembolsará a las compañías privadas los costos de los estudios, en caso de que sus estudios fueran seleccionados por las autoridades y siempre y cuando el proyecto privado se presente en licitación pública.<sup>3</sup> En caso de un proceso de licitación exitoso, la parte a ser adjudicada con el proyecto paga los estudios.<sup>4</sup> En algunos países, este valor ya se encuentra definido en la legislación. También es posible que la parte del sector privado subsecuentemente tenga algunos beneficios en la contratación del proyecto, como se establece en la legislación de Chile.

<sup>3</sup> Además, en Ecuador, entre otros países, el reembolso únicamente será exigible si la parte del sector privado no gana la licitación.

<sup>4</sup> Esto se debe establecer en las bases de la licitación y en el convenio de APP, de conformidad con lo previsto en la legislación de Costa Rica.





En Uruguay, las compañías y entidades que pertenezcan al mismo grupo económico que asesore a las autoridades contratantes durante la modelación del proyecto de APP, no podrán participar en la licitación.

En Jamaica, las propuestas de iniciativa privada siguen un procedimiento diferente. La parte del sector privado debe proveer un Modelo de Negocio completo. En caso de que el proyecto se encuentre en la reserva, la Unidad de APP moverá el proyecto a la lista de prioridades y después desarrollará y adquirirá el proyecto bajo el proceso estándar de APP. En caso de que el proyecto no se encuentre en la Lista de APP, la unidad de APP revisará si cumple con los criterios de APP (factibilidad, mejor valor por dinero (VFM), rentabilidad y responsabilidad fiscal y asequibilidad).

En caso de que la propuesta no cumpla con los criterios, la unidad de APP rechazará el proyecto. Sin embargo, las ideas contenidas en la propuesta de iniciativa privada se pueden incorporar al diseño de otros proyectos, si existiera la posibilidad de que promuevan la mejor relación calidad – precio (Valor por Dinero). En caso de que la propuesta cumpla con los criterios, la Unidad de APP podrá recomendar al Comité Estratégico que el proyecto sea desarrollado por el Proponente utilizando el sistema de contratación de Swiss Challenge.

El sistema Swiss Challenge permite que terceros realicen mejores ofertas (contendidas) para un proyecto durante un período designado con el simple objetivo de desalentar cualquier proyecto frívolo, o para evitar que se establezcan costos exagerados para el desarrollo del proyecto. Posteriormente, el proponente original tendrá el derecho de igualar las ofertas superiores que hubieran sido presentadas por los terceros. El desafío bajo este mecanismo es que los nuevos licitantes son desincentivados a gastar recursos en la licitación cuando el licitante original siempre tendrá el derecho de ver e igualar sus ofertas.

En caso de que la autoridad contratante decida avanzar con el proyecto, dicha autoridad preparará la propuesta de las bases de la licitación y adquirirá la APP.

Aun cuando las propuestas de iniciativa privada solicitadas pudieran ser beneficiosas para el proyecto, también tienen grandes desventajas. Las propuestas de iniciativa privada pueden ser afectadas por una percepción de corrupción, fraude y falta de transparencia. También pueden generar una asimetría en la información entre los licitantes y crear un proyecto que sea más rentable que eficiente.

Por esta razón es crucial que la Administración Pública realice un análisis profundo de todos los pros y contras implicados en el apoyo de propuestas de iniciativa privada, incluyendo los distintos enfoques para regular las propuestas de iniciativa privada, y la necesidad de hacerlo. Además, debe tener capacidad técnica suficiente y garantizar la transparencia y las reglas claras en el proceso.

### Recomendaciones

#### Iniciativa Pública

Tener un organismo público especializado (unidad de APP) puede garantizar una mejor modelación de los proyectos de APP de iniciativa pública;

La legislación debe permitir la contratación de consultores privados que demuestren la capacidad técnica para el diseño, preparación y estructuración de una APP para ayudar a la Administración Pública. Debe prever los temas principales relacionados con esta contratación: los procedimientos y condiciones de contratación, la prohibición de participar en el proceso de licitación, la forma de realizar el pago;

Establecer una reserva de proyectos de APP en el país para verificar las prioridades de la Administración Pública;

La legislación debe establecer la necesidad de verificar si la APP es la mejor opción (mejor relación calidad – precio u otro método) y prever cuál es la información principal en la que se deben enfocar los estudios de prefactibilidad y factibilidad (social, comercial, financiera, ambiental).

Es importante que la legislación determine qué organismos de la Administración Pública deben analizar y aprobar los estudios y los proyectos entregados.

#### Iniciativa Privada

Cuando se permita la presentación de propuestas de iniciativa privada, deben existir procesos claros para garantizar que se presenten y procesen únicamente propuestas de calidad.

Existen varios métodos para incentivar la preparación y presentación de propuestas de iniciativa privada que dan lugar a un proceso de contratación transparente y competitivo. Por ejemplo, el proponente inicial de la propuesta de iniciativa privada puede recibir puntos de bonificación en el proceso de licitación, o recibir los beneficios de un mecanismo de Swiss Challenge;

En caso de que la legislación prevea la posibilidad de una adjudicación directa (que no recibirá el beneficio de un proceso de licitación transparente), es importante que especifique las situaciones en las que puede ocurrir, requerimientos de calidad estrictos y claros y las necesidades del gobierno para asegurarse de que tiene la capacidad, las prácticas y el personal necesario para garantizar que está recibiendo la mejor relación calidad-precio, de tal forma que no exista duda sobre las ventajas de dicha contratación por parte de la Administración Pública y que la decisión de hacerlo esté debidamente motivada;

La legislación puede establecer procedimientos para la presentación de propuestas de iniciativa privada y para la invitación a partes del sector privado para la presentación de estudios. Esto incluye el establecimiento de parámetros y fundamentos firmes para el reembolso.

## CONTRATACIÓN DE UN PROYECTO DE APP



# 5 CONTRATACIÓN DE UN PROYECTO DE APP

## Principales hallazgos de este capítulo:

Para lograr que los procesos de licitación sean transparentes, eficientes y confiables, se requiere el establecimiento de procedimientos formales y reglas objetivas y predecibles.

Las convocatorias o solicitudes de propuestas deben ser publicadas con anticipación, de tal forma que los licitantes tengan oportunidad de preparar sus propuestas. Se recomienda que dichas solicitudes sean publicadas con, cuando menos, 90 días de anticipación.

Se deberá requerir que los licitantes demuestren que poseen cualidades profesionales y técnicas, recursos financieros y humanos, equipo y otras instalaciones físicas, capacidad de dirección, confiabilidad y la experiencia necesaria para llevar a cabo el proyecto.

La decisión de tener un procedimiento de una o dos etapas para solicitar propuestas depende de:

- la naturaleza del contrato;
- con cuánta precisión se pueden definir los requerimientos técnicos; y
- si los resultados serán utilizados para seleccionar a la entidad privada.

Los criterios de evaluación técnica están diseñados para facilitar la evaluación de las especificaciones recomendadas, los indicadores y requerimientos técnicos, operativos, ambientales y de viabilidad financiera previstos en las bases de la licitación y presentados en la propuesta.

Cuando la Administración Pública contrata, siempre debe buscar que se cumpla con el interés público. Es esencial que el proceso de licitación garantice no sólo la equidad entre los participantes, sino que garantice principalmente que la Administración Pública tiene ventajas al contratar. En este capítulo, veremos cómo la legislación regula la selección de un socio privado que será responsable de ejecutar la APP.

Aunque no existe un modelo legislativo internacional, las leyes locales normalmente señalan un procedimiento detallado. Este procedimiento no siempre es específico para APP pero lo es, al menos, para la contratación pública. **Todos los países analizados usan un proceso de selección consistente en una licitación competitiva y existen sólo algunas situaciones específicas en las que la parte del sector privado tiene derecho a una adjudicación directa.** En Brasil, por ejemplo, las APP únicamente pueden ser objeto de contratación mediante un procedimiento específico y en Uruguay, existen varios procesos que pueden ser utilizados dependiendo del tipo de proyecto.

## 5 CONTRATACIÓN DE UN PROYECTO DE APP

La legislación de Perú<sup>1</sup> y Ecuador permiten el uso de procesos simplificados basados en los estudios de factibilidad llevados a cabo por la entidad delegante, de conformidad con los reglamentos, ordenanzas, directrices generales o específicas y notas técnicas emitidas por la Unidad de APP, o en Ecuador por el Comité Interinstitucional, con esta finalidad.

Los procedimientos formales y la objetividad y predictibilidad caracterizan a cualquier procedimiento de selección competitivo. Este procedimiento generalmente provee las condiciones óptimas para la competencia, transparencia y eficiencia. La contratación de APP en la mayoría de los casos es un ejercicio complicado que requiere de planeación y coordinación cuidadosa entre las oficinas involucradas. Al garantizar que el soporte administrativo y de personal adecuado se encuentra disponible, la Administración Pública juega un papel esencial en promover la confianza en el proceso de selección.

Para promover la transparencia y la competencia, es recomendable que los procedimientos de licitación sean hechos públicos para que puedan llegar a un público lo suficientemente grande para proveer un nivel efectivo de competencia. La legislación de todos los países determina que la Solicitud de Propuesta y las bases de la licitación sean publicados, normalmente en el Registro Federal u otra publicación oficial, en la que se publique la invitación a los procedimientos de preselección. Para promover la participación de compañías extranjeras y maximizar la competencia, la autoridad contratante también puede publicar las bases en un idioma tradicionalmente utilizado en el comercio<sup>2</sup> internacional en un periódico de amplia circulación internacional o en una publicación comercial relevante o en alguna revista técnica o

profesional de amplia circulación internacional. Otra forma de promover el proyecto es publicar las bases en sitios web internacionales o incluso en sitios web internos, como la página web del gobierno o del otorgante.

En algunos países, la convocatoria de la licitación y las bases de la convocatoria son publicados en el idioma del país y en inglés (por ejemplo) para atraer el interés de los licitantes extranjeros.

No hemos encontrado alguna restricción para la participación de partes extranjeras en las APP. Es importante que el vehículo de propósito especial (SPV)<sup>3</sup> que será constituido para ejecutar el contrato sea establecido en el país sede y bajo sus leyes. La legislación de algunos países, como Argentina o Brasil, pueden dar ciertas ventajas a las compañías locales en las licitaciones.

No obstante ello, las limitaciones impuestas por otra legislación, como las restricciones a las inversiones extranjeras, se deben cumplir en los proyectos de APP. La principal restricción que hemos encontrado se refiere a los sectores de la economía. Todos los países tienen una limitación con respecto a un sector o actividad específica, aun cuando Chile, Colombia y Perú se encuentran entre las economías abiertas.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Este tipo de proceso está diseñado para servicios relacionados con infraestructura y servicios públicos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, así como a las APP que no tienen un componente de inversión.

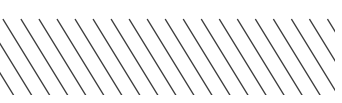
<sup>2</sup> Para América Latina y el Caribe, los documentos deberían estar disponibles en el idioma local y en inglés.

<sup>3</sup> Un vehículo de propósito especial es una persona moral (normalmente una compañía de responsabilidad limitada de algún tipo o, en ocasiones, una sociedad limitada) creada para cumplir con objetivos específicos o temporales.

<sup>4</sup> <http://iab.worldbank.org/-/media/FPDKM/IAB/Documents/Regulating-FDI-in-Latin-America.pdf>



## 5 CONTRATACIÓN DE UN PROYECTO DE APP



Las solicitudes de propuesta deben ser publicadas con anticipación, de tal forma que los licitantes tengan tiempo para preparar sus propuestas. Se recomienda que dichas solicitudes se publiquen con cuando menos 90 días de anticipación, pero no existe un estándar en la legislación. Con el tiempo suficiente para preparar sus propuestas, las partes del sector privado se pueden familiarizar con las particularidades del proyecto y analizar toda la documentación.

Las solicitudes de propuesta también deben contener la información suficiente sobre el objeto y las características principales del proyecto, de forma que los licitantes puedan saber si, y de qué manera pueden participar en los procedimientos de selección. La convocatoria de la licitación debe identificar la infraestructura y debe contener información acerca de otros elementos esenciales del proyecto (como los servicios a ser prestados por parte de la entidad privada), los acuerdos financieros y los términos principales requeridos en el contrato del proyecto.

Generalmente, se requiere que los licitantes demuestren que cuentan con cualidades profesionales y técnicas, financieras y de recursos humanos, equipo y otras instalaciones físicas, capacidad de gestión, confiabilidad y la experiencia necesaria para llevar a cabo el proyecto. Otros criterios adicionales que pudieran ser particularmente relevantes para los proyectos de APP pueden incluir la capacidad de manejar los aspectos financieros del proyecto y la experiencia previa en la operación de infraestructura pública o en la provisión de servicios regulados.

Los requerimientos de cualidades deben cubrir todas las fases de un

proyecto de infraestructura, incluyendo la administración del financiamiento, ingeniería, construcción, operación y mantenimiento (en su caso). Adicionalmente, los licitantes deberán ser requeridos a demostrar que cumplen con las demás calificaciones que normalmente serían aplicables bajo las leyes generales en materia de adquisiciones del país sede. Estos requerimientos deben ser aplicados equitativamente a todos los licitantes.

Considerando la gran escala de la mayoría de los proyectos de infraestructura y la complejidad de las actividades involucradas, las compañías interesadas normalmente participan en los procedimientos de selección a través de consorcios especialmente constituidos con dicho propósito. Al considerar las cualidades técnicas y profesionales de los consorcios licitantes, la autoridad contratante puede considerar la especialización individual de sus miembros y evaluar si las cualidades combinadas de todos los miembros del consorcio son adecuadas para satisfacer las necesidades de todas las fases del proyecto.

En algunos países, se debe presentar una fianza de licitación para garantizar la propuesta presentada. Esto ayuda a evitar la presentación de propuestas frívolas y garantiza que el licitante con las mejores condiciones celebrará el contrato, en caso de que le sea adjudicado.

Algunos países, como Argentina, también prevén algún tipo de tratamiento preferencial a las entidades locales o les otorgan un tratamiento especial a los licitantes que se comprometen a usar bienes nacionales o a emplear mano de obra local.

## 5 CONTRATACIÓN DE UN PROYECTO DE APP

---



Dicho tratamiento preferencial o especial en ocasiones es previsto como un requerimiento de cualidad material (por ejemplo, un porcentaje mínimo de participación nacional en el consorcio) o como una condición para participar en el procedimiento de selección (por ejemplo, para designar a un socio local como el líder del consorcio licitante).

Durante el proceso de contratación, la autoridad contratante debe responder a las solicitudes de aclaración de los licitantes acerca de las bases de preselección. La autoridad contratante debe recibir las solicitudes dentro de un período de tiempo razonable antes del plazo para la presentación de las solicitudes. Esto permite que los licitantes presenten sus solicitudes en el debido tiempo. Las respuestas a las solicitudes que pudiera esperarse que sean del interés de los demás licitantes deberán ser comunicadas a todos los licitantes a los que la autoridad contratante proporcionó las bases de preselección.

La decisión entre tener un procedimiento de una o dos etapas para solicitar propuestas depende de:

- la naturaleza del contrato;
- con qué precisión se pueden definir los requerimientos técnicos; y
- si los resultados obtenidos serán utilizados para seleccionar a la entidad privada.

Si la autoridad contratante considera viable y deseable formular indicadores de desempeño o especificaciones del proyecto con el grado de precisión o finalidad necesaria, el proceso de selección podrá ser estructurado como un procedimiento de una sola etapa. En este caso, después de tener a los licitantes preseleccionados, la autoridad contratante emitirá una solicitud definitiva de propuestas.

Los marcos jurídicos de todos los países analizados prevén que puede existir una etapa de precalificación, dependiendo de la complejidad del proyecto. En Colombia, es obligatorio llevar un proceso de determinación de precios que consiste en una lista de partes interesadas precalificadas seleccionadas a través de una convocatoria pública cuando existe una propuesta de iniciativa privada y un tercero interesado, en otros casos, es opcional.

Existen casos, sin embargo, en los que la autoridad contratante no es capaz de detallar suficientemente sus requerimientos y de proveer las especificaciones precisas del proyecto o los indicadores de desempeño para permitir la formulación, evaluación y comparación de las propuestas uniformemente de conformidad con dichas especificaciones e indicadores. Esto podría suceder, por ejemplo, cuando la autoridad contratante no hubiera determinado el tipo de participación técnica y material que sería adecuada para el proyecto. En dichos casos, pudiera no ser deseable, para obtener la mejor relación calidad-precio (Valor por Dinero), que la autoridad contratante proceda sobre la base de especificaciones o indicadores que hubiera redactado sin haber sostenido discusiones con los licitantes con respecto a las capacidades exactas y las posibles variaciones de lo que se está ofreciendo. Con este propósito, la autoridad contratante pudiera desear dividir el procedimiento de selección en dos etapas y dar lugar a un cierto grado de flexibilidad para que se lleven a cabo dichas discusiones con los licitantes.



## 5 CONTRATACIÓN DE UN PROYECTO DE APP

---



El procedimiento de dos etapas no es un mecanismo usual en los países analizados y únicamente se encuentra previsto en la legislación de El Salvador y, en cierto grado, en Argentina. En El Salvador, el gobierno puede llevar a cabo un procedimiento llamado diálogo competitivo con aquellos que hubieran sido aprobados durante la fase de precalificación. Los participantes pueden sugerir ajustes a los documentos del proyecto. Esta fase se termina cuando se han solucionado todas las cuestiones relativas al proyecto. Al concluir esta fase, se solicita que los participantes presenten sus ofertas.

Cuando el procedimiento de selección es dividido en dos etapas, la solicitud inicial de propuestas normalmente convoca a los licitantes a presentar sus propuestas relacionadas con las especificaciones de los resultados y otras características del proyecto, así como los términos contractuales propuestos. La invitación a la licitación permitiría que los licitantes ofrecieran sus propias soluciones para satisfacer las necesidades particulares en materia de infraestructura de conformidad con los estándares del servicio definidos. Las propuestas presentadas en esta etapa generalmente serían soluciones con base en diseños conceptuales o indicadores de desempeño sin indicación de elementos financieros, como el precio o el nivel de remuneración esperado. En Argentina, es posible tener esta participación dependiendo de la complejidad del proyecto.

Es importante que los licitantes conozcan ciertos términos contractuales, como la distribución del riesgo esperada por la autoridad contratante, de tal forma que puedan formular sus propuestas y discutir la rentabilidad del proyecto con los acreedores potenciales. La respuesta inicial a dichos términos contractuales, en particular la distribución del riesgo, podría ayudar a la autoridad contratante a evaluar la factibilidad del proyecto como se había concebido originalmente.

En un procedimiento de una sola etapa, después de la publicación de la Solicitud de Propuestas, se requerirá que las partes interesadas presenten sus ofertas. La solicitud de propuestas generalmente deberá incluir la información necesaria para proveer la base a los licitantes para que presenten propuestas que satisfagan las necesidades de la autoridad contratante y que la autoridad contratante las pueda comparar de forma objetiva y justa.

La autoridad contratante podrá modificar las solicitudes de propuesta para que pueda obtener lo que requiere para satisfacer sus necesidades. Por lo tanto, es recomendable que la autoridad contratante sea autorizada, ya sea por su propia iniciativa o como resultado de una solicitud de aclaración por parte de un licitante, para modificar la solicitud de propuestas. El cambio se hace mediante la emisión de un adendum en cualquier momento antes del plazo para la presentación de propuestas. Sin embargo, cuando las modificaciones hechas razonablemente requieran que los licitantes tomen un tiempo adicional para preparar sus propuestas, se deberá otorgar dicho tiempo adicional extendiendo el plazo para la presentación de las propuestas de conformidad con dicha modificación.

## 5 CONTRATACIÓN DE UN PROYECTO DE APP

---



En la mayoría de los países se requiere que las propuestas se presenten por escrito, que sean firmadas y colocadas en sobres cerrados. Una propuesta recibida por la autoridad contratante después del plazo para la presentación de propuestas no podrá ser abierta y deberá ser devuelta al licitante que la hubiera presentado. Para garantizar transparencia, las leyes nacionales frecuentemente prevén procedimientos formales para abrir las propuestas, normalmente a la hora especificada en la solicitud de propuestas, y requieren que la autoridad contratante permita que los licitantes que hayan presentado propuestas, o sus representantes, se encuentren presentes durante la apertura de las propuestas. Esto ayuda a minimizar el riesgo de que las propuestas sean falsificadas o alteradas de otra forma y representa una garantía importante de la integridad de los procedimientos.

Debido a que los proyectos de infraestructura llevados a cabo con financiamiento privado son complejos y existe una gran variedad de criterios de evaluación que normalmente son aplicados en la adjudicación del proyecto, la mayoría de los países aplican un proceso de evaluación de dos pasos en el que los criterios técnicos serán considerados de forma separada, y probablemente antes, de los criterios financieros.

Con dicha finalidad, en algunos países, se requiere que los licitantes formulen y presenten sus propuestas técnica y financiera en dos sobres separados. El sistema de dos sobres en ocasiones es utilizado porque permite que la autoridad contratante evalúe la calidad técnica de las propuestas sin ser influenciada por sus componentes financieros.

Los criterios de evaluación técnica están diseñados para facilitar la evaluación de la factibilidad técnica, operativa, ambiental y de financiamiento de las especificaciones, indicadores y requerimientos previstos en las bases de la licitación y prescritos en la propuesta. En la medida de lo posible, los criterios técnicos aplicados por la autoridad contratante deben ser objetivos y cuantificables, de forma tal que las propuestas puedan ser evaluadas y comparadas objetivamente. Esto reduce la posibilidad de tomar decisiones discrecionales o arbitrarias. Los reglamentos que regulan el proceso de selección pueden establecer cómo se deben formular y aplicar dichos factores.

La autoridad contratante deberá definir los criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras. Los criterios normalmente utilizados para la evaluación y comparación de las propuestas financiera y comercial pueden incluir el valor presente de las cuotas, derechos, precios unitarios y otros cargos propuestos durante el período de la concesión, y el valor corriente de los pagos directos propuestos por parte de la autoridad contratante, si los hubiere.

Existen varios criterios financieros previstos en la legislación; los mencionados anteriormente son los más comunes, pero no son los únicos. Lo importante es seleccionar el criterio que sea más favorable para la Administración Pública, que además garantice la provisión del servicio.

## 5 CONTRATACIÓN DE UN PROYECTO DE APP

---



En la mayoría de los países, el sobre técnico es analizado en primer lugar. En caso de que la propuesta cumpla con los criterios de la licitación, el licitante estará calificado para participar en la segunda fase: la apertura de los sobres financieros. En caso de que la propuesta no cumpla con los criterios, la propuesta financiera no es analizada.

Además de decidir si se usa un sistema de dos sobres o un procedimiento de evaluación de dos etapas, la autoridad contratante debe revelar la ponderación relativa de cada criterio de evaluación y la manera en que dichos criterios serán utilizados en la evaluación de las propuestas. La propuesta que cumpla con los criterios previstos por las bases de la licitación puede ser considerada como la más ventajosa. Alternativamente, el precio propuesto puede ser el factor decisivo al establecer la propuesta ganadora de entre todas las propuestas presentadas.

En cualquier caso, para promover la transparencia del proceso de selección y evitar el uso inadecuado de los criterios de evaluación técnica, es recomendable que el comité de adjudicación deba explicar sus razones, por escrito, para seleccionar a una propuesta sobre otra que hubiera ofrecido el menor precio unitario para el resultado esperado. En Brasil, la examinación de las propuestas técnicas, para fines de calificación o de decisión, será hecha mediante un acto motivado, basado en los requerimientos, parámetros e indicadores de resultados, pertinentes al objeto, definidos clara y objetivamente en la convocatoria pública.

En casi todos los países es posible que los licitantes apelen la decisión de adjudicación del contrato.

La autoridad contratante debe clasificar por orden todas las propuestas de respuesta con base en los criterios de evaluación previstos en la solicitud de propuestas e invitar al licitante mejor calificado a celebrar el contrato.

En Uruguay, puede haber negociaciones finales para definir los detalles definitivos de la documentación transaccional y satisfacer todos los requerimientos razonables de los acreedores del licitante seleccionado. En México, por otro lado, cualquier negociación en este aspecto se encuentra expresamente prohibida.

Las negociaciones con el licitante seleccionado deben ser conducidas adecuadamente, de tal forma que no cambie el precio o la distribución del riesgo originalmente contenidos en la propuesta. Los cambios a los elementos esenciales de la propuesta no deberán ser permitidos, ya que pueden distorsionar los supuestos con base en los cuales se presentaron y calificaron las propuestas.

Después del análisis por parte del organismo competente, el licitante adjudicado con el proyecto y la autoridad contratante pueden celebrar el contrato, que en ocasiones debe ser aprobado por algún otro organismo. En Guatemala, por ejemplo, por parte del Congreso; en Jamaica, por parte del Gabinete.

### Recomendaciones

La legislación debe prever un procedimiento de contratación claro;

---

Todos los documentos relevantes deben ser publicados;

---

La solicitud de propuestas debe contener toda la información necesaria para que los licitantes presenten sus propuestas técnica y económica, la cual deberá ser publicada cuando menos 90 días antes de la fecha de presentación de las propuestas, en el idioma del país y en otro idioma que se acostumbre utilizar en el comercio internacional;

---

Se debe permitir que las partes extranjeras participen en la contratación de la APP. La legislación puede establecer algunos límites o prever un tratamiento preferencial para las entidades locales, ya que esto no afecta la equidad entre los licitantes. Además, debido a que se trata de una decisión política, se deberá hacer pública la recomendación técnica y la motivación de la decisión;

---

La ley de APP debe permitir que las partes interesadas soliciten aclaraciones acerca de los proyectos de las bases de la licitación;

---

La legislación debe establecer las condiciones para la presentación de propuestas – si se deben presentar en un sobre o en dos – y establecer los criterios técnicos y financieros principales que pueden ser utilizados para el análisis de las propuestas;

---

Puede existir una disposición que permita la aplicación de procedimientos de dos fases en proyectos más complejos con una precalificación antes de las ofertas financiera y técnica;<sup>5</sup>

---

Puede existir una disposición que permita la reversión del orden de las fases de preselección y evaluación;

---

Todas las decisiones tomadas por la Administración Pública durante el proceso de licitación deben ser motivadas, especialmente aquellas que clasifican las propuestas por orden y que adjudican el contrato;

---

Debe existir un permiso en la legislación para que los licitantes presenten una apelación cuando menos contra la decisión que adjudica el contrato;

---

En caso de que sea posible llevar a cabo negociaciones, la legislación debe establecer cuáles son los términos y condiciones de dicha negociación. No se deberá permitir la negociación de la distribución del riesgo y de los elementos esenciales del proyecto.

---

<sup>5</sup> En Francia, por ejemplo, el procedimiento más común para las APP es el diálogo competitivo, que permite que la autoridad pública y los candidatos hablen de todos los temas (específicamente en la parte de diseño y técnica) durante la convocatoria de la licitación para evitar estancamientos financieros mayores después de la firma del contrato.

## ESTRUCTURA DE LOS INGRESOS



## 6 ESTRUCTURA DE LOS INGRESOS

### Principales hallazgos de este capítulo:

Los ingresos, así como la estructura de los ingresos del proyecto, deben ser claros y definidos.

La legislación de cada país establece la forma en la que se harán los pagos, pero las opciones normalmente son el cobro de tarifas, pagos periódicos hechos por la autoridad contratante, o ambos. En todos los países analizados, a pesar de que existen algunas reglas básicas previstas en la legislación, los ingresos del proyecto dependen de sus particularidades.

Las leyes de APP en la mayoría de los países no establecen la forma en que se realizará el pago, especialmente debido a que dicho pago implica el presupuesto anual del país y la manera en que la Administración Pública decide manejarlo.


El pago de los servicios o las obras en un contrato es extremadamente importante para los contratos de APP. El objetivo primario del socio privado al ejecutar una obra pública o proveer un servicio público es amortizar sus gastos y obtener utilidades. La forma de hacer los pagos es muy importante para el proyecto.

El proyecto debe tener ingresos claros y definidos que serán suficientes para cubrir los gastos de operación y mantenimiento, los pagos del monto principal e intereses del servicio de la deuda del proyecto en el plazo fijado por los préstamos y proveer un rendimiento del capital que sea proporcional al desarrollo y riesgo del proyecto a largo plazo asumido por los inversionistas del capital.

La estructura de los ingresos debe ser prevista en las bases de la licitación, de tal forma que la entidad privada futura tenga un proyecto financiero que muestre la perspectiva general real del proyecto. Un mal plan financiero resulta en la necesidad de modificar el contrato para garantizar la provisión de los servicios.

Con excepción de Panamá, la legislación de todos los países prevé parámetros de la forma en que se deben realizar los pagos a la entidad privada. Normalmente implica pagos periódicos hechos por la autoridad contratante para cubrir los gastos de operación y mantenimiento, amortizar las inversiones con su rendimiento esperado y/o el pago de las tarifas o precios cobrados directamente al usuario, como herramientas.

La lógica detrás del ingreso varía de país en país. En Brasil, Paraguay y Uruguay, debe haber pagos periódicos hechos por la autoridad contratante y puede haber, en algunos casos, pagos por tarifas o precios cobrados directamente al usuario para cubrir los costos del proyecto. El mismo razonamiento se establece en la legislación de Costa Rica, Nicaragua y Jamaica. En Trinidad y Tobago, el proyecto de Política prevé que los pagos puedan realizarse mediante el pago de tarifas, pagos periódicos hechos por la autoridad contratante, o ambos.



En otros países como El Salvador y Perú, los proyectos de APP pueden ser autofinanciados (mediante tarifas u otros mecanismos similares) o co-financiados (una combinación de tarifas y compensaciones). La diferencia principal entre los dos sistemas es que en el primero, siempre existirá una compensación a ser pagada, y en el segundo grupo, siempre habrá una tarifa cobrada.

La diferencia se debe principalmente al contexto previo de algunos de los países, tales como Brasil y Argentina, que comenzaron a permitir las inversiones en infraestructura en los años 90. En ese momento, dichos países empezaron a delegar los servicios públicos a las partes del sector privado (especialmente servicios viales) y tuvieron una legislación exclusivamente para ello. En esta legislación, la parte del sector privado recibía su pago únicamente mediante el cobro de las tarifas correspondientes.

En este contexto, las APP emergieron como un proyecto distinto en el que pudiera haber un componente de cobro de tarifas, pero no es el componente principal. La diferencia se debe principalmente a los distintos tipos de proyectos de APP y al compromiso del presupuesto público en la ejecución del proyecto. Sin embargo, al mismo tiempo, si no es posible cobrar una tarifa al usuario o si no es suficiente para amortizar la inversión, la autoridad contratante debe pagar la contraprestación, en la forma de una inversión anticipada o a través de pagos disponibles periódicamente, para que el proyecto pueda ser exitoso.

Creemos que esta situación es una consecuencia del trayecto tomado por cada país para crear su marco jurídico. Ambos modelos tienen pros

y contras, pero la cuestión importante que debe ser tratada es si la parte del sector privado puede proveer los servicios adecuados y amortizar sus inversiones con los ingresos del proyecto.

La legislación de Ecuador establece que dependiendo del tipo y las características de cada proyecto y actividad de APP, la parte del sector privado puede recibir distintos tipos de ingreso, tales como:

- pagos a través de tarifas por parte de los receptores del servicio;
- pagos diferidos por parte del sector público;
- una combinación de ambos u otros establecidos por la Ley de APP, según sea el caso.


Se puede inferir que en todos los países analizados, aunque existen reglas básicas previstas por la legislación, los ingresos del proyecto dependen de sus particularidades. Por tanto, es importante que al modelar el proyecto, la Administración Pública o quien sea responsable de elaborar los estudios, verifique el sector, la actividad y los detalles específicos de cada proyecto para asegurar que el mismo sea exitoso.

La legislación brasileña y colombiana establecen la limitación de los recursos públicos en APP cuando se cobran tarifas. En Colombia, no puede exceder del 30% del valor total del contrato<sup>1</sup> y en Brasil, el 70%. Esta limitación asegura que, si existe una tarifa a ser cobrada, habrá un equilibrio entre dicha tarifa y los recursos públicos pagados a la entidad privada.

---

<sup>1</sup> Para proyectos viales, la limitación es del 20%.





Adicionalmente, el contrato de APP puede establecer que la contraprestación de la parte del sector privado varíe en función de su desempeño, de acuerdo con los objetivos, los estándares de calidad y disponibilidad definidos en el contrato. Para hacerlo, el contrato debe prever indicadores clave de desempeño (KPI). Esta variable será deducida de la contraprestación pagada por la autoridad contratante.

La necesidad de proyectos de APP más eficientes y efectivos hace que la administración del desempeño sea cada vez más importante, especialmente con respecto a las expectativas de las partes interesadas. Por lo tanto, el establecimiento de KPI que impacten directamente el pago a la entidad privada podría ser una buena manera de supervisar la ejecución adecuada del proyecto. En un capítulo más adelante se habla de cómo asegurarse de que se alcancen los KPI.

La legislación brasileña también establece que la autoridad contratante puede realizar pagos antes de que los servicios se encuentren disponibles para el progreso y la implementación del proyecto. En Colombia, la regla general es que únicamente puede existir una retribución cuando el proyecto sea funcional y cumpla con ciertos estándares de servicio. En algunos casos el proyecto puede ser dividido en unidades funcionales (completar estándares de servicio) lo que permite la realización de pagos antes de la conclusión del proyecto.

Algunos países, como Brasil y Chile, también han estipulado que las entidades privadas puedan obtener ingresos de fuentes alternativas, suplementarias, auxiliares o asociadas del proyecto – es decir, diferentes de la fuente primaria prevista en el con-

trato. Esto pudiera dar lugar a tarifas más bajas. No obstante, si no existe una tarifa en el proyecto, la contraprestación pagada por la Administración Pública debería ser reducida o los ingresos deberían ser compartidos.

Los ingresos generados por la operación de actividades auxiliares o complementarias normalmente pertenecen a la entidad privada, **pero la división de ingresos en contratos de concesión se ha vuelto compleja**. Los ingresos auxiliares podrían ser mayores que los primarios y esto pudiera beneficiar a la Administración Pública en caso de que se llevara a cabo una división.


Otro asunto que merece atención es la manera en que la autoridad contratante puede hacer los pagos.

La legislación en Brasil y Uruguay prevé que el pago en los contratos de APP, ya sea que se trate de un contrato de concesión y/o un contrato de APP, puede ser hecho a través de:

- remesa bancaria;
- cesión de créditos no fiscales;
- otorgamiento de derechos ante el gobierno;
- otorgamiento de propiedad privada del gobierno;
- otros medios permitidos por la ley.

En Honduras, la Administración Pública puede asumir compromisos firmes en caso de que los montos sean determinados y conocidos, y sus contribuciones al modelo APP pueden ser hechas en efectivo o responsabilidades contingentes respecto de eventos inciertos; estudios técnicos; suscripción de acciones o compra de otros valores comercializados en el mercado financiero; otorgamiento de ciertos

## 6 ESTRUCTURA DE LOS INGRESOS



activos públicos (concesiones sin transferencia de la propiedad), incluyendo aquellos que hubieran sido expropiados para ser destinados a un uso público; otorgamiento de permisos o licencias para llevar a cabo actividades autorizadas; otorgamiento de derechos temporales sobre la propiedad del gobierno (en el caso de los municipios); prestación de servicios públicos; y otras formas de contribuciones autorizadas por la ley.

Las leyes de APP en la mayoría de los países no establecen la forma en que se deben realizar los pagos. En la mayoría de los casos, pensamos que los pagos provendrán de la Hacienda Pública. Sin embargo, no es claro la forma de hacerlo, especialmente debido a que involucra el presupuesto anual del país y la manera en que la Admi-

nistración Pública decida administrar dicho presupuesto.

Aunque la mayor parte de las leyes de APP no contienen disposiciones sobre este tema, es importante que los montos y la forma en que se realizarán los pagos sean conocidos por la Administración y las demás partes interesadas al momento de celebrar el contrato.

Los ingresos de la APP pueden depender exclusivamente de la Autoridad Pública o de la parte del sector privado. En la mayoría de los casos, los países analizados adoptan una combinación de ambos. La estructura correcta del ingreso de un proyecto depende de la definición de la fuente de los pagos y también de la forma en que se pagará a la parte del sector privado. Sin esto, el proyecto tiene altas probabilidades de fracasar.



### Recomendaciones

La legislación de APP debe establecer cuáles son los posibles mecanismos de pago para el proyecto (disponibilidad y/o uso, tarifas u otros) y prever que los estudios de factibilidad consideren el sector y la actividad del proyecto para especificarlo;

---

Se debe incluir la posibilidad de determinar los KPI en el contrato y que su incumplimiento pueda ser deducido de la compensación pagada por la autoridad contratante;

---

La legislación de APP también deberá permitir la obtención de ingresos alternativos por la parte del sector privado y establecer un procedimiento para su implementación y posible participación en favor de la Administración Pública;

---

Es primordial que el marco jurídico señale la manera en que la autoridad contratante realizará los pagos.

## RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS



# 7 RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

## Principales hallazgos de este capítulo:

Los métodos alternativos de resolución de conflictos, es decir aquellos que no son sometidos al Poder Judicial, son bastante nuevos, especialmente cuando los conflictos implican a la Administración Pública. Sin embargo, con el mejoramiento de los grandes proyectos de infraestructura, se han vuelto cada vez más frecuentes y necesarios.

Los conflictos derivados de los contratos de APP deben ser resueltos rápidamente, de manera que no comprometan la prestación del servicio público, pero también implican materias altamente técnicas que los hace muy complejos. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son una opción que intenta satisfacer ambas necesidades.

Los conflictos pueden ser resueltos por conciliación o mediación, lo cual incluye el establecimiento de consejos técnicos y consejos de resolución de conflictos, por ejemplo. También es posible utilizar el arbitraje local o internacional.


Las reglas para el uso y los procedimientos de los métodos alternativos son distintos en cada país.

Un factor muy importante acerca de las APP es la resolución de conflictos entre las partes interesadas y la manera en que la legislación local trata esta cuestión. El acceso a mecanismos no judiciales para la resolución de conflictos es una de las cosas que contribuye a ello, debido a la complejidad de los proyectos de infraestructura y sus características (largo plazo y altos valores).

Los conflictos derivados de los contratos de APP, ya sea que se trate de contratos de concesión y/o contratos de APP (entre una entidad privada y el gobierno) se pueden deber a motivos técnicos, financieros/económicos o legales. Cualquiera de ellos puede ser resuelto mediante un método de resolución alternativa de conflictos.

Normalmente, los conflictos derivados de los contratos de APP, sean contratos de concesión y/o contratos de APP, deben ser resueltos rápidamente, de forma que no comprometan la prestación del servicio público. Sin embargo, también implican temas altamente técnicos que los hacen muy complejos. Los mecanismos de resolución alternativa de conflictos protegen la relación entre las partes; las medidas judiciales pudieran ser demasiado intensas y podrían afectar esta relación.

## 7 RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS



Tradicionalmente, cualquier conflicto que surja de un contrato administrativo es sometido a la decisión del poder judicial. Esto se debe a la garantía de juicio por parte del Poder Judicial prevista en los marcos jurídicos de la mayoría de los países y la ausencia de restricción de los problemas que surjan de los contratos. Debido a ello, los métodos de resolución alternativa de conflictos, es decir, aquellos que no se resuelven por el Poder Judicial, son bastante nuevos, especialmente cuando el conflicto involucra a la Administración Pública. Sin embargo, con la mejora de los grandes proyectos de infraestructura, su uso se volvió más frecuente y se convirtió en una necesidad.

El arbitraje fue el primer método alternativo de resolución de conflictos utilizado para resolver un conflicto derivado de una APP. Después, las legislaciones de los distintos países se adaptaron a la nueva realidad y surgieron otros mecanismos.


Los métodos de resolución alternativa de conflictos pueden evitar la escalada de los conflictos, asegurando que la ejecución del proyecto no se malogre por completo.

Existen muchos motivos para el uso de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, pero también existen limitaciones. En algunos países, los conflictos derivados de los contratos de APP, sean contratos de concesión y/o contratos de APP, se encuentran bajo la jurisdicción exclusiva de los jueces locales o de las cortes administrativas, y en otros sistemas jurídicos las partes son libres de elegir el procedimiento.

La legislación de la mayoría de los países establece algunos límites y un orden para el uso de los mecanismos. Paraguay establece niveles de mecanismos de resolución de conflictos. Por otro lado, Colombia no determina mecanismos alternativos específicos, pero impide que la Administración Pública prohíba su uso.

El uso de la conciliación, mediación y arbitraje, los mecanismos más comunes, en ocasiones se encuentra establecido en la legislación, pero su uso real depende en que el contrato de APP, sea un contrato de concesión y/o contrato de APP, disponga el mecanismo que puede ser utilizado y la forma de organizar el procedimiento.





Normalmente, el primer mecanismo que se utiliza es la conciliación o mediación, que implican a uno o más terceros imparciales que auxilian a las partes del contrato a alcanzar la resolución de un problema. La decisión no siempre es vinculatoria, dependiendo de la legislación. La ley peruana<sup>1</sup> y ecuatoriana son las únicas de entre los países analizados que expresamente prevén la mediación. Otros países permiten y promueven que las partes alcancen un acuerdo antes de recurrir a un mecanismo de resolución de conflictos.

### Consejo Técnico

México, por ejemplo, determina que en conflictos relativos a temas técnicos o económicos, las partes del contrato de APP deben intentar resolverlos de buena fe por mutuo acuerdo. La etapa de negociación y, en su caso el acuerdo, se deberán llevar a cabo dentro de un plazo definido por las partes con dicho propósito. Si las partes no llegan a un acuerdo dentro del período convenido y, en su caso, dentro de la extensión del mismo, someterán su conflicto a un comité de tres expertos o peritos en la materia. Cada parte designa a un miembro; el tercer experto es designado por los últimos dos. El comité analizará los temas técnicos o económicos, pero no conocerá de los temas legales involucrados.

También se pueden designar expertos independientes para revisar conflictos técnicos. Esto provee una posible solución a una situación específica restringida a temas técnicos.

La legislación chilena, por ejemplo, establece que es posible crear un Panel Técnico, un organismo especializado que analiza y emite recomendaciones no vinculatorias sobre los

aspectos técnicos o económicos de un conflicto.

El marco jurídico de la APP en El Salvador prevé que el contrato puede establecer mecanismos nacionales o internacionales para la resolución de conflictos, y debe incluir cuando menos una fase de diálogo directo y otro con expertos. Este mecanismo no puede ser utilizado en los siguientes temas, los cuales deben ser sometidos a la jurisdicción ordinaria:

- asuntos laborales;
- asuntos que ya se hubieran decidido mediante una sentencia judicial;
- inspección y sanciones aplicadas por organismos responsables de supervisión o monitoreo;
- el derecho del gobierno de dar por terminado el contrato debido al interés público o al abandono del proyecto.

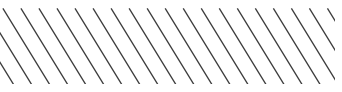
En los casos en los que es posible utilizar los métodos alternativos, las partes inicialmente intentan alcanzar un acuerdo directo en el que cada uno de ellos puede designar a un experto que ayude a resolver el asunto. Los expertos designan a un tercero para el “Panel de Expertos”. En caso de que no tuvieran éxito, será posible comenzar un procedimiento arbitral.

### Consejo de Resolución de Conflictos

Otra práctica que puede tener buenos resultados es la creación de un Consejo de Resolución de Conflictos al inicio de la celebración del contrato.

---

<sup>1</sup> También se puede utilizar un Consejo de Resolución de Conflictos.



Dicho Consejo puede dar asesoría y recomendaciones sobre preguntas hechas por las partes acerca del contrato. Es un organismo imparcial y capaz, conformado por expertos que pueden resolver los conflictos, considerando las particularidades del proyecto. Su regulación operativa específica se establece en el contrato.

Aun cuando éste puede ser un mecanismo efectivo de resolución de conflictos, se deben tomar en cuenta un par de cosas al momento de utilizar un Consejo de Resolución de Conflictos. Primero, considerando que son designados al inicio del contrato y que los contratos de APP son a largo plazo, sus costos pueden ser altos y fijos, independientemente de que surja o no un conflicto – en el caso de un Consejo de Resolución de Conflictos permanente.


La ventaja de un Consejo de Resolución de Conflictos permanente es que se mantiene familiarizado con el proyecto, pero genera un alto costo permanente para las partes. Por otro lado, establecer este Consejo de for-

ma ad hoc pudiera ser menos costoso, pero también pudiera tener aparejadas varias dificultades.

Las decisiones dictadas por un Consejo de Resolución de Conflictos pueden ser objeto de revisión, ya sea judicial o arbitral, si no existe una clausura en el acuerdo.

Recomendamos que la legislación de los países autorice, cuando menos, la posibilidad de utilizar mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Los mecanismos informales de resolución de conflictos son más rápidos que los procedimientos arbitrales y judiciales, y son técnicamente capaces de revisar el tipo de problemas que tiene un contrato de APP.

El procedimiento previsto en el contrato debe tomar en cuenta las características del proyecto, aunque la estandarización de los procedimientos en el país pudiera generar una mayor seguridad, especialmente para inversionistas extranjeros.



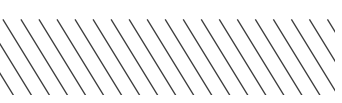
Hasta hace dos décadas, el arbitraje no era una práctica común en América Latina. Sin embargo, conforme fue creciendo la participación de la región en el comercio internacional, tuvo que satisfacer las necesidades de sus socios comerciales, incluyendo el papel vital que juega el arbitraje en el comercio internacional como un foro neutral para resolver conflictos y facilitar la ejecución de los laudos arbitrales. Estos factores dieron lugar a un cambio evidente en la actitud

históricamente hostil de América Latina frente al arbitraje. Con este fin, casi todos los países de la región han firmado los mayores tratados internacionales en materia de arbitraje y han adoptado reglas del arbitraje moderno con base en la Ley Modelo de UNCITRAL.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> <https://iclg.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations/latin-america-overview-a-long-road-travelled-a-long-road-to-the-journeys-end>





Con el desarrollo y modernización del marco jurídico aplicable al arbitraje, las instituciones locales de arbitraje han crecido en la región. Los inversionistas no tienen ninguna inquietud por el uso del arbitraje en la región, como sucedía en los años 90. Sin embargo, el arbitraje local es más común que el arbitraje internacional.

El arbitraje también se ha vuelto popular debido a que es más rápido y los árbitros son expertos técnicos en las materias discutidas. Además, la confidencialidad implicada en los procedimientos lo hace una buena opción para la parte del sector privado. Las partes pueden seleccionar el idioma, la sede y la ley aplicable al procedimiento, de tal forma que el mismo es estructurado especialmente para resolver un problema específico.

Puede utilizarse para resolver problemas técnicos y para situaciones que surjan del contrato.<sup>3</sup> Sin embargo, no toda la legislación permite el uso del arbitraje para resolver cualquier conflicto que derive de una APP. La legislación brasileña, por ejemplo, limita el uso del arbitraje a los derechos disponibles y cualquier conflicto con la Administración Pública fue considerado un derecho no disponible. Los derechos disponibles se definieron con la promulgación de la Ley 13.448/2006.

Perú, por su parte, establece que no se puede utilizar el arbitraje si la reclamación se refiere a decisiones administrativas tomadas por organismos u otras entidades regulatorias y Ecuador excluye el arbitraje de los temas fiscales y cualquier otro acto que derive directamente del Poder Legislativo y regulatorio del gobierno ecuatoriano.

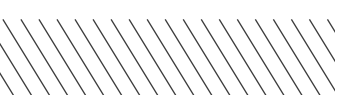
Aun cuando la naturaleza del arbitraje da a las partes el derecho de seleccionar la ley, la sede y el idioma, la legislación de todos los países analizados establece el lugar y el idioma de los procedimientos arbitrales. Normalmente el idioma es aquél que se habla en el país, la legislación del país es la aplicable y el país es también la sede del arbitraje. En Ecuador, sin embargo, los conflictos que surjan del contrato son sometidos al arbitraje internacional, un organismo de arbitraje regional de América Latina. Las partes del contrato pueden designar las jurisdicciones arbitrales dentro de la Región de América Latina.

Por lo tanto, los procedimientos que involucran a un organismo público son menos flexibles que el arbitraje privado, pero son más flexibles que una corte judicial.

Es posible que no exista un procedimiento de apelación administrativa, como lo establece la legislación de Costa Rica. En otros países, es posible resolver conflictos mediante la solicitud formal hecha a la entidad pública contratante del proyecto. Es un tipo de procedimiento administrativo, cuyas reglas se deben basar en los principios generales de la ley administrativa.

---

<sup>3</sup> La legislación mexicana establece que los conflictos acerca de la interpretación o aplicación de contratos celebrados con base en la Ley, se deben someter a las cortes federales.



El procedimiento arbitral también puede tener dos fases. La ley de concesiones de Chile establece la Comisión Arbitral para un procedimiento arbitral mezclado de una sola instancia. Las facultades del árbitro con respecto al procedimiento y evaluación de la evidencia se hacen de conformidad con las reglas de la sana crítica. Él/ella debe emitir un laudo definitivo de conformidad con la ley, manifestando las razones y las consideraciones factuales, legales, técnicas y económicas.

Finalmente, en algunos países el procedimiento puede ser dividido por temas (técnicos o no técnicos). En Perú, cuando sea conveniente, las materias técnicas pueden ser sometidas a un arbitraje de equidad (los árbitros no son abogados). Las materias no técnicas pueden ser sometidas a un arbitraje regular. Esto tiene el mismo objetivo que establecer un consejo técnico: garantizar la experiencia de los árbitros en las materias discutidas.

Toda la flexibilidad provista por los procedimientos arbitrales y la experiencia de los árbitros lo hace un mecanismo muy atractivo para la parte del sector privado, siempre y cuando el laudo sea vinculatorio y ejecutable en el país sede. Es importante que el marco jurídico del país provea seguridad, de otra forma se convierte en un procedimiento ficticio.

Otro tema es que existen garantías para la Administración Pública cuando ésta decide usar el arbitraje. En este caso, es esencial que se prevea que el arbitraje protegerá el interés público.



### Recomendaciones

La legislación de APP debe permitir el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y establecer algunos de ellos, especialmente el arbitraje. También es importante que la legislación del país prevea un mecanismo para la ejecución de los laudos, como la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (la Convención de Nueva York).<sup>4</sup>

La legislación de APP también puede permitir el uso del arbitraje internacional como el arbitraje del Banco Mundial (Centro Internacional para la Resolución de Conflictos sobre Inversiones – ICSID).

---

<sup>4</sup> Actualmente Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Trinidad y Tobago y Uruguay son países firmantes de la Convención.



## MANEJO DE LOS CAMBIOS

## 8 MANEJO DE LOS CAMBIOS

### Principales hallazgos de este capítulo:

Las APP son contratos de largo plazo y existen circunstancias relevantes del proyecto que pueden cambiar, impactando su ejecución. Estos cambios pueden o no ser previsibles. Algunos cambios no pueden ser fácilmente incluidos a través de un mecanismo de ajuste automático o las partes pudieran preferir excluir los cambios de dichos mecanismos. Esto pudiera ocurrir por cambios legislativos o regulatorios o por cambios inesperados en las condiciones económicas.

En algunos países, el contrato puede establecer revisiones periódicas, que permiten que el proyecto sea actualizado en todo momento, lo cual resulta en una mejor prestación del servicio.

La ecuación económica del contrato de APP puede ser reequilibrada a través de varios mecanismos, dependiendo de la naturaleza del contrato. Para decidir qué alternativa utilizar, la Administración Pública deberá analizar la situación y el panorama financiero completo del proyecto.

Cualquier renegociación debe ser cuidadosamente analizada para preservar el interés público.

Los proyectos de APP normalmente duran un largo período de tiempo, durante el cual pueden cambiar muchas circunstancias relevantes para el proyecto, por razones atribuibles al gobierno, la entidad privada, fuerza mayor o caso fortuito. El impacto de muchos cambios debe ser cubierto automáticamente en el proyecto, ya sea un contrato de concesión y/o un contratista de APP, mediante la asunción por cualquiera de las partes, expresamente o por exclusión, de riesgos determinados.


Como discutiremos detalladamente más adelante, la Administración Pública puede modificar el contrato para incluir nuevas inversiones,<sup>1</sup> pero el contrato también puede ser afectado por muchas otras razones. Cuando esto ocurre, es importante contar con mecanismos para mantener el equilibrio económico del contrato.

Otro punto que vale la pena mencionar es que los cambios que pueden ser pronosticados o aquellos cuyos efectos puedan ser previstos o puedan ser calculados deben ser descritos en el contrato como riesgos y, como tales, deben ser debidamente asignados.

<sup>1</sup> Es una prerrogativa de la Autoridad Pública.

## 8 MANEJO DE LOS CAMBIOS

---



Sin embargo, pueden existir cambios extraordinarios que correspondan a eventos no previsibles o previsibles, pero que tengan consecuencias incalculables, no relacionadas con la voluntad de las partes, que ocurran después de la propuesta de la entidad privada. Considerando que el agente normalmente no puede prever estos hechos, no es razonable que la entidad privada asuma los riesgos que deriven de los mismos. En Brasil, el riesgo de eventos extraordinarios debe tener una distribución óptima, pero puede ser compartido entre las partes.


Por lo tanto, cuando el equilibrio económico – financiero del contrato se encuentra claramente demostrado por motivos imprevisibles para la entidad privada, sus consecuencias deben ser soportadas por la autoridad contratante a través de la revisión de dicho equilibrio.

La entidad privada no puede prever una modificación unilateral del contrato o la creación de un impuesto o cargo legal sobreviniente. En caso de que las medidas gubernamentales impacten la relación económica y financiera del ajuste contractual inicialmente convenido, la entidad privada tendrá derecho a volver a modificar la cláusula.<sup>2</sup>

Algunos cambios pudieran no ser fácilmente incluidos a través de un mecanismo de ajuste automático o las partes pudieran preferir excluirlos de un mecanismo. Esto pudiera ocurrir en caso de cambios legislativos o regulatorios o por cambios inesperados en las condiciones económicas.

### 8 MANEJO DE LOS CAMBIOS REVISIONES PERIÓDICAS

---



En algunos países, como Brasil, el contrato puede establecer que se realicen revisiones periódicas del contrato. Esto permite que el proyecto sea actualizado en todo momento, lo que resulta en una mejor prestación del servicio. Esta revisión no es igual al ajuste de la tarifa por la inflación.

Las revisiones periódicas pueden implicar no solo las disposiciones económicas, sino también disposiciones técnicas. Por ejemplo, en una concesión o contrato de APP respecto de servicios de distribución de electricidad, las tarifas se revisan periódicamente para reflejar los cambios a largo plazo en los costos del servicio público prestado por la entidad privada.

---

<sup>2</sup> En Francia, por ejemplo, en caso de que la autoridad pública contratante imponga una medida unilateral que cambie el equilibrio económico de un contrato, la entidad privada tendrá derecho a ser compensada.



La legislación en la mayor parte de los países incluye reglas que permiten que los términos del contrato del proyecto sean revisados después de la ocurrencia de cambios en las condiciones económicas o financieras que no impiden que la parte cumpla con sus obligaciones contractuales pero que hacen el cumplimiento de dichas obligaciones sustancialmente más oneroso que lo que se había previsto originalmente al momento de la celebración de dichos contratos.

La legislación de Nicaragua, por ejemplo, prevé que la parte del sector privado puede solicitar una compensación en caso de actos imprevistos de la autoridad pública que incrementen sustancialmente el costo de ejecutar el contrato o que reduzcan el monto previsto en el cálculo inicial de los beneficios obtenidos de dicha ejecución. Sin embargo, esto únicamente podrá ocurrir en caso de que:

- el acto ocurra después de la celebración del contrato;
- no hubiera podido ser incluido en los Términos y Condiciones de la Licitación;
- sea una medida administrativa o un cambio legislativo o regulatorio con efectos específicos en el sector del Proyecto de la APP; y
- altere significativamente el régimen económico del contrato.

En Uruguay, los contratos de APP pueden ser renegociados en caso de que:

- existan cambios en los costos hechos por las autoridades públicas que afecten el equilibrio económico y financiero del contrato y al contrato mismo (no es una política en otras situaciones);
- eventos de fuerza mayor y caso fortuito; y
- en cualquier caso previsto en el contrato de APP.

En caso de que las partes no pudieran acordar y renegociar el contrato de APP, podrán demandar los daños causados ante las cortes correspondientes. El Ministerio de Finanzas y la Oficina de Planeación deben rendir un análisis previo sobre la revisión del contrato.

Por lo tanto, bajo circunstancias normales, el hecho de que los sueldos resultaran ser más altos de lo esperado, por ejemplo, no sería razón suficiente para revisar el contrato del proyecto. Debe existir una situación material e inesperada.

La legislación nicaragüense prevé que cualquier modificación hecha por mutuo consentimiento, que no sea sustancial, debe ser previamente aprobada por el Ministerio de Finanzas y Crédito Público, que evalúa la rentabilidad socioeconómica y la sustentabilidad fiscal del proyecto con base en la modificación solicitada. La institución contratante del gobierno debe compensar a la parte del sector privado por la inclusión de dichos cambios en el contrato.

Para evaluar la ocurrencia del evento, el contexto debe ser analizado mediante la comparación de las condiciones establecidas al inicio del contrato y aquellas encontradas en un momento posterior. Si en ese momento posterior se determinara que, efectivamente, existió un desequilibrio de la ecuación económica



financiera resultante de un mayor número de cambios impredecibles al momento de la celebración del contrato de concesión, la entidad privada tendría el derecho de restablecer la ecuación “desequilibrada”.

La ecuación económica del contrato de APP puede volver a ser equilibrada a través de varios mecanismos, dependiendo de la naturaleza de la contratación.

El marco jurídico chileno prevé que las compensaciones económicas pueden ser:

- subsidios gubernamentales;
- pagos hechos directamente a la entidad privada por parte de terceros interesados en el desarrollo de las obras;
- modificación del valor actual del ingreso total de la concesión;
- cambio en el plazo de la concesión; y
- cambio en las cuotas u otros elementos del régimen económico.

Se pueden utilizar uno o más de estos factores al mismo tiempo.

En El Salvador, la legislación también establece algunos mecanismos para restaurar dicho equilibrio:

- compensación;
- pago voluntario por parte de terceros que se encuentren interesados en la conclusión del proyecto;
- revisión de los ingresos;
- extensión del plazo;
- revisión de las tarifas u otros elementos financieros del contrato.

No todas estas medidas se encuentran autorizadas en todos los países. En Costa Rica y Guatemala, por ejemplo, la única disposición legal contenida en la legislación es la posibilidad de extender el plazo del contrato.

Para decidir qué alternativa utilizar, la Administración Pública debe analizar la situación y todo el contexto financiero del proyecto. En caso de que el proyecto no prevea el cambio de las tarifas, es obvio que ésta no podrá ser una medida para restaurar el equilibrio del contrato.

El equilibrio económico puede ser negativo para la entidad privada o incluso para la Administración Pública. La ecuación preestablecida en el proceso de licitación se encuentra básicamente conformada por cambios y ventajas. Para mantener este equilibrio, es suficiente cambiar ambos lados de la balanza. En caso de que el gobierno sea perjudicado, el contrato deberá ser equilibrado nuevamente y se deberán modificar las condiciones correspondientes.





En caso de que se decida aplicar la extensión, el nuevo plazo debe ser suficiente para cubrir los gastos de los impuestos, operaciones y mantenimiento y amortizar las inversiones previstas para el plazo de la modificación, garantizando el rendimiento del capital. También se deberá tomar en cuenta el presupuesto público respecto de cualquier compensación que deba ser pagada por la Administración Pública para restablecer el equilibrio de la ecuación.

Recomendamos que el contrato del proyecto establezca que, como condición para solicitar la revisión del contrato, los supuestos cambios en las condiciones económicas y financieras asciendan a un valor mínimo. Este valor debe ser proporcional al costo total del proyecto o a los ingresos de la entidad privada. Esta regla puede ser útil para evitar numerosas negociaciones de ajuste respecto de cambios no relevantes.

También consideramos importante que el contrato establezca revisiones periódicas del contrato que le permitan ser actualizado. El intervalo debe ser decidido tomando en cuenta el sector y la actividad del proyecto, ya que existen muchas diferencias entre ellos.

No obstante, cualquier renegociación debe ser analizada minuciosamente para preservar el interés público. En caso de que el socio privado perciba que la Autoridad Contratante se encuentra excesivamente abierta a la renegociación, esto podría dar lugar a que licitantes oportunistas del sector privado hagan ofertas más agresivas (y potencialmente no realistas) para garantizar el proyecto, esperando la posterior renegociación del contrato de APP poco después del cierre financiero en la ausencia de otros competidores. Como resultado de lo anterior, el socio privado podría intentar transferir riesgos a la Autoridad Contratante que la Autoridad Contratante hubiera considerado asignados contractualmente al socio privado. Esto podría recompensar a socios del sector privado que pudieran ser negociadores más oportunistas que eficientes.<sup>3</sup>

Teniendo esto en mente, recomendamos que se permita realizar las revisiones periódicas bajo condiciones muy estrictas, en todo momento buscando identificar si los cambios fueron requeridos por un ambiente cambiante, así como el desempeño general de la entidad privada bajo el contrato de APP.

Finalmente, es relevante que la legislación y el contrato de APP permitan la realización de revisiones extraordinarias de las condiciones económicas en casos excepcionales. Las partes no pueden ser sancionadas por eventos que se encuentren fuera de su control y del usuario del servicio público.

---

<sup>3</sup> <https://managingAPP.github.org/report/renegotiation/>

### Recomendaciones

#### Posibles cambios

La legislación debe establecer una lista de ejemplos de qué cambios previsibles pudieran ocurrir en el contrato y prever posibles acciones a ser tomadas en cada caso.<sup>4</sup>

Respecto de los eventos imprevisibles, la legislación debe, cuando menos, mencionar que estos eventos pueden ocurrir y qué acciones deberían tomar las partes en cada caso.

#### Revisiones periódicas

La legislación de APP debe prever la posibilidad de que el contrato establezca la realización de revisiones periódicas de las condiciones económicas y técnicas. Estos cambios deben ser permitidos en condiciones muy estrictas.

La frecuencia de las revisiones debe considerar el sector y las actividades implicadas.

#### Procedimiento

La legislación debe permitir la revisión extraordinaria del equilibrio del contrato cuando sea necesario.

Debe predecir los momentos en que sea posible que la entidad privada solicite una revisión (es decir, si existe un período de espera).

La legislación debe establecer el procedimiento para la posible necesidad de restaurar el equilibrio de las condiciones del contrato. Esto debe incluir el requerimiento de una indemnización bajo el contrato.

La legislación también puede estipular que el contrato del proyecto establezca que, como condición para solicitar la revisión del contrato, los supuestos cambios en las condiciones económicas y financieras deberán ascender a una suma total que alcance un valor mínimo determinado.

<sup>4</sup> La Directiva de la Unión Europea tiene los mismos conceptos relativos a los cambios del contrato para países regidos por derecho común y por derecho civil.

## FINANCIAMIENTO, FONDEO Y GARANTÍAS



# 9 FINANCIAMIENTO, FONDEO Y GARANTÍAS

## Principales hallazgos de este capítulo:

El financiamiento es la fuente del dinero requerido inicialmente para cubrir los costos de construcción de la infraestructura y es responsabilidad de la parte del sector privado. El fondeo generalmente se refiere a otra fuente de dinero requerida para cumplir con las obligaciones de pago.

Para mitigar el riesgo implicado en el financiamiento del proyecto, algunos gobiernos establecen garantías especiales para los inversionistas, como los derechos de intervención de los acreedores, incentivos para la inversión en infraestructura de la parte del sector privado, garantías de ingresos mínimos, fondo de contingencias geológicas y la creación de fondos para mejorar las condiciones crediticias y proveer un entorno más seguro para el inversionista.

La legislación de la mayoría de los países no establece qué mecanismos deberán ser usados para obtener financiamiento, de tal forma que la parte del sector privado puede financiar el desarrollo de los proyectos de APP utilizando las modalidades, instrumentos y transacciones financieras reconocidas y regularmente utilizadas en los mercados financieros nacionales e internacionales.

La mayoría de los países de América Latina y el Caribe no cuentan con un mercado de capitales desarrollado y esto reprime el uso del financiamiento en los proyectos.

Es necesario que los contratos de APP indiquen cómo se garantizará el ingreso de la parte del sector privado en caso de que el proyecto establezca que se harán pagos periódicos (disponibilidad y/o uso) por parte de la Administración Pública.

Dos razones principales han apoyado el uso de las APP. La primera es que las APP abren un espacio fiscal para los gobiernos. La segunda es que ellas son más eficientes que la producción pública; en otras palabras, entregan servicios con la misma o mejor calidad por menos dinero. Esto es, las APP permiten más inversiones en los servicios públicos o una mayor inversión.

La inversión está compuesta por el fondeo y el financiamiento. El primer tema que trataremos en este capítulo es la diferenciación entre financiamiento y fondeo.



El financiamiento se define como la fuente del dinero requerido inicialmente para pagar los costos de construcción de la infraestructura. El financiamiento normalmente es proporcionado por el gobierno a través de superávits o endeudamiento gubernamental (para la contratación tradicional de infraestructura) o por la recaudación de deuda y la financiación de capitales del sector privado (para APP).

El fondeo generalmente se refiere a otra fuente de dinero requerida para cumplir las obligaciones de pago. En el contexto de las APP, se refiere a la fuente de dinero en el largo plazo para pagar al socio privado de la APP las inversiones, costos operativos y costos de mantenimiento del proyecto. El fondeo normalmente se obtiene de los impuestos (en APP pagadas por el gobierno) o de los cargos hechos a los usuarios (en APP pagadas por los usuarios). Los gobiernos también pueden utilizar fuentes de fondos más específicas, una de las más relevantes es la “recuperación de la plusvalía inmobiliaria”.<sup>1</sup>

Debido a esta definición, casi todas las legislaciones locales analizadas en materia de APP establecen que el financiamiento es responsabilidad de la parte del sector privado.

Una de las principales razones para tener una APP es que la Administración Pública pueda distanciarse de la carga financiera y del riesgo del proyecto, ya que esta obligación es transferida a la parte del sector privado. Sin embargo, los gobiernos deberán ser muy cuidadosos con relación a las complejidades de los modelos de APP, especialmente con respecto al gasto público, teniendo un enfoque particular en la asequibilidad y las responsabilidades fiscales a largo plazo. Aunque en teoría las responsabilidades directas son incurridas en una etapa posterior, las responsabilidades contingentes, que deben ser tomadas en cuenta, necesitan ser consideradas desde un inicio (y se registran en la hoja de balance desde el momento de la firma en muchos países). En este aspecto, se debe considerar cuidadosamente la decisión de elegir una APP cuando el único propósito de esta decisión es el distanciamiento del gobierno de la carga financiera inmediata de la deuda del proyecto.

Para mitigar el riesgo implicado en el financiamiento del proyecto, algunos gobiernos establecen garantías especiales para el inversionista, tales como los derechos de intervención de los acreedores, incentivos para que las partes del sector privado inviertan en infraestructura, ingresos de garantía mínima, fondos de contingencias geológicas y crear fondos para proveer una mejora crediticia y un entorno más seguro para el inversionista. No existe un planteamiento que sea mejor que los demás, sino que existen varios planteamientos posibles que pueden ser utilizados dependiendo de la realidad del país y de las especificaciones del proyecto.

---

<sup>1</sup> <https://APP-certification.com/APP-certification-guide/7-how-private-finance-APP-project-financed-where-money-pay-construction>



La legislación de la mayoría de los países no establece qué mecanismos se deben utilizar para obtener el financiamiento, de tal forma que la parte del sector privado puede financiar el desarrollo de los proyectos de APP utilizando las modalidades, instrumentos y transacciones financieras reconocidas y generalmente utilizadas en los mercados financieros nacionales e internacionales. Algunos países, como Brasil, prevén directrices básicas estableciendo que el financiamiento se puede hacer a través de un contrato de financiamiento con un banco, la emisión de bonos o utilizando el capital de una compañía. Chile también trata el tema de forma genérica estableciendo que el financiamiento puede obtenerse utilizando créditos directos, garantías o cualquier otro contrato.

No obstante ello, Chile ha modificado la Ley General de Bancos para extender préstamos a entidades privadas y compañías de construcción; también han habido modificaciones a la legislación de Administradoras de Fondos de Pensiones, Compañías de Seguros, Fondos de Inversión y Fondos de Inversión de Capital Extranjero para que, de esta manera, dichas entidades puedan intervenir en el financiamiento de las entidades privadas y la modificación a la ley de valores que permite titularizar los flujos de las concesiones. Después de ello, comenzó a desarrollarse el mercado local de capitales.

En Colombia, los fondos locales de pensiones también pueden proveer fondos a los proyectos de infraestructura, pero no directamente. Para que esto suceda, el fondo de pensiones debe invertir en otro fondo que es el que hará la inversión final en el proyecto.


Se debe tomar en cuenta que la mayoría de los países analizados no tienen un mercado de capitales sólido y esto reprime el uso del financiamiento para proyectos. No es poco común encontrar vehículos de propósitos especiales que luchen por financiar proyectos en estas regiones.

En Jamaica, la Unidad de APP, junto con el Ministerio de Finanzas, identifican la mejor opción de financiamiento. Puede ser un financiamiento de deuda a bajo costo para el Gobierno, el otorgamiento de financiamiento por parte de instituciones multilaterales, fondos de infraestructura o fluctuaciones de bonos en los mercados de capital locales o internacionales.

Normalmente, el financiamiento no es una condición precedente para celebrar un contrato de APP, pero en ocasiones puede ser incluido como una cláusula de salida. En caso de que el socio privado no obtenga los fondos suficientes dentro de un período de tiempo determinado, el contrato se dará por terminado. Esto constituye una garantía para la Administración Pública para que no tenga proyectos no exitosos en sus manos desde un principio. En Uruguay, la legislación prevé que el socio privado debe proporcionar información sobre el financiamiento y esta información puede ser utilizada como criterio para adjudicar un contrato de APP.

Es evidente que el financiamiento es muy importante para el éxito del proyecto como lo es también analizar los mecanismos que ayuden a que la parte del sector privado obtenga el financiamiento y las garantías implicadas en el financiamiento del proyecto.





Un mecanismo que la mayoría de los países permiten es que el socio privado otorgue garantías sobre los activos y flujos de efectivo de los contratos de APP (Project Finance). Esto es muy común en proyectos de APP y no depende de la existencia de un mercado de capital desarrollado.


En la mayoría de los países, los derechos del desarrollador derivados de la APP y de las respectivas autorizaciones para el desarrollo del proyecto únicamente pueden ser transferidos a terceros (titular de los bonos), otorgados como una garantía o afectados de cualquier manera, con la previa autorización de la agencia o la entidad federal contratante. Esta autorización tiene el objetivo de que la Administración Pública mantenga el control sobre el contrato, considerando que el objeto de la APP es una obra y/o servicio público. En Perú, sin em-

bargo, esta autorización únicamente es necesaria cuando:

- el contrato lo establezca, y
- el desarrollador desee gravar la concesión con una hipoteca.

La legislación paraguaya establece una garantía especial: una prenda o fideicomiso de garantía con respecto a los derechos derivados del contrato de APP, incluyendo el flujo futuro de fondos generados por el proyecto, y las acciones que representen el paquete accionario de la compañía que actúe como participante privado.


Para proteger al titular de los bonos del riesgo de insolvencia de la entidad privada, es recomendable que la legislación establezca medidas que permitan la separación entre la compañía/consorcio adjudicado y el vehículo de propósito especial constituido para la ejecución del proyecto (cuando la legislación no lo prevea).



El mayor problema que existe respecto del financiamiento, desde un punto de vista práctico, es que la mayoría de los países de América Latina y el Caribe no cuentan con mercados de capital desarrollados como los de otras regiones. Por lo tanto, pudiera ser necesario – para que un proyecto de infraestructura sea viable – que el gobierno provea algún tipo de asistencia económica o garantía, particularmente cuando el gobierno central no sea parte de los contratos clave de los proyectos.

La Autoridad Pública puede dar in-


centivos a las partes del sector privado para que celebren contratos de APP cuando se cumplan las condiciones de la legislación local. Ecuador establece que el incentivo debe ser total o parcialmente previsto en las bases de la licitación de las bases económicas del proceso de selección del administrador privado e incluido en el plan económico financiero adjudicado. Para hacerlo, el proyecto debe ser registrado ante la Secretaría Técnica del Comité Interinstitucional y debe ser aprobado por el Comité Interinstitucional.



Los gobiernos pueden proveer financiamiento directamente a la APP (préstamos u otorgamiento de subsidios iniciales). Las contribuciones de capital también pueden reducir los costos del proyecto para el gobierno haciendo que el financiamiento se encuentre disponible en mejores condiciones que aquellas que se hubieran obtenido.

Muchos países han establecido bancos de desarrollo u otras instituciones financieras de propiedad pública,

los cuales pueden proveer una serie de productos financieros a los proyectos de APP. Estas instituciones financieras pueden ser capitalizadas por el gobierno. En algunos casos, los bancos de desarrollo establecidos pueden expandir sus actividades al sector de las APP. Por ejemplo, el Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ha sido uno de los acreedores principales de los proyectos de infraestructura privada en Brasil.



Otro tema a tratar en algunos países es el derecho de intervención del acreedor, que significa que los acreedores de las APP pueden “intervenir” en la posición de la compañía del proyecto bajo el contrato y tomar control del proyecto de infraestructura cuando la compañía del proyecto no se esté desempeñando con estándares de servicio aceptables.

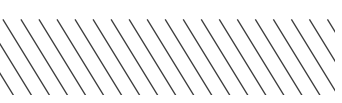
Este mecanismo debe estar regulado en el contrato de APP y, en algunos países, el organismo responsable de supervisar el contrato de APP debe autorizar la sustitución del socio privado, aun cuando ésta ocurra con motivo de los derechos de intervención, en el caso de Guatemala, por ejemplo.

El objetivo final del derecho de intervención es remediar el incumplimiento o crisis financiera de la entidad privada y darle continuidad al proyecto, salvaguardando el préstamo del acreedor o incluso preparando a la compañía para su venta, en caso de ser

necesario. Evidentemente, el instrumento únicamente debería ser utilizado en situaciones extremas de incumplimiento grave, considerando la intensidad de la medida y las responsabilidades que pueden implicar para el acreedor.

El derecho de intervención también constituye una garantía para la Administración Pública de que la provisión del servicio continuará en niveles adecuados y que el usuario no será impactado por las dificultades financieras de la entidad privada. Esto puede ser complementado con un contrato directo entre la autoridad contratante y los acreedores, aunque normalmente esta relación está limitada a las disposiciones en favor de los acreedores previstas en el contrato de APP, tales como los derechos de intervención o las garantías de repago de la deuda principal.

Algunas legislaciones renuncian al cumplimiento de los requerimientos de capacidad técnica y adecuación



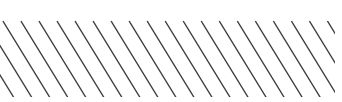
financiera de los acreedores para ejercitar el derecho de intervención. Dichos requerimientos podrían hacer imposible que los fondeadores ejercitaran su derecho de asumir el control, ya que difícilmente tendrían los atributos técnicos necesarios para prestar el servicio y también debido a los diferentes perfiles de deuda de las instituciones financieras, que son requerimientos de la entidad privada.

Adicionalmente, la falta de cumplimiento de estos requerimientos no afecta la calidad del servicio, toda vez que a través del ejercicio del derecho de intervención, los financiadores únicamente asumen el control de la entidad privada y no la prestación efectiva y directa de los servicios. Se asume que la entidad privada posee los activos, tecnología y los recursos humanos y financieros necesarios pa-

ra la adecuada provisión de los servicios y, en este sentido, cambiar el control de la sociedad no implicaría un cambio en este escenario.

La legislación brasileña en materia de APP también establece la posibilidad de que el contrato prevea que es legítimo que los acreedores del proyecto reciban el pago de daños por la terminación anticipada del contrato, y los pagos hechos por la APP, en caso de ser necesario.

La disposición de dichos derechos de los acreedores pudiera promover la inversión de las compañías en la infraestructura del país, especialmente en el caso de compañías extranjeras. Por lo tanto, es importante que la legislación de APP establezca los remedios antes mencionados.




Otra garantía para la inversión de la parte del sector privado en el país es la posibilidad de contratar seguros. En términos generales, la garantía del seguro está destinada a cubrir riesgos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones por parte del asegurado, en este caso, la Administración Pública. En el caso de una reclamación, la aseguradora paga al beneficiario el monto de la indemnización correspondiente a la obligación no cumplida. El seguro también se puede contratar considerando a los acreedores como beneficiarios del mismo.

Este mecanismo usualmente es utilizado por ambas partes (pública y privada) para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Normalmente, se impone la obligación a la


parte del sector privado de garantizar el objeto del contrato. Desde el punto de vista público, se refiere a la garantía de pago a ser hecho por la Administración Pública.

Una extensa lista de riesgos es transferida al sector privado en los proyectos de APP, y es del interés de la entidad privada asegurarse contra dichos riesgos. Existe cobertura contra riesgos de construcción, reclamaciones por daños materiales y responsabilidad civil frente a terceros. Adicionalmente, el concesionario frecuentemente contrata seguros contra la interrupción de negocios, riesgos políticos, huelgas y ataques terroristas (salvo que estos eventos sean considerados “eventos extraordinarios” bajo el contrato de APP).



La contratación de una póliza de seguro pudiera mitigar la mayoría de los riesgos asignados a dicha parte. Es la forma más básica de mitigar los riesgos. En Chile, por ejemplo, los terremotos no son considerados eventos extraordinarios debido a su

frecuencia; por lo tanto, la ley de concesiones establece que los terremotos deben estar cubiertos por un seguro.<sup>2</sup> Los huracanes son muy comunes en el Caribe y la legislación establece que el seguro en contra de estos fenómenos es obligatorio.



Es posible que la Administración Pública establezca un fondo de un único propósito para garantizar sus obligaciones pecuniarias en la APP. Este fondo normalmente es privado y su capital también es financiado junto con sus derechos y obligaciones.

El gobierno participa como el accionista del fondo, pagando su participación en dinero, deuda pública, propiedad inmobiliaria, bienes muebles, incluyendo sus acciones en corporaciones de capital mixto, excediendo lo necesario para mantener su control por parte de la Unión, u otros derechos con valor patrimonial.

México, por ejemplo, tiene el Fondo Nacional de Infraestructura (FONADIN) que puede otorgar préstamos y subvenciones de capital, pero también ayuda a las agencias a otorgar subvenciones para realizar los estudios preliminares de los proyectos. El Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (BANOBRAS) también otorgó préstamos a APP a bajas tasas de interés. Durante el último año, BANOBRAS asignó exitosamente \$2.3 mil millones de pesos mexicanos a distintas estructuras de Financiamiento de Proyectos.


Costa Rica también tiene un fondo, administrado por su Unidad de APP, cuyo propósito es financiar proyectos en el país.

Los mecanismos establecidos en la legislación de los países tienen como objetivo principal otorgar garantías a la parte del sector privado, especialmente cuando ésta es extranjera, para su inversión en infraestructura. Es importante contar con dichos dispositivos para que los proyectos de APP sean exitosos, ya que la parte del sector privado, en la mayoría de los casos, será responsable de financiar el proyecto.

Es necesario que la legislación trate estos temas de forma particular considerando que los países de América Latina y el Caribe no tienen un mercado de capitales desarrollado. Por lo tanto, la asistencia de la Administración Pública mediante la provisión de estos mecanismos en la legislación y en el contrato pudiera crear una garantía en favor de la parte del sector privado o de la propia Administración Pública.

---

<sup>2</sup> <https://APPknowledgeLab.org/guide/sections/15-climate-change-and-natural-disasters#passage-47>



También es necesario que los contratos de APP estipulen la forma de garantizar el ingreso de la parte del sector privado en caso de que el proyecto establezca la realización de pagos periódicos (disponibilidad y/o uso) por parte de la Administración Pública, particularmente a nivel regional. En ocasiones, no le es posible a la Administración Pública realizar estos pagos y, con la finalidad de que la parte del sector privado no quede desprotegida, algunas legislaciones establecen el uso de mecanismos para garantizar dichos pagos. Se debe tomar en cuenta que la garantía otorgada puede ser financiera o no financiera.

La mayoría de los países no prevén este tema o establecen que las bases de la licitación o el contrato estipularán las garantías. Sin embargo, la legislación de algunos países prevén posibles instrumentos, como es el caso de Brasil, Uruguay, Ecuador y Argentina, tales como:

- La afectación específica y/o la transferencia de recursos fiscales, bienes, fondos y cualquier tipo de crédito y/o ingresos públicos.
- La creación de fideicomisos (o fondos) y/o el uso de fideicomisos exis-

tentes. En este caso, la propiedad fiduciaria de recursos fiscales, créditos, activos, fondos y cualquier otro tipo de propiedad puede ser transferida de forma exclusiva e irrevocable con el propósito de resolver y/o garantizar el pago de las obligaciones pecuniarias asumidas en el contrato.

- El otorgamiento de bonos, garantías, garantías por parte de entidades de reconocida solvencia en el mercado nacional e internacional que no estén controladas por el Gobierno y/o la constitución de cualquier otro instrumento que cumpla con la función de la garantía.
- La contratación de seguros de garantía con compañías de seguro que no estén controladas por la Autoridad Pública.

Estos instrumentos son los más comunes al hablar de las garantías otorgadas por la Administración Pública, pero la práctica no se encuentra restringida a ellos, toda vez que las legislaciones permiten que los contratos de APP definan otras prácticas. Esto se debe principalmente a la posibilidad de que aparezcan nuevos mecanismos en el mercado.



### Recomendaciones

La legislación de APP debe permitir que la entidad privada (instituciones financieras) otorgue garantías sobre los activos e ingresos de los contratos de APP sobre la base de financiamientos sin recursos.

---

La legislación también debe estipular la existencia de algunos derechos en favor de los acreedores, tales como el derecho de intervención que garantiza la continuidad del proyecto.

---

Para mejorar la participación de las partes del sector privado en los proyectos de infraestructura, la Administración Pública puede otorgar incentivos o beneficios a las entidades interesadas en invertir. La legislación debe establecer cuándo es posible otorgar estos beneficios y las condiciones en las que se puede llevar a cabo.

---

La legislación debe establecer instrumentos de garantía otorgados por la Administración Pública que mitiguen los riesgos del financiamiento asumidos por la parte del sector privado. En este sentido, las organizaciones multilaterales y los bancos de desarrollo son particularmente importantes.



A large background image featuring a person's profile in silhouette, wearing glasses. The person is looking towards the right. The background is a high-angle, wide shot of a city with numerous skyscrapers and buildings, likely a financial district. The sky is filled with soft, white clouds. The overall color palette is a mix of cool blues and greys for the city, and warm oranges and yellows for the sky and the person's silhouette.

## EVENTOS EXTRAORDINARIOS

# 10 EVENTOS EXTRAORDINARIOS

## Principales hallazgos de este capítulo:

Los eventos extraordinarios son aquellos causados por caso fortuito y fuerza mayor que interrumpen la ejecución del proyecto y sus resultados son imprevisibles. No sólo pueden dañar la infraestructura que se encuentra en construcción o en operación, sino que también pueden causar daños a la operación misma y al flujo de efectivo de la entidad privada.

Debido a las particularidades de cada caso, la legislación no puede ser demasiado específica al hablar de los eventos extraordinarios que pudieran ocurrir y afectar la ejecución del proyecto.

Es importante tener, cuando menos, algunos procedimientos y conceptos establecidos y el contrato debe distribuir el riesgo de los eventos extraordinarios de la mejor manera posible y proveer mecanismos para la mitigación de dichos riesgos.

Como se vio anteriormente, las APP son contratos a largo plazo y tienen objetos complejos, de tal forma que las condiciones contenidas en el diseño del proyecto pudieran estar sujetas a cambios bajo condiciones específicas. Una de las situaciones que pudiera afectar directamente la ejecución del proyecto son los eventos extraordinarios. Para los fines del presente reporte, eventos extraordinarios son aquellos causados por eventos de fuerza mayor y caso fortuito. En estos casos, la ejecución del proyecto pudiera verse interrumpida por eventos imprevistos, tales como desastres naturales o eventos políticos y especiales, como una guerra o disturbios civiles, y esta interrupción pudiera generar pérdidas para ambas partes.

La definición de “fuerza mayor” varía de proyecto en proyecto y con relación al país en el que se encuentre ubicado el proyecto. Los eventos de “fuerza mayor” generalmente incluyen “riesgos que se encuentran fuera del control razonable de las partes, incurridos no como producto o resultado de la negligencia de la parte afectada, que tengan como resultado un efecto materialmente adverso sobre la capacidad de dicha parte para cumplir con sus obligaciones”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Delmon, Jeffrey. Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, APP Projects and Risk. Kluwer Law International, 2009.



Los eventos extraordinarios son un riesgo relevante que requiere ser adecuadamente asignado. No obstante ello, en la mayoría de las legislaciones, el riesgo de fuerza mayor es generalmente asignado al gobierno. La idea es que el otorgante es la parte más capaz de manejar riesgos de fuerza mayor, ya que parcialmente se refieren a las actividades del gobierno del país sede y sus relaciones con otros países y/o su población, y el otorgante es la única parte capaz de soportar dicho riesgo, considerando el tamaño y la dificultad de obtener un seguro adecuado.

Los eventos extraordinarios pueden dañar la infraestructura que se encuentra en construcción o en operación, pero también pueden causar daños a la operación misma y al flujo de efectivo de la entidad privada. Las consecuencias no pueden ser previstas y por ello es tan importante contar con un plan antes de que ocurra el evento. Aun cuando los daños reales únicamente serán analizados en caso de que ocurra el evento, es relevante tener disposiciones en la materia.

En ocasiones se imponen requerimientos más estrictos, tales como la imposibilidad de cumplir una obligación. Esto es muy difícil de probar y pudiera dar lugar a que la entidad privada soporte un nivel inaceptable del riesgo. Las partes también deberían considerar si es apropiado excluir consecuencias que pudieran ser evitadas razonablemente por cualquiera de las partes.


Los eventos de fuerza mayor no son razonablemente previsibles y su ocurrencia es improbable. Por ejemplo, en los casos en que el suministro de elec-

tricidad es necesario para la operación de instalaciones, pero generalmente es intermitente, las partes deberán garantizar que exista una generación auxiliar o alguna otra solución. No tener energía, en este caso, no es un evento extraordinario. En otras circunstancias, sin embargo, el suministro intermitente pudiera ser inusual y no razonablemente previsible y, en este caso, sería apropiado considerarlo un evento de fuerza mayor.

La previsibilidad razonable del evento depende de las características de cada proyecto. Una planta de energía no está sujeta a los mismos eventos de fuerza mayor que un proyecto de APP para servicios de diagnóstico por imágenes o un proyecto vial.

Debido a las particularidades de cada caso, la legislación no puede ser demasiado específica al hablar de los eventos extraordinarios que pudieran ocurrir y afectar la ejecución del proyecto. Por esta razón, este tema debe ser establecido y previsto de forma particular para cada proyecto. Independientemente de la diferenciación, la ocurrencia de un evento extraordinario podría causar la suspensión del contrato o incluso su terminación, dependiendo de sus secuencias sobre la infraestructura física o el equilibrio financiero del contrato.

La legislación de APP de los dos países analizados que son regidos por derecho común (Jamaica y Trinidad y Tobago) no tratan este tema de ninguna manera. Como se mencionó anteriormente, la legislación de los países regidos por el derecho común no prevé necesariamente algunos temas, pero el contrato normalmente lo hace.



La mayoría de las legislaciones locales en materia de APP prevé los eventos extraordinarios en términos generales. De acuerdo con casi todas ellas, los contratos de APP o las reglas de la licitación deben definir la forma de manejar los eventos extraordinarios. Esto confirma el hecho de que cada proyecto tiene sus particularidades.

En caso de que ocurran dichos eventos, el contrato debe establecer la forma en que las partes deben actuar. Estas disposiciones son importantes para la Administración Pública debido a los efectos que estos eventos pueden tener en el proyecto.

Dependiendo de las consecuencias del evento en la ejecución del contrato, las partes pueden llegar a un acuerdo en el que la parte del sector privado reciba una compensación por los daños causados o se puede extender el plazo para la realización del proyecto.

Las legislaciones paraguaya y brasileña, por otro lado, prevén que los riesgos derivados de eventos extraordinarios pueden ser compartidos entre las partes, dependiendo del proyecto, y que será responsabilidad de la Administración Pública asegurarse de que existan mecanismos que promuevan el equilibrio económico y financiero del contrato.

Existen otros países, como Chile, cuya legislación establece que la Hacienda Pública debe pagar los daños causados por los eventos extraordinarios en caso de que las reglas de la licitación así lo estipulen. Esta es una solución que asigna todo el riesgo a la Administración Pública, si se considera necesario para la ejecución del proyecto, desde el momento de su diseño.

Este planteamiento también se establece en la legislación colombiana, en la que las Autoridades Públicas deben incluir un monto en el presupuesto anual para cubrir eventos extraordinarios.<sup>2</sup>

Adicionalmente, el contrato puede ser suspendido durante un período para ser posteriormente reanudado cuando se hayan estabilizado las condiciones. No obstante ello, en caso de que las consecuencias fueran demasiado graves, es posible que el estatus del proyecto no se resuelva y el contrato sea terminado anticipadamente. En algunos países, como Ecuador y Guatemala, los eventos de fuerza mayor pueden provocar la terminación anticipada si las partes no pudieran llegar a un acuerdo sobre cómo manejar las consecuencias del evento.

A partir del análisis de la legislación local en materia de APP, pensamos que es importante contar, cuando menos, con algunos procedimientos y conceptos establecidos, aunque sea de forma general. Aún más importante es que el contrato asigne el riesgo de los eventos extraordinarios de la mejor manera posible y prevea mecanismos para la mitigación del riesgo: negociarlo y llegar a un acuerdo cuando el evento ocurre es más difícil, más costoso y consume mayor tiempo que establecer los lineamientos para manejar sus consecuencias.

No es razonable recomendar que todos los países tengan disposiciones tan detalladas como las de Colombia o Chile. No obstante ello, pensamos que es deseable contar con directrices mínimas sobre la manera de manejar los efectos de un evento extraordinario.

---

<sup>2</sup> En Colombia es obligatorio siempre que un proyecto de APP implique el uso de fondos públicos.



### Recomendaciones

La legislación debe definir en qué consiste un evento extraordinario.

---

La legislación de APP debe establecer que el riesgo de los eventos extraordinarios se encuentre expresamente previsto en el contrato.

---

Es deseable que la legislación establezca directrices mínimas sobre cómo manejar los efectos de un evento extraordinario.

---

La legislación debe prever que el contrato de APP establezca el procedimiento para la indemnización, suspensión o terminación anticipada.





## PRERROGATIVAS DE LA AUTORIDAD PÚBLICA



# 11 PRERROGATIVAS DE LA AUTORIDAD PÚBLICA

## Principales hallazgos de este capítulo:

La Administración Pública tiene algunas prerrogativas para mantener los niveles del servicio y para asegurar la protección del interés público. Para hacerlo, la Administración Pública podrá:

- modificar el contrato para que se adecúe mejor al interés público;
- suspender la ejecución del contrato;
- terminar anticipadamente el contrato por razones de interés público.

La Administración Pública también podrá imponer sanciones al socio del sector privado en caso de incumplimiento del contrato. Más que una prerrogativa, este es un deber de la Administración Pública.


Todas estas prerrogativas deberán ser ejercitadas de conformidad con la legislación, la cual deberá establecer previamente los parámetros correspondientes.

En caso de que estas prerrogativas, al ser ejercitadas, causaran algún daño a la entidad privada, se deberán pagar los daños respectivos.

Los proyectos de APP son contratos celebrados con la Administración Pública para garantizar la protección del interés público. El objeto de la APP es ejecutar obras públicas y proveer servicios públicos. El contrato en todo caso deberá tener como objetivo la continuidad de los servicios a niveles adecuados. Por lo tanto, la Administración Pública tiene algunas prerrogativas que le permiten supervisar la ejecución del proyecto.

Como se discutió anteriormente, la Administración Pública debe mantener los niveles del servicio y garantizar la protección del interés público. La Administración Pública tiene algunas prerrogativas que la hacen prevalecer sobre el socio privado; las partes no se encuentran en igualdad de condiciones.

Los Contratos Administrativos tienen cláusulas que no serían posibles bajo un contrato de derecho privado. Estos contratos permiten que la Administración adquiera privilegios, con la garantía de varias prerrogativas. La legislación colombiana, por ejemplo, establece que el contrato debe tener las llamadas cláusulas excepcionales.




Una de las prerrogativas es que la Administración Pública puede modificar el contrato para adecuarlo mejor al interés público, con respecto a los derechos del contratista. En estos casos, la Administración Pública puede solicitar que la parte del sector privado realice nuevas inversiones.

Esta obligación no es ilimitada. La mayoría de las legislaciones locales determina un monto de inversión máxima que resulte del cambio del porcentaje del monto de la inversión total. El monto varía de país en país. En Chile es el 25%, en El Salvador del 15%, en Colombia y Uruguay es del 20%. Jamaica, por ejemplo, no establece una limitación.

Mientras que Costa Rica limita las nuevas inversiones a un 25%, también establece que estos cambios deberán ser aprobados por la Oficina del Contralor General de la República. Esta disposición garantiza que la decisión no será hecha por la autoridad contratante sin supervisión, de tal forma que se tomen en cuenta los derechos de la parte del sector privado.


La Administración Pública también debe asegurar que el contrato sea económica y financieramente equilibrado. La legislación de Chile establece que el Ministerio de Obras Públicas puede modificar las características de las obras y servicios contratados para incrementar los niveles del servicio y los estándares técnicos establecidos en las reglas de la licitación, o por otros motivos de interés público. Consecuentemente, debe proveer una compensación financiera a la entidad privada por los costos adicionales incurridos, cuando esto sea apropiado.

Existen distintas formas de mantener el equilibrio, pero las más comunes son extender el plazo del contrato, cambiar el monto de las tarifas (en su caso) y pagar daños a la parte del sector privado. El organismo regulador debe analizar los mecanismos para determinar el que mejor se adecúe a las características del proyecto. De cualquier forma, es esencial que la parte del sector privado sea compensada de manera que no sea perjudicada y que no exista un abuso de las prerrogativas de la Administración Pública.



La legislación en algunos países también provee a la Administración Pública la prerrogativa de suspender la ejecución del contrato. La ley en materia de APP en El Salvador establece que el gobierno puede suspender temporalmente el contrato por 45 días por cualquier motivo, el cual debe estar previsto en la convocatoria pública y dicha suspensión no genera responsabilidad alguna para la autoridad contratante.

La legislación peruana permite la suspensión cuando la infraestructura pública o sus elementos sean parcialmente destruidos, de tal forma que se haga imposible su uso por algún tiempo bajo las disposiciones de contrato. También permite la suspensión en caso de guerra o fuerza mayor que impida la ejecución del contrato, así como por cualquier otro motivo previsto en el contrato. Durante el período de suspensión, se




interrumpe el plazo del contrato. La interrupción del plazo protege los derechos de la parte del sector privado, ya que no se encuentra obligada a prestar los servicios durante dicho período y, por lo tanto, no incurre en más gastos. Por supuesto, esto no es aplicable a infraestructura que no pueda ser utilizada debido a un acto realizado por la parte del sector privado.

La legislación hondureña prevé que el Superintendente puede suspender el contrato de APP. Con la finalidad de que los servicios no sean interrumpidos, el Superintendente puede contratar servicios temporalmente, hasta que se celebre un nuevo contrato de asociación público-privada por un año.

Limitar el período y la situación en la que el contrato puede ser suspendido es una medida de seguridad para ambas partes. La parte del sector privado tiene la salvaguarda de no sufrir la suspensión de su contrato en cualquier momento si ciertas situaciones no ocurren y la Administración Pública puede suspenderlo cuando sea


necesario. Asimismo, la contratación de servicios temporales garantiza que los usuarios del servicio no se vean afectados por estas circunstancias.

Si la causa de la suspensión se debiera a la falta de cumplimiento de la entidad privada, en la mayoría de los países la legislación autoriza que la autoridad contratante tome control de la operación de las instalaciones temporalmente, de forma que no se interrumpa la prestación de los servicios. En algunos sistemas jurídicos, dicha prerrogativa es inherente a la mayoría de los contratos gubernamentales y se presume su existencia. En este caso, debido a que se trata de una medida extrema, la legislación debe definir, de la manera más clara posible, las circunstancias en las que se puede ejercitar esta prerrogativa. Es importante que la legislación aclare que la intervención de la autoridad contratante en el proyecto es temporal y tiene la intención de remediar un tema de urgencia específica que la entidad privada no ha logrado llevar a cabo.



Otra prerrogativa prevista en la legislación de todos los países es la terminación anticipada del contrato debido al interés público. Hablaremos con más profundidad acerca de las consecuencias de esta terminación en un capítulo más adelante, pero es importante resaltar que la decisión de dar por terminado el contrato en todo caso debe estar motivada considerando la severidad que implica la terminación del contrato.


La legislación salvadoreña establece que la autoridad contratante debe solicitar la aprobación del Consejo de Administración de PROESA, que la podrá otorgar después de haber obtenido la opinión favorable del Ministerio de Finanzas respecto de la perspectiva fiscal y de OFAPP, sobre temas que se encuentren dentro de sus facultades. En Panamá, también es necesario obtener una autorización.



Adicionalmente, como en los casos de suspensión, la legislación nicaragüense determina que en caso de un incumplimiento grave del contrato o en caso de abandono del proyecto, según lo declare la DGIP (organismo competente) a solicitud

de la institución contratante y el auditor del proyecto, éstos deberán designar a un interventor que tendrá la facultad de asegurar el cumplimiento del contrato de APP, para una prestación eficiente, efectiva e ininterrumpida de los servicios.

## 11 PRERROGATIVAS DE LA AUTORIDAD PÚBLICA **SANCIONES**



La última prerrogativa de la que hablaremos en este capítulo es el derecho que tiene la Administración Pública de imponer sanciones al socio privado en caso de incumplimiento del contrato. Más que una prerrogativa, en contratos administrativos, la Administración tiene el deber de aplicar sanciones directas a la parte del sector privado – previstas en la legislación o sanciones legales o previstas en el contrato. La Administración es puesta en una situación de privilegio en la relación contractual. Esta medida es una forma de supervisar el cumplimiento del contrato y es parte de la función regulatoria de la Autoridad Pública.

Sin embargo, esta prerrogativa no puede ser ejercitada sin el debido proceso y ejercicio del derecho de defensa que tiene la parte del sector privado. Además, las sanciones deben ser establecidas en los contratos de APP.

La legislación hondureña prevé que en caso de incumplimiento del contrato, la Superintendencia podrá aplicar multas y sanciones, de conformidad con la reglamentación o con el contrato. Esta aplicación de sanciones debe ser aprobada por el Superintendente dentro de los 60 días siguientes a la designación del superintendente. Adicionalmente a la sanción aplicada a la parte incumplida, pueden existir otras sanciones impuestas a los representantes legales o

a los miembros de los consejos de las personas morales, de conformidad con su participación y responsabilidad con respecto a las faltas cometidas.

Como puede verse, la Administración Pública tiene algunas prerrogativas debido a que las APP son contratos administrativos y el interés público debe ser garantizado. Sin embargo, la legislación también establece límites a estas prerrogativas, de manera que no se cometa un abuso de poder.

Teniendo eso en mente, es primordial que la legislación establezca límites al ejercicio de estas facultades, especialmente en los casos en que la parte del sector privado sea financieramente afectada en perjuicio de la ejecución del proyecto. Por lo tanto, la legislación deberá, cuando menos, establecer un umbral de valor para el caso de los cambios o establecer que el contrato lo prevea.

Otra recomendación es que el marco jurídico defina las situaciones en las que se pueden ejercitar estas prerrogativas y por cuánto tiempo, como en el caso de la suspensión, por ejemplo.

Finalmente, cualquier sanción a ser aplicada a la parte del sector privado debe ser previamente definida en el contrato y debe haber sido objeto de un procedimiento administrativo en el que la parte del sector privado haya tenido el derecho a defenderse.

### Recomendaciones

#### Cambio unilateral

En caso de que la legislación no establezca límites para los cambios unilaterales, cualquier solicitud en esta materia debe estar debidamente motivada y justificada. Estos cambios únicamente deben ser permitidos bajo condiciones muy estrictas. Desde la perspectiva del sector privado, ellos querrán tener alguna certeza con respecto a los cambios unilaterales. En ocasiones, será del interés del gobierno limitar los cambios unilaterales con la finalidad de dar certidumbre. En otras ocasiones, el gobierno necesitará usar esta prerrogativa, debido a inquietudes en materia de interés público. Las contraprestaciones deben ser adecuadamente equilibradas.

---

La legislación debe prever que cualquier cambio unilateral sea debidamente compensado a la parte del sector privado. El procedimiento debe ser determinado por la legislación.

---

La legislación debe establecer algún umbral de valor para casos de cambios o establecer que el contrato lo prevea.

#### Suspensión

La legislación debe establecer la situación en la que es posible suspender la ejecución del contrato y por cuánto tiempo.

---

También debe prever la forma en que la Administración Pública mantendrá la prestación del servicio público

---

En caso de que hubiera una nueva contratación para este período, la legislación debe establecer un período máximo para el nuevo contrato.

#### Terminación anticipada unilateral

La legislación debe establecer la situación en la que es posible llevar a cabo la terminación anticipada del contrato.

---

Debe prever la forma de indemnizar a la parte del sector privado.

---

Debe existir una disposición con respecto a la cual se autorice esta decisión por parte de un organismo público competente.

#### Sanciones

Cualquier sanción a ser aplicada a la parte del sector privado debe ser previamente definida en el contrato y debe haber sido objeto de un procedimiento administrativo en el que la parte del sector privado haya tenido el derecho de defenderse.





## DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

# 12 DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

## Principales hallazgos de este capítulo:

La distribución adecuada de los riesgos del proyecto es primordial para tener una APP eficiente.

Los riesgos pueden ser asignados a la parte del sector privado, a la Administración Pública o pueden ser compartidos entre ellos y esta definición deberá hacerse tomando en cuenta cuál de las partes se encuentra en una mejor posición para evitar y soportar dichos riesgos.

Existe un gran número de riesgos involucrados en las APP, como riesgos extraordinarios, políticos, de construcción y operación, comerciales, financieros, ambientales y de demanda.

Los riesgos de APP son aquellas circunstancias que pueden afectar a las partes y que tienen efectos negativos en el proyecto, de tal forma que la distribución eficiente de los riesgos es uno de los principales aspectos para estructurar proyectos eficientes.

Cuando las partes discuten la manera en que los riesgos deben ser asignados, también discuten sobre la estructura principal de la distribución de las responsabilidades y funciones en la asociación. Esto tiene varios efectos diferentes y no constituye una actividad legal independiente, sino una actividad interdisciplinaria que implica aspectos legales, técnicos y financieros. Una distribución inadecuada de los riesgos puede provocar el fracaso o la inviabilidad del proyecto. La distribución del riesgo debe incluir:

- las mejores consideraciones técnicas para la operación de la APP;
- consideraciones económicas y financieras que dichas elecciones técnicas tengan sobre la viabilidad del proyecto;
- la promoción de los ajustes necesarios; y
- la presentación para la evaluación de la legalidad, los procedimientos y disposiciones jurídicas necesarias para la contratación del proyecto.

La distribución de los riesgos contractuales deberá hacerse tomando en cuenta cuál de las partes se encuentra en una mejor posición para evitarlos y soportarlos. De esta manera, se evitará que el socio privado interponga demandas con reclamaciones injustificadas para reestablecer el equilibrio económico financiero del contrato, al mismo tiempo que se permite la evaluación de los riesgos y la atraktividad de la inversión, haciendo a la concesión más transparente y eficiente.





El concepto de la distribución del riesgo en las APP es relativamente claro: los riesgos deben ser asignados a la parte que esté en mejores condiciones de manejarlo. En otras palabras, la parte que pueda comprender mejor un riesgo, controlar la probabilidad de su ocurrencia y/o minimizar el impacto del riesgo, también debería ser responsable de manejarlo. Cuando una parte que maneja el riesgo también corre con su costo financiero, dicha parte tendrá incentivos para mitigar el riesgo. Se asume que la distribución del riesgo con base en estos principios genera una distribución del riesgo más eficiente, los menores costos para el proyecto y la mejor relación calidad-precio.

La distribución óptima de los riesgos es un impulsor clave de la relación calidad-precio en un modelo de APP, ya que permite que la agencia pública transfiera riesgos a la parte del sector privado, liberándola de soportar el costo de los riesgos que no puede manejar – tales como costos excedentes durante la fase de construcción, demoras en la construcción y mantenimiento a largo plazo de los activos. Para la parte del sector privado, una distribución eficiente de los riesgos es clave para garantizar que el proyecto sea financiable y que tenga una atractiva relación riesgo – rentabilidad.

Los riesgos asignados inadecuadamente afectarán todo el proyecto. Las evaluaciones de riesgos normalmente se basan en dos preguntas:

- ¿Qué parte puede controlar mejor la ocurrencia del riesgo?
- ¿Qué parte puede manejar mejor el resultado del riesgo o controlar su costo final?

Maximizar la relación calidad-precio requiere que la modelación de la APP considere la medida en que las partes pudieran tener incentivos para influenciar el impacto total del riesgo. Aun cuando una parte no sea capaz de evitar la materialización de los riesgos, dicha parte pudiera asumirlos si tiene el control sobre su costo final.

Los riesgos pueden ser asignados a la parte del sector privado, a la Administración Pública o pueden ser compartidos entre ellos. La parte a la que se le asigna el riesgo debe ser responsable de las medidas de mitigación de dicho riesgo.

Cuando los riesgos son asignados a la parte del sector privado, es importante comprender la medida en que la parte del sector privado está dispuesta a aceptar el riesgo. No es razonable asignar riesgos a la parte del sector privado que ésta no puede mitigar de forma alguna o, que si lo hace, lo hará a un alto costo de manera que se puede afectar negativamente la relación calidad-precio, especialmente si la Administración Pública pudiera manejarlos de mejor manera.

La mayoría de las legislaciones locales de los países analizados establece que el contrato o las bases de la licitación establecerán la manera en que los riesgos serán asignados. Cada proyecto tiene sus propias características, circunstancias, requerimientos, relaciones y partes. Por lo tanto, no parece adecuado que la legislación determine la forma de llevarla a cabo.

En algunos países, como Argentina, la legislación también prevé que el contrato debe establecer medidas de mitigación para cada riesgo asignado.



Honduras limita la responsabilidad de la Administración Pública respecto de la distribución del riesgo a su contribución a la APP.

Los riesgos pueden ser divididos por categoría, algunos de ellos son: extraordinarios, políticos, de construcción y operación, comerciales, financieros, ambientales y de demanda.

### **Riesgos Extraordinarios**

Estos riesgos son causados por eventos de fuerza mayor y caso fortuito y se encuentran fuera del control de las partes. En estos casos, la ejecución del proyecto puede ser interrumpida por eventos imprevistos de naturaleza física, tales como desastres naturales o eventos políticos o extraordinarios, tales como guerra y disturbios civiles, lo que puede generar pérdidas para ambas partes. Una forma posible de mitigarlos es obligar a que la parte del sector privado contrate un seguro para cubrir estos eventos, cuando sea posible.

### **Riesgos Políticos**

Los riesgos políticos implican situaciones causadas por actos de la autoridad contratante o de cualquier otro organismo del país en el que se esté desarrollando el proyecto, que pudieran afectar negativamente el proyecto. En este caso, también podemos considerar actos de países extranjeros que afecten la ejecución de la APP. Por ejemplo, un boicot al país sede que haga imposible que el gobierno pague al concesionario.

Como la parte del sector privado no puede preverlos, se espera que la autoridad contratante asuma estos riesgos compensando a la parte del sector privado por la pérdida de ingresos, por ejemplo. Las agencias multilaterales normalmente tienen instrumentos que ayudan a mitigar estos riesgos.

### **Riesgos de Construcción y de Operación**

Los riesgos de construcción y operación afectan no solamente a la parte del sector privado sino también a la autoridad contratante y a los usuarios del servicio prestado.

La fase de construcción implica los riesgos más costosos del proyecto, en caso de que se materialicen. La infraestructura del proyecto debe construirse de conformidad con los requerimientos del contrato de APP. Algunos riesgos de construcción son:

- problemas para concluir el proyecto;
- costos en exceso de los estimados originalmente;
- el servicio no cumple con los criterios de desempeño al momento de la conclusión del proyecto;
- diseño inadecuado de las obras;
- condiciones climáticas imprevistas que pudieran demorar las obras;
- riesgos ambientales que surgen durante la construcción;
- costo de completar la construcción; y
- cualquier otro riesgo que pudiera afectar la construcción.



Estos riesgos normalmente son asignados a la compañía constructora del Vehículo de Propósito Especial que diseña y construye el proyecto. La legislación de algunos países establece este tipo de distribución, como en el caso de Chile y Costa Rica.

La operación puede ser impactada por la materialización de un riesgo de desempeño (en caso de que las instalaciones no puedan ser efectivamente operadas) o por un excedente en los costos. El riesgo puede derivar de la administración inadecuada de los activos, de actos de la parte contratante o incluso de eventos extraordinarios. La única legislación que asigna este tipo de riesgo es la de Ecuador, en la cual los riesgos de construcción, operación y mantenimiento son asignados a la entidad privada.

Aun cuando la legislación local normalmente no establece a qué parte se deben asignar estos riesgos, con las excepciones anteriores, los riesgos que no sean considerados extraordinarios y que ocurran durante estas fases normalmente corren a cargo de la parte del sector privado.

### **Riesgos Comerciales**

Los riesgos comerciales, como se infiere de su nombre, son aquellos que, al materializarse, afectan la generación de los ingresos esperados debido a cambios en los precios de mercado o en la demanda. Esto puede causar graves daños a la capacidad del concesionario de continuar con la prestación de servicios o la ejecución de las obras. Estos riesgos varían de acuerdo al sector y al tipo de proyecto, por lo que la distribución de estos riesgos es una decisión que debe ser tomada al momento de modelar cada proyecto. Mientras mayor sea el riesgo comercial asignado a la entidad privada, mayor será el costo del capital ya que la garantía del inversionista es menor.

También es importante diferenciar el riesgo de demanda (el número de usuarios de la infraestructura) y el riesgo de capacidad (si la infraestructura tiene capacidad suficiente para absorber a los usuarios). Cuando el pago a la APP se relaciona con la disponibilidad, el riesgo de la demanda es menor que cuando se cobra cuotas a los usuarios. Sin embargo, en estos casos, el riesgo de capacidad es mayor.

### **Riesgos Financieros**

Los riesgos financieros implican el tipo de cambio, la inflación y los riesgos de financiamiento. El tipo de cambio se refiere a posibles cambios en el tipo de cambio de moneda extranjera que afecten al proyecto y que pudieran limitar su disponibilidad en el mercado local. La inflación también puede tener un impacto directo en el flujo de efectivo del proyecto.

Los riesgos de financiamiento normalmente son asignados a la parte del sector privado, que generalmente es responsable del proyecto. En caso de que la entidad privada solicite préstamos en moneda extranjera, los cambios pueden generar mayores costos financieros. Sin embargo, la Administración Pública puede otorgar garantías para mitigarlos. También se puede disponer este tema en el contrato en el cual se puede limitar y mitigar dicho riesgo.



### Riesgos Ambientales

Los riesgos ambientales se refieren a los efectos en el medio ambiente durante la implementación del proyecto. Los riesgos y responsabilidades ambientales que pudieran ser potencialmente significativos en el contexto de un proyecto de desarrollo de infraestructura a gran escala caen dentro de un número de distintas categorías, incluyendo: responsabilidades por contaminación del terreno (histórica), riesgos de construcción y riesgos ambientales operativos.

### Riesgos de Demanda

El riesgo de demanda se refiere a la posibilidad de que ocurran variaciones en el ingreso estimado de la APP debido a que la intensidad en el uso de la infraestructura de la APP sea mayor o menor a la frecuencia estimada o proyectada. Por lo tanto, es un riesgo que deriva de que el uso de la propiedad, objeto del contrato de APP, sea diferente al uso originalmente planeado, lo cual tendrá un impacto en los ingresos del proyecto.

En vista de los riesgos mencionados anteriormente, considerar los riesgos aislados normalmente es incorrecto y no proporciona una visión completa de los requerimientos del proyecto. Es importante analizar el proyecto como un todo y asignar los riesgos adecuadamente, teniendo en mente la ejecución del proyecto como prioridad.

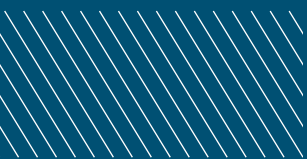
El marco jurídico brasileño<sup>1</sup> también prevé que en caso de que la Administración Pública asuma más del 40% de los riesgos de demanda, construcción o disponibilidad, el valor de los activos constituidos y reconocidos del Vehículo de Propósito Especial deberá ser registrado en el balance de la autoridad contratante para soportar los riesgos asumidos.

Aunque existe una variedad de riesgos, las partes normalmente están aseguradas para mitigarlos. En la mayoría de los países, la parte del sector privado debe tener seguros específicos para cubrir los principales riesgos que se le hubieren asignado. En caso de que ocurra el evento, la parte se encontrará asegurada contra sus consecuencias y el proyecto no será terminado con motivo de riesgos ordinarios.

También es importante considerar que las partes pueden mitigar o reasignar los riesgos mediante la celebración de otros contratos – como contratos de préstamo; contratos de construcción, contratos para el suministro de equipo; contratos de operación y mantenimiento; contratos directos entre la autoridad contratante y los acreedores. Por lo tanto, el riesgo puede ser mitigado de muchas formas distintas en caso de que los riesgos sean asignados a la parte que se encuentre mejor preparada para manejarlos.

---

<sup>1</sup> Ordenanza No. 614/2006 de la Hacienda Nacional Brasileña.



### Recomendaciones

La legislación debe determinar que el contrato de APP distribuya los riesgos implicados, así como su debida mitigación. Esto podría hacerse estableciendo cláusulas o haciendo matrices de riesgo.



## TERMINACIÓN DE LA APP



# 13 TERMINACIÓN DE LA APP

## Principales hallazgos de este capítulo:

Existen varios motivos para la terminación de un contrato de APP además de su vigencia. Sin embargo, la terminación anticipada deberá ser el último recurso debido a las graves consecuencias que tiene para todas las partes interesadas.

Las principales causas de la terminación anticipada son el incumplimiento grave por parte de la entidad privada, insolvencia/quiebra de la entidad privada, el interés público, un incumplimiento grave de la autoridad contratante y el mutuo consentimiento.

Después de la terminación del contrato, la Administración Pública deberá decidir qué ocurrirá con los bienes y la tecnología implicados en el proyecto. Esto pudiera dar lugar al pago de daños a la entidad privada o a la Administración Pública. En ambos supuestos, los criterios deberán ser estipulados en la legislación o en el contrato.

Todos los contratos expiran al momento de la terminación de su vigencia o cuando concluye su objeto. Sin embargo, existen algunas situaciones en las que dichos contratos pueden ser terminados anticipadamente. En este capítulo, hablaremos de estas situaciones que normalmente son descritas en la legislación local.


La legislación local de los países analizados autoriza a las partes a dar por terminado el contrato del proyecto después de la ocurrencia de cierto tipo de eventos. El interés principal de todas las partes involucradas en una APP es asegurar la construcción satisfactoria de las instalaciones y la prestación adecuada de los servicios públicos. Esto significa que terminar el contrato no es la primera medida utilizada para resolver temas en materia de cumplimiento.

La terminación de un contrato tiene graves consecuencias debido a que los servicios públicos pueden ser interrumpidos o incluso descontinuados como resultado de la terminación. Por lo tanto, las condiciones para que cualquiera de las partes ejercite este derecho deben ser cuidadosamente consideradas.

Adicionalmente a la identificación de las circunstancias o tipo de eventos que pudieran dar lugar al derecho a la terminación, es recomendable que las partes consideren procedimientos adecuados para establecer si existen motivos válidos para la terminación del contrato del proyecto. Es particularmente importante determinar si el contrato del proyecto puede ser terminado unilateralmente o si se requiere una decisión judicial o la resolución de algún otro organismo de resolución de conflictos. La legislación de algunos países habla sobre este tema.

Es posible que el contrato sea terminado por la autoridad contratante, por la entidad privada o por mutuo consentimiento. Normalmente la entidad privada no tiene permitido dar por terminado el contrato del proyecto sin una causa justificada.





Los derechos de terminación de la autoridad contratante normalmente se refieren a tres categorías de circunstancias:

- incumplimiento grave por parte de la entidad privada;
- insolvencia o quiebra de la entidad privada; y
- terminación por razones de interés público.

#### **Incumplimiento grave por parte de la entidad privada.**

El proyecto puede ser terminado cuando la parte del sector privado no cumple con sus obligaciones, afectando gravemente la ejecución del proyecto. Esto significa que debido a un acto que pueda ser atribuido a la entidad privada, no sea posible continuar el contrato.

Los criterios para evaluar la adecuación y suficiencia del servicio prestado deben ser previstos en la legislación o en el contrato. El incumplimiento por parte de la entidad privada de sus obligaciones contractuales únicamente puede ser determinado si existen criterios claros y objetivos para evaluar la calidad en el servicio. La prestación inadecuada o insuficiente de los servicios necesariamente debe ser considerada una ocurrencia grave y repetida para que dé lugar a una pérdida de derechos, que es la sanción más grave prevista en un contrato. El incumplimiento del contrato debe ser tal que sea imposible mantener el contrato, ya que existe un riesgo significativo de interrupción en la prestación del servicio.

La terminación unilateral debe ser evidenciada mediante la ocurrencia de alguna de las hipótesis definidas en la ley o en el contrato, en un proceso administrativo, garantizando que

las partes tengan derecho a defenderse.

En algunos países la legislación establece que, en este caso, la entidad privada debe indemnizar a las autoridades públicas mediante una reclamación hecha bajo una fianza de cumplimiento (Uruguay y Costa Rica, por ejemplo). Panamá y Nicaragua también establecen que en este caso la autoridad contratante debe ser indemnizada.


#### **Insolvencia / Quiebra**

En caso de que la entidad privada entre en quiebra o exista una liquidación judicial de un deudor insolvente, es absolutamente impráctico mantener el contrato de concesión. En este caso, la Administración Pública tomará el control del proyecto para evitar que el servicio sea discontinuado.

En la mayoría de los casos, la legislación analizada trata este caso de la misma manera en que lo hace en caso de un incumplimiento grave por parte de la entidad privada. No obstante ello, la legislación de Costa Rica también establece que en caso de quiebra de una entidad privada, el proyecto puede estar sujeto a un nuevo proceso de licitación.

#### **Interés Público**

La administración debe demostrar que mantener el contrato implicará un daño grave para intereses de gran importancia, más que en casos ordinarios. Esto implica un daño irreparable, considerando la naturaleza de la ejecución u objeto realizado. Esto es, esta terminación no puede ocurrir por motivos indeterminados o dudosos o por meras opiniones. El contrato debe ser terminado si mantenerlo pudiera tener graves consecuencias. En este caso, la decisión no se basa en un acto u omisión de la entidad privada.



Las leyes locales frecuentemente permiten que la entidad privada dé por terminado el contrato del proyecto si el desempeño de la entidad privada ha sido considerado sustancialmente más oneroso debido a un cambio imprevisto en las condiciones y las partes no hubieran llegado a un acuerdo para realizar una revisión adecuada para adaptar el contrato del proyecto a dichos cambios en las condiciones.

Como una medida preparatoria para la expropiación, los estudios e inspecciones deben identificar los activos a ser revertidos y los daños debidos a la entidad privada. En este caso, el monto de los daños a los que tendrá derecho la entidad privada se basa en una responsabilidad administrativa por actos lícitos, ya que no existe incumplimiento alguno de las partes. El monto debe ser determinado en un procedimiento administrativo, en el que podrá participar la entidad privada.

La Administración debe reembolsar a la parte del sector privado los daños sufridos demostrados; dicha parte también tiene derecho a la devolución de la garantía, los pagos debidos por la ejecución del contrato hasta la fecha de terminación y el pago del costo de la desmovilización. Si este no fuera el caso, existiría un enriquecimiento real e injusto de parte de la Administración, lo cual no se encuentra permitido por la ley.

#### **Incumplimiento grave de la autoridad contratante**

La terminación del contrato ocurre cuando el contrato se da por terminado a iniciativa de la entidad privada, debido al incumplimiento del contrato por parte del gobierno. En este caso, como en el caso del incumpli-

miento por parte de la entidad privada, pudiera no haber habido una falta de pago. El incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales debe consistir en ocurrencias graves y repetidas que impidan la continuación del contrato.

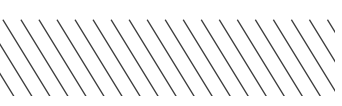
Adicionalmente a la terminación del contrato, con la interrupción de la ejecutabilidad de las obligaciones contractuales, la entidad privada tiene el derecho a recibir el pago de daños por las porciones no amortizadas o depreciadas de los activos reversibles y por los daños y perjuicios sufridos. La indemnización debida a la entidad privada a causa del incumplimiento del gobierno es similar a la indemnización que puede ser justificada en caso de una expropiación.

#### **Mutuo consentimiento**

Surge de la manifestación de ambas partes. No existe un litigio, debido a que sus intereses tienen la misma finalidad. Esta terminación debe estar motivada (un requerimiento para la Autoridad Pública) y se debe cumplir con ciertos requisitos.

En este caso, las consecuencias de la terminación del contrato se establecen por mutuo consentimiento, incluyendo los daños debidos a la entidad privada.

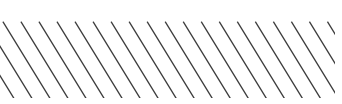
La legislación de APP en México establece que las disposiciones del contrato son aplicables al incumplimiento y que cualquier disputa en este aspecto debe ser resuelta por medios amigables, en primera instancia, o por arbitraje o ante las cortes federales, según sea el caso. No es posible, por lo tanto, dar por terminado el contrato sin una decisión de este tipo.



En adición a esta hipótesis principal de la terminación del contrato, algunos países también señalan que el contrato puede establecer otros modelos de terminación que sean adecuados para el proyecto.

Las leyes de APP de Colombia y Ecuador prevén que el contrato debe defi-

nir una fórmula matemática para determinar la compensación en caso de una terminación anticipada. En otros países, como Jamaica y Nicaragua, la legislación no habla sobre este tema y establece que el contrato contendrá cláusulas relativas a la terminación y a una posible compensación.



La legislación también debe definir lo que ocurrirá con los activos y la tecnología involucrados en el proyecto en caso de terminación del contrato.


El derecho de la entidad privada a operar la infraestructura y a prestar servicios normalmente termina al momento de la expiración del contrato o al momento de la terminación del proyecto. Salvo que la infraestructura vaya a ser propiedad permanente de la entidad privada, la terminación del contrato del proyecto requiere que los activos sean transferidos a la autoridad contratante o a cualquier otra entidad privada que tome el control de la operación. Adicionalmente al procedimiento de transferencia en sí mismo, existen otras consecuencias derivadas de la extinción del contrato tales como las consecuencias financieras (es decir, montos pendientes de pago) y la condición de que los activos sean transferidos. En general, los activos deben ser transferidos a la Administración Pública tan pronto como termine el contrato.

Para tomar estas decisiones, la legislación de Guatemala determina que se designará un comité de tres personas para decidir la manera en que los

activos y la tecnología serán transferidos. Esta puede ser una buena práctica en caso de que el comité esté conformado por representantes de la autoridad contratante y de la entidad privada.

Cuando las instalaciones sean transferidas a la autoridad contratante al final del período de la concesión, las partes pudieran requerir realizar una serie de arreglos para asegurar que la autoridad contratante será capaz de operar las instalaciones dentro de los umbrales convenidos de eficiencia y seguridad. El contrato del proyecto puede establecer que la entidad privada debe transferir cierta tecnología o el know-how requerido para operar las instalaciones de la infraestructura.

A pesar de que la legislación de la mayoría de los países trata el tema de la transferencia de activos y tecnología, dicha legislación normalmente no define las condiciones. Es importante que la legislación establezca qué derechos y activos sujetos a la concesión serán transferidos a la Administración Pública en buenas condiciones y en operación, libres de gravámenes y libres de cargo, como lo prevé la ley de Costa Rica.



La legislación en materia de APP de México señala que la propiedad inmobiliaria y los derechos públicos que fueron incorporados a la infraestructura o que fueron esenciales para los servicios prestados deben ser devueltos a la agencia o entidad contratante al momento de la terminación de la APP. Otros activos que sean necesarios para la prestación de los servicios estarán sujetos al dominio público de la Federación o de la entidad contratante, de conformidad con los términos del contrato.

La ley de APP de Paraguay establece que la transferencia de activos puede dar lugar a una compensación en favor de la parte del sector privado, al igual que la ley de Brasil. La Legislación colombiana determina que el proceso de transferencia será detallado en el contrato, pero no habrá compensación alguna debido a que se entiende que el concesionario ha obtenido su compensación y sus utilidades durante la vigencia del contrato. En caso de terminación anticipada, el contrato deberá contemplar una fórmula que indique la compensación debida al concesionario.

El contrato del proyecto también puede prever la continuación de ciertas obligaciones de la entidad privada, durante el período de transición, con respecto a la operación y mantenimiento de las instalaciones. También puede incluir que la entidad privada estará obligada a proveer o a facilitar el suministro de refacciones que pudiera requerir la autoridad contratante para llevar a cabo reparaciones en las instalaciones. Pensamos que este tema no debe ser incorporado en la legislación sino en el contrato, considerando que cada proyecto tiene características diferentes que tienen un importante efecto en esta situación.

Recomendamos que las consecuencias financieras de la terminación o extinción del contrato (al momento de su expiración o anticipadamente) sean definidas en el contrato. La legislación únicamente deberá señalar directrices sobre la manera en que la Administración Pública deberá calcular una posible compensación en favor de cualquiera de las partes.



### Recomendaciones

#### Hipótesis

La hipótesis de la terminación anticipada debe estar expresamente definida en la legislación y en el contrato.

---

En caso de un incumplimiento grave por parte de la entidad privada, la legislación deberá determinar que la terminación se puede hacer únicamente después del debido proceso.

---

En caso de expropiación, la legislación debe establecer que la motivación de la decisión será obligatoria. También debe determinar que la entidad privada reciba una compensación.

---

La legislación de APP puede prever que el contrato establezca otras hipótesis de terminación anticipada.

#### Indemnización

Las consecuencias financieras de la terminación o extinción del contrato (al momento de su expiración o anticipadamente) también deben ser definidas en el contrato.

---

La legislación debe establecer lineamientos sobre la manera en que la Administración Pública deberá calcular una posible compensación en favor de cualquiera de las partes.

#### Reversibilidad

La legislación debe prever la condición de que los activos serán transferidos a la Administración Pública.


---

La legislación en materia de APP debe establecer que el contrato determine la manera en que se hará la transición del servicio y el procedimiento para la transferencia de los activos.

---

La legislación debe establecer si la entidad privada tendrá derecho a una compensación y, en ese caso, bajo qué condiciones.





## TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS

# 14 TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS

## Principales hallazgos de este capítulo:

La transparencia es uno de los pilares de la democracia y permite que las partes interesadas defiendan sus intereses y eviten cualquier abuso.

Tener una ley de transparencia efectiva y proveer información a las partes interesadas podría garantizar la transparencia de las APP. Sin embargo, tener un marco jurídico de transparencia pudiera no ser suficiente y las prácticas existentes también dan lugar a ciertas inquietudes, debido a los incidentes de corrupción ocurridos en la región de América Latina y el Caribe.

La democracia se basa en el poder de las personas y su legitimidad ocurre cuando los individuos tienen acceso a la información de la Administración Pública. La transparencia de la Autoridad Pública toma lugar a través del acceso de los ciudadanos a la información del gobierno, lo que hace que las relaciones entre el Estado y la sociedad civil sean más cercanas y democráticas.

Las reglas claras, la justicia y la transparencia pueden garantizar un entorno atractivo para los inversionistas privados y para otros socios potenciales del gobierno local. La transparencia y compartir la información también pueden eliminar conflictos causados por un conocimiento incompleto o distorsionado.

Transparencia es compartir información y actuar de una manera abierta. Permite que las partes interesadas reúnan información que puede ser crítica para descubrir abusos y defender sus intereses. Los sistemas transparentes tienen procedimientos claros para la toma pública de decisiones, canales abiertos de comunicación entre las partes interesadas y los funcionarios y para hacer accesible un amplio rango de información.

La transparencia no es un fin en sí misma, sino que es un instrumento auxiliar de la población para supervisar a la administración pública. Permite que la administración sea analizada y evaluada diariamente y tiene un carácter preventivo, inhibiendo situaciones de desviación y mal uso de los recursos.

Lo que caracteriza a la transparencia es su aspecto proactivo, es decir, existe, como regla, la necesidad del ciudadano de buscar información a través de la solicitud correspondiente. La información abierta y la revelación proactiva pueden jugar un papel fundamental para la desmitificación de las APP, haciendo su contenido, alcance y progreso accesible y entendible para todas las personas y ayudando a garantizar que se traduzcan en resultados de desarrollo sólido y sostenible.





Los procesos de licitación y contratación de la administración pública son públicos. Sus actos y documentos deben ser puestos a disposición de cualquier parte interesada, con excepción de dos situaciones: cuando sea esencial para la seguridad de la sociedad y el Estado y con respecto al contenido de las propuestas, en cuyo caso únicamente son abiertos. La regla, por lo tanto, es la revelación de los actos y documentos que integran los procesos de licitación y contratación; la secrecía es la excepción.

Con respecto a las APP, la transparencia incluye el proceso de licitación y la ejecución del proyecto y es aplicable a todas las partes. La Administración Pública y el concesionario están sujetos a su cumplimiento.

En primer lugar, es importante verificar en qué países existe una ley en materia de transparencia. Tener un marco jurídico pudiera ser un factor poderoso para el cumplimiento de este principio. Casi todos los países tienen una ley de transparencia, aunque el marco jurídico de las APP no habla de ella directamente.

Considerando lo anterior, podemos inferir que la transparencia está garantizada en el proceso de licitación y la celebración del contrato, cuando menos a través de la existencia de una ley. América Latina y el Caribe han sufrido escándalos de corrupción relacionados con proyectos de infraestructuras. Por lo tanto, la existencia de una ley de transparencia no es, en sí misma, una garantía de que la Autoridad Pública o la entidad privada actuarán de buena fe, pero puede ser un paso más para la realización de un proceso justo.

Todos los países analizados consideran la transparencia como uno de los pilares de la actividad pública y por lo tanto debe marcar al proceso de licitación en su totalidad.

Teniendo esto en mente, para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas, la Autoridad Pública debe ser requerida a mantener un registro adecuado de la información clave relativa a los procedimientos de selección. Esto se encuentra previsto en las legislaciones de Brasil, Paraguay, Perú, Ecuador, Uruguay y México.

Adicionalmente, de conformidad con la legislación mexicana, la Secretaría de Hacienda y la Secretaría de la Función Pública deben publicar en línea la información de los proyectos federales de APP y su viabilidad, y el procedimiento para otorgar proyectos bajo la Ley de APP en México se encuentra sujeto a la Ley Federal Anticorrupción para Licitaciones Públicas.

La legislación de Perú merece especial atención ya que establece que toda la información que soporte las decisiones hechas durante las etapas de evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas debe ser revelada al público, aun cuando la información utilizada para determinar el factor de competencia para el proceso de licitación sea confidencial. Este planteamiento también se encuentra previsto en la ley colombiana.

La ley de Ecuador también establece que el Plan de Contratación Anual debe ser publicado en el sitio web de la Entidad Contratante, al igual que lo prevé la legislación de Jamaica.



Además, todos los países determinan que las notificaciones públicas y los proyectos de contrato de las APP deben estar disponibles – en la mayoría de los países, en línea.

Asimismo, la legislación de Perú señala que los terceros interesados pueden acceder a las bases de la licitación y hacer comentarios y sugerencias con respecto al contrato. Dichos terceros pueden solicitar reuniones y acceder a la documentación pública disponible del proyecto, a la iniciativa privada cofinanciada y a sus modificaciones. La Agencia de Promoción de Inversión Privada debe evaluar cada consulta y responderla por escrito. La misma disposición se encuentra contenida en la ley de Ecuador.

A pesar de que toda esta información es pública, Uruguay establece que los estudios presentados por las partes del sector privado durante el procedimiento serán confidenciales respecto de los demás licitantes.

Después del procedimiento de licitación, toda la legislación de los países analizados establece que la información básica relativa al contrato de APP debe ser hecha pública. Esta es una medida que permite el control de los actos de la Administración por parte de la sociedad, pero también garantiza que el procedimiento se haya llevado a cabo de la debida manera y se haya basado en los principios y estándares aplicables. En Brasil, cualquier licitante puede tener acceso a los términos del contrato y al proceso de licitación respectivo y cualquier parte interesada puede obtener copias certificadas de los mismos, sujeto al pago de los derechos correspondientes.


La legislación de El Salvador establece que los actos no sólo deben hacerse públicos, sino que también deben ser auditados por el organismo competente.

Durante la ejecución del contrato de APP, las disposiciones relativas a la transparencia y rendición de cuentas se confunden con la supervisión y el monitoreo del contrato mismo. Esto abarca los reportes hechos por la autoridad contratante o por el supervisor independiente que da fe acerca del cumplimiento o incumplimiento del contrato.

La legislación de Paraguay prevé que todos los reportes de administración y los reportes de auditoría deben estar disponibles en línea. La Unidad de APP debe elaborar un reporte anual acerca de la administración de los contratos de APP, incluyendo los objetivos cumplidos.

Esta obligación asegura que todas las partes interesadas están cumpliendo con su obligación: la parte del sector privado, al prestar adecuadamente el servicio o realizar la obra, y las partes interesadas, al supervisar la ejecución del contrato.

Finalmente, se debe mencionar que la legislación de APP de Argentina y Perú requiere la inclusión de una cláusula de anticorrupción en todos los contratos. Esta disposición es relevante en el escenario actual de la región, en el que todos los países tienen, cuando menos, un gran escándalo de corrupción con respecto a la contratación público-privada de infraestructura. La transparencia también se refiere a evitar la corrupción mediante la apertura en la toma de decisiones del gobierno.



La transparencia es incluir, no excluir, a todas las partes interesadas; también es construir una concientización. Las partes interesadas pueden incluir: consumidores, votantes, licitantes y a la propia autoridad contratante. Estas personas y grupos necesitan la información adecuada acerca de los impactos potenciales, políticas, objetivos de las sociedades o asociaciones y la manera en que los socios serán elegidos y contratados.

El proceso de licitación y cualquier cambio deben ser hechos públicos y deben ser lo más abiertos posible. Estas reglas en apoyo a la transparencia deben ser adecuadas para el contexto local y la forma en que los actores trabajan en el país. Sin embargo, es primordial que todos los licitantes tengan acceso a la misma información acerca del proyecto. También es importante que todos los documentos del proceso de licitación sean puestos a disposición, cuando menos, de las partes interesadas en participar en la licitación.

Con respecto a la ejecución del proyecto después de la adjudicación, recomendamos que la legislación determine que los reportes en los que se basará el pago sean hechos públicos debido a que dicho pago implica al presupuesto público. No obstante ello, si la ley de transparencia del país trata esta materia, no sería necesario que la ley de APP incluyera disposiciones al respecto.

Dado que todos los países analizados han sufrido con la corrupción relacionada a proyectos de infraestructura público-privada, un marco de transparencia no es suficiente para garantizar verdadera transparencia.



### Recomendaciones

La legislación de APP debe establecer que el procedimiento de licitación sea conducido considerando la transparencia.

---

La legislación también debe prever que todos los documentos relevantes del procedimiento de licitación sean publicados, así como la solicitud de propuestas.

---

La legislación debe determinar que los reportes en los que se base el pago sean publicados.

## RESUMEN DE RECOMENDACIONES



# 15 RESUMEN DE RECOMENDACIONES

## 1 MARCO JURÍDICO E INSTITUCIONAL

Tener una ley de APP que regule los principios y que sea consistente con las prácticas adoptadas en el país, buenas prácticas y legislación específica sobre temas regulatorios.

---

La legislación debe incluir un concepto de lo que es la APP.

---

La legislación debe establecer la obligación de tener un organismo público especializado que sea responsable de la promoción y administración de los proyectos de APP (Unidad de APP). Es preferible que dicha unidad únicamente sea utilizada para APP, pero dependiendo de la etapa de desarrollo de las inversiones privadas en infraestructura de cada país, el organismo puede ser responsable de todos los proyectos. La operación de la Unidad de APP puede estar definida en una ley o en cualquier otra regulación.

---

Cuando sea necesario, especialmente en caso de países federalistas, la legislación debe permitir la creación de organismos especializados de APP a nivel regional, estatal o municipal.

---

La legislación debe definir claramente qué organismos públicos pueden contratar APP.

## 2 SECTORES Y ACTIVIDADES APLICABLES

La legislación debe definir expresamente qué actividades o sectores no pueden ser objeto de un proyecto de APP o aclarar en qué casos sí es posible. Esta medida otorga una mayor seguridad a los inversionistas.

---

Aunque se trata de una elección política, recomendamos que la legislación no tenga una restricción a priori de actividades o sectores, sino que establezca mecanismos claros que permitan que la autoridad contratante decida si contratar o no una APP.

## 3 SUPERVISIÓN Y REGULACIÓN DE LA APP

### Supervisión

La legislación debe determinar que la supervisión y monitoreo de la APP sea llevada a cabo por un organismo público capaz de hacerlo (es decir, una agencia regulatoria); el contrato también podrá definirlo.

---

La legislación debe establecer que cada APP tenga un organismo específico responsable de supervisar el contrato. La legislación también debe prever los procedimientos y facultades que tendrá el supervisor o inspector.



La legislación debe establecer que el contrato defina expresamente los estándares de desempeño con los que deberá cumplir la parte del sector privado.

Contratar a un verificador independiente para supervisar el cumplimiento del plan de diseño, construcción, operación y mantenimiento y los estándares de desempeño pudiera dar lugar a una mejor ejecución del contrato. La legislación local podría incluir esta posibilidad.

También es posible que la legislación establezca la designación de un auditor del estado para supervisar el cumplimiento de los KPI. El auditor debe tener la capacidad de verificar el cumplimiento y ser neutral.

### Regulación

Determinar el pago de impuestos regulatorios por parte de la entidad privada en favor de las agencias regulatorias pudiera garantizar que el proyecto sea inspeccionado adecuadamente.

Es posible que la legislación cree o permita la creación de una agencia regulatoria independiente para los contratos de APP. Esto puede minimizar el riesgo de una política de interferencia del gobierno en el contrato y mantener la regulación del acuerdo. Sin embargo, es importante considerar que cualquier cambio en las tarifas/impuestos por parte de la agencia regulatoria después de la firma del contrato, pudiera afectar los flujos de efectivo y la solidez financiera del socio privado y del proyecto. El contrato de APP debe prever mecanismos para ajustar o mitigar este riesgo.

La legislación puede establecer que los contratos definan directivas hechas por la agencia regulatoria para evitar el incumplimiento de los contratos durante la fase operativa.

## 4 MODELACIÓN DE PROYECTOS APP


### Iniciativa Pública

Tener un organismo público especializado (Unidad de APP) puede asegurar una mejor modelación de los proyectos APP de iniciativa pública.

La legislación debe permitir la contratación de consultores privados que demuestren su capacidad técnica para el diseño, preparación y estructuración de una APP en apoyo de la Administración Pública. También debe prever los temas principales relacionados con esta contratación: procedimientos y condiciones de contratación, la prohibición de participar en el proceso de licitación, la forma de realizar el pago.

Establecer una reserva de proyectos APP en el país para verificar las prioridades de la Administración Pública.





La Legislación debe abordar la necesidad de verificar que la APP es la mejor opción (relación calidad-precio, Valor por Dinero o cualquier otro método) y determinar cuál es la información principal que debe ser incluida en los estudios de prefactibilidad y factibilidad (social, comercial, financiera, ambiental).

---

Es importante que la legislación determine qué organismos de la Administración Pública deberán analizar y aprobar los estudios y proyectos entregados.

### **Iniciativa Privada**

En los casos en los que se permitan las propuestas de iniciativa privada, o propuestas no solicitadas, deben existir procesos claros para asegurar que únicamente se presenten y procesen propuestas de calidad.

---

Existen varios métodos para incentivar la preparación y presentación de propuestas de iniciativa privada que permiten el desarrollo de procesos de contratación transparentes y competitivos. Por ejemplo, el proponente inicial de la propuesta de iniciativa pública puede recibir puntos de bonificación en el proceso de licitación o recibir beneficios en el mecanismo de Swiss Challenge.

---

En caso de que la legislación prevea la posibilidad de una adjudicación directa (que no recibirá el beneficio de un proceso de licitación transparente), es importante que especifique las situaciones en las que puede ocurrir, requerimientos claros y estrictos y, en este caso, el gobierno deberá asegurarse de que tiene la capacidad, prácticas y el personal necesario para garantizar que recibe la mejor relación calidad – precio, de forma que no exista duda acerca de las ventajas de dicha contratación para la Administración Pública y de que la decisión de hacerlo se encuentra debidamente motivada.

---

La legislación puede establecer los procedimientos para la presentación de propuestas de iniciativa privada y la invitación a las partes del sector privado para que presenten estudios. Esto incluye el establecimiento de parámetros para el reembolso y bases firmes.

## **5 CONTRATACIÓN DE UN PROYECTO DE APP**

La legislación debe establecer un procedimiento claro en materia de contratación.

---

Todos los documentos relevantes deben ser publicados.

---

La solicitud de propuestas debe contener toda la información necesaria para que los licitantes presenten sus propuestas técnica y económica y debe ser publicada cuando menos 90 días antes de la fecha de presentación de las propuestas, en el idioma del país y en otro idioma usualmente utilizado en el comercio internacional.

## 15 RESUMEN DE RECOMENDACIONES

---



Se deberá permitir que entidades extranjeras participen en la contratación de APP. La legislación puede establecer algunos límites o determinar un tratamiento preferencial en favor de las entidades locales, ya que esto no afecta la equidad entre los licitantes. Además, debido a que se trata de una decisión política, la recomendación técnica y la motivación de la decisión deberán ser publicadas.

---

La ley de APP debe permitir que las partes interesadas soliciten aclaraciones con respecto a las bases de la licitación.

---

La legislación debe establecer las condiciones para la presentación de las propuestas – ya sea en un solo sobre o en dos – y establecer los criterios técnicos y financieros principales que podrán ser utilizados para analizar las propuestas.

---

Puede haber una disposición que permita procedimientos de dos etapas en proyectos más complejos, con una precalificación antes de la prestación de la oferta técnica y financiera.

---

Puede haber una disposición que permita la reversión del orden de las fases de preselección y evaluación.

---

Todas las decisiones que tome la Administración Pública durante el proceso de licitación deberán ser motivadas, especialmente aquellas que califiquen las propuestas y adjudiquen el contrato.

---

Debe existir una autorización en la legislación para que los licitantes puedan presentar una apelación, cuando menos, en contra de la decisión que adjudique el contrato.

---

En caso de que se permitan las negociaciones, la legislación deberá prever los términos y condiciones de dicha negociación. No se deberá permitir negociar la distribución del riesgo o los elementos esenciales del proyecto.

## 6 ESTRUCTURA DE LOS INGRESOS

La legislación de APP debe establecer cuáles son los posibles mecanismos de pago del proyecto (disponibilidad y/o uso, tarifas u otros) y debe prever que los estudios de factibilidad consideren el sector y la actividad del proyecto para especificarlos.

---

Se debe incluir la posibilidad de determinar KPI en el contrato y que su incumplimiento pueda ser deducido de la contraprestación pagada por la autoridad contratante.

---

La legislación de APP también deberá permitir la cobranza de ingresos alternativos por parte de la parte del sector privado y determinar el procedimiento para su implementación y su posible compartición con la Administración Pública.

---

Es primordial que el marco jurídico establezca la manera en que la autoridad contratante realizará los pagos.

### 7 RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La legislación de APP debe permitir el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y establecer algunos de ellos, especialmente el arbitraje. También es importante que la legislación del país prevea un mecanismo de ejecución del laudo arbitral, como la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (la “Convención de Nueva York”).

La legislación de APP también puede permitir el uso del arbitraje internacional, como el arbitraje del Banco Mundial (Centro Internacional para la Resolución de Conflictos sobre Inversiones – ICSID).

### 8 MANEJO DE LOS CAMBIOS

#### Posibles cambios

La legislación debe establecer una lista de ejemplos de los cambios previsibles que pudieran ocurrir en el contrato y prever las posibles acciones que se deberán tomar en cada caso.

Con respecto a los eventos imprevisibles, la legislación debe, cuando menos, mencionar que estos eventos pueden ocurrir y qué acciones deberán tomar las partes en cada caso.

#### Revisiones periódicas

La legislación de APP debe prever la posibilidad de que el acuerdo establezca la realización de revisiones periódicas de las condiciones técnicas y económicas. Estos cambios deberán ser permitidos bajo condiciones muy estrictas.

La frecuencia de las revisiones deberá considerar el sector y las actividades involucradas.

#### Procedimiento

La legislación debe permitir la revisión extraordinaria del equilibrio del contrato cuando sea necesario.

Debe predecir los momentos en que sea posible que la entidad privada solicite dicha revisión (si existe un período de espera, por ejemplo).

La legislación debe establecer el procedimiento para la posible necesidad de reequilibrar las condiciones del contrato. Esto debe incluir el requerimiento de indemnización bajo el contrato.

La legislación también puede estipular que el contrato del proyecto prevea que, como condición para solicitar una revisión del contrato, la suma total de los cambios alegados en las condiciones económicas y financieras alcance un valor mínimo determinado.

### 9 FINANCIAMIENTO, FONDEO Y GARANTÍAS

La legislación de APP debe permitir que el socio privado (instituciones financieras) otorgue garantías sobre los bienes e ingresos de los contratos de APP en un financiamiento sin recursos.

La legislación también deberá otorgar algunos derechos a los acreedores, tales como el derecho de intervención, para asegurar la continuidad del proyecto.

Para mejorar la participación de las partes del sector privado en los proyectos de infraestructura, la Administración Pública puede proveer incentivos o beneficios a las partes que estén interesadas en invertir. La legislación deberá prever cuándo es posible otorgar estos beneficios y en qué condiciones puede hacerse dicho otorgamiento.

La legislación debe establecer instrumentos provistos por la Administración Pública para mitigar los riesgos financieros asumidos por la parte del sector privado. En este sentido, las organizaciones multilaterales y los bancos de desarrollo son particularmente importantes.

### 10 EVENTOS EXTRAORDINARIOS

La legislación debe definir en qué consisten los eventos extraordinarios.

La legislación de APP debe establecer que el riesgo de los eventos extraordinarios sea expresamente previsto en el contrato.

Es deseable que la legislación establezca lineamientos mínimos sobre la manera de manejar los efectos de un evento extraordinario.

La legislación debe prever que el contrato de APP estipule un procedimiento para la indemnización, suspensión o terminación anticipada del mismo.

### 11 PRERROGATIVAS DE LA AUTORIDAD PÚBLICA

#### Cambios Unilaterales

En caso de que la legislación no establezca límites con respecto a los cambios unilaterales, cualquier solicitud en este aspecto deberá ser motivada y justificada. Estos cambios deberán ser permitidos únicamente bajo condiciones muy estrictas. Desde la perspectiva del sector privado, ellos querrán tener alguna certidumbre con respecto a los cambios unilaterales. En ocasiones, pudiera ser del interés del gobierno limitar los cambios unilaterales para dar esta certidumbre. En otras ocasiones, el gobierno necesitará usar esta prerrogativa, debido al interés público. Las consideraciones deberán ser adecuadamente equilibradas.

## 15 RESUMEN DE RECOMENDACIONES

---



La legislación debe establecer que cualquier cambio unilateral sea debidamente compensado a la parte del sector privado. El procedimiento para hacerlo deberá estar previsto en la legislación.

La legislación debe prever algún umbral de valor para casos de cambios o establecer que el contrato determine dichos umbrales.

### **Suspensión**

La legislación debe establecer las situaciones en las que es posible suspender la ejecución del contrato y por cuánto tiempo.

También debe indicar cómo mantendrá la Administración Pública la prestación del servicio público correspondiente.

En caso de que hubiera una nueva contratación para este período, la legislación debe estipular el período máximo de duración del nuevo contrato.

### **Terminación anticipada unilateral**

La legislación debe establecer las situaciones en las que es posible llevar a cabo la terminación anticipada del contrato.

También debe establecer la forma en que la parte del sector privado será indemnizada.

Debe existir una disposición que prevea que esta decisión debe ser autorizada por un organismo público competente.

### **Sanciones**

Cualquier sanción a ser aplicada a la parte del sector privado deberá estar previamente definida en el contrato y debe haber sido objeto de un procedimiento administrativo en el que la parte del sector privado haya tenido el derecho de defenderse.

## 12 DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO

La legislación debe determinar que el contrato de APP distribuya los riesgos implicados y su debida mitigación. Esto se puede hacer mediante la inclusión de cláusulas o haciendo una matriz de riesgo.

## 13 TERMINACIÓN DE LA APP

### **Hipótesis**

La hipótesis de la terminación anticipada debe estar expresamente definida en la legislación y en el contrato.

## 15 RESUMEN DE RECOMENDACIONES

---



En caso de incumplimiento grave de la entidad privada, la legislación debe determinar que únicamente puede hacerse después del debido proceso.

---

En caso de expropiación, la legislación debe establecer la obligación de motivar la decisión. También debe determinar que la parte del sector privado reciba una compensación.

---

La legislación de APP puede determinar que el contrato podrá establecer otras hipótesis de terminación anticipada.

### Indemnización

Las consecuencias financieras de la terminación o extinción del contrato (al momento de su expiración o anticipadamente) también deben estar definidas en el contrato.

---

La legislación únicamente debe establecer lineamientos sobre la manera en que la Administración Pública debiera calcular cualquier posible compensación para alguna de las partes.

### Reversibilidad

La legislación debe prever la condición de los bienes que serán transferidos a la Administración Pública.

---

La legislación de APP también debe establecer que el contrato determine la manera en que se realizará la transición del servicio y el procedimiento para la transferencia de los bienes.

---

Debe establecer si la entidad privada tendrá derecho a alguna compensación y, en ese caso, bajo qué condiciones.

## 14 TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS

La legislación de APP debe establecer que el procedimiento de licitación se lleve a cabo considerando la transparencia.

---

La legislación debe prever que todos los documentos relevantes del procedimiento de licitación sean publicados, tales como la convocatoria o solicitud de propuestas.

---

La legislación debe determinar que los reportes en los que se base el pago sean publicados.



# ANEXO 1 ARGENTINA



ARGENTINA

### Legislación analizada:

Ley 27.328 y Decretos 118/2017, 944/2017, 808/2017, Ley 27.431.

### Fecha del análisis:

20 de junio de 2018.



Marco  
jurídico e  
institucional

■ Las APP están reguladas por la Ley 27.328, que establece los lineamientos para los contratos y su proceso de licitación.

■ Los contratos de APP son aquellos celebrados entre los organismos y entidades del sector público nacional y las entidades privadas o públicas – como contratistas, cuyo objeto es el diseño, construcción, expansión, mejora, mantenimiento, suministro de bienes y equipo, explotación u operación y financiamiento (Artículo 1 de la Ley).

■ El Artículo 2 del Reglamento creó la Unidad de APP dentro del alcance del Ministerio de Finanzas y el Artículo 28 señala sus funciones:

- Asesorar a la Rama del Ejecutivo en la preparación de programas y planes de desarrollo para los proyectos de APP;
- Asistir al Poder Ejecutivo en la preparación de las disposiciones regulatorias para la operación general del sistema de participación público privado, así como manuales, guías y modelos contractuales de aplicación general, entre otros;
- Asesorar a solicitud de las entidades contratantes en el diseño y la estructuración de los proyectos, incluyendo la realización de estudios de viabilidad, preparación de la documentación de la licitación, promoción nacional y/o internacional de proyectos y la implementación de los procedimientos para la selección de contratistas;
- Asesorar a solicitud de las entidades contratantes en el diseño, organización y operación de los sistemas de control de las actividades a cargo de sus respectivos contratistas;
- Atender al requerimiento de las entidades contratantes en los procesos de fortalecimiento de sus capacidades para la estructuración y control del desarrollo de los proyectos de participación público-privada;
- Asumir las funciones delegadas en términos de la estructuración y/o control de los proyectos de participación público-privada de las entidades contratantes respectivas, en cumplimiento con el marco regulatorio vigente.
- Concentrar toda la documentación de los antecedentes de cada uno de los contratos.

2

Sectores y actividades aplicables

■ De conformidad con la Ley 27.238, el propósito de la APP es desarrollar proyectos en infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica (Artículo 1 de la Ley).

■ Las funciones de regulación y poder policial del Estado no son delegables. El contrato estará sujeto al control de la parte contratante o del órgano creado con dicho propósito en la jurisdicción respectiva. La parte contratante tendrá amplios poderes de inspección y control, siendo capaz de requerir cualquier tipo de información relacionada con el cumplimiento del contrato y el desarrollo del proyecto, garantizando la confidencialidad de la información comercial o industrial en los términos de la legislación vigente. La regulación o las especificaciones pueden prever la posibilidad de acudir a auditores externos con suficiente adecuación técnica, independencia e imparcialidad y trayectoria comprobada en el ámbito nacional o internacional para controlar la ejecución de los proyectos (Artículo 21 de la Ley).

3

Supervisión y regulación de la APP

■ Todas las sanciones que pudieran ser aplicables al Contratista de APP deberán ser detalladas, estando prohibida la aplicación de sanciones no previstas en las Bases de la Licitación o en el Contrato de APP o en exceso de los límites establecidos en los mismos. Antes de la aplicación de una sanción, el debido proceso adjetivo del Contratista de APP debe ser salvaguardado para lo cual se deberá otorgar un período de tiempo razonable (Artículo 9 del Reglamento).

■ Habrá un Auditor Técnico que supervisará el contrato. Sin perjuicio de los poderes del Auditor Técnico, la Entidad Contratante estará autorizada para llevar a cabo, a su propia costa y a través de sus propios funcionarios o por un tercero designado por ella, el seguimiento del Proyecto (Artículo 21 del Reglamento).

■ El Artículo 2 de la Ley establece que en los casos en los que el contrato de APP implique la provisión de servicios públicos regidos por marcos regulatorios específicos, dichos marcos regulatorios serán aplicables a la provisión de los servicios.

■ La Auditoría General de la Nación incluirá en cada plan de acción anual, la auditoría de todos los contratos existentes de participación público-privada, su desarrollo y resultado (Artículo 22 de la Ley).

4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ Cuando la complejidad o el monto del proyecto lo justifiquen podrá establecerse un procedimiento transparente de consulta, debate e intercambio de opiniones entre la contratante y los interesados precalificados que, basado en las experiencias, conocimientos técnicos y mejores prácticas disponibles por cada una de las partes, permita desarrollar y definir la solución más conveniente al interés público, sobre cuya base habrán de formularse las ofertas. La implementación de este procedimiento deberá asegurar la intervención de la unidad de participación público-privada y garantizar la transparencia, concurrencia, publicidad, difusión, competencia efectiva y la participación simultánea y en condiciones de igualdad de todos los interesados precalificados, promoviendo, entre otros factores y según las características del proyecto, la participación directa e indirecta de las pequeñas y medianas empresas y el fomento de la industria y el trabajo nacional. (Artículo 14 de la Ley).

■ La adjudicación debe recaer en la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público, siendo conforme con las condiciones establecidas en las bases de la licitación o concurso y previo dictamen de la unidad de participación público-privada. Los pliegos licitatorios deberán promover en sus pautas de selección del adjudicatario, criterios que determinen ventajas comparativas a favor de las empresas nacionales sobre las extranjeras y sobre aquellas a favor de las consideradas micro, pequeñas y medianas empresas, salvo que la unidad de participación público-privada, mediante un informe fundado, justifique la conveniencia o necesidad de su exclusión en las condiciones y necesidades particulares del proyecto. (Artículo 15 de la Ley).

5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ La selección del contratista se hará mediante el procedimiento de licitación o concurso público, nacional o internacional según la complejidad técnica del proyecto, la capacidad de participación de las empresas locales, razones económicas y/o financieras vinculadas a las características del proyecto, la capacidad de contratación disponible y/o el origen de los fondos cuando se trate de proyectos que cuenten o requieran financiamiento externo. Deberán garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección y actos dictados en consecuencia. A tales fines, la contratante deberá procurar la comparabilidad de las propuestas, garantizando la homogeneidad de criterios, suministrando y estableciendo, con claridad, las bases, requisitos y demás proyecciones que resulten necesarias para la elaboración de las ofertas. (Artículo 12 de la Ley).

■ Previo a efectuar el llamado a licitación o concurso público para la adjudicación y ulterior celebración de un contrato de participación público-privada, la autoridad convocante deberá emitir un dictamen (Artículo 13 de la Ley).

■ La evaluación de costo-beneficio respecto del recurso a esta modalidad contractual, considerando los riesgos en caso de extinción del contrato (Artículo 13 de la Ley).

5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ Las licitaciones públicas o los procedimientos de licitación pública pueden ser:

- De una sola etapa o de múltiples etapas.

La licitación o la licitación pública será de una sola etapa cuando la comparación de las ofertas y cualidades de los Licitantes se lleve a cabo en el mismo acto. Cuando las características específicas del Proyecto, tales como el alto grado de complejidad de su objeto o la extensión del plazo del contrato lo justifiquen, la licitación o licitación pública deberá ser implementada bajo la modalidad de etapas múltiples. La licitación será de etapas múltiples cuando se evalúen y comparen las cualidades de los Licitantes, los antecedentes comerciales y técnicos, la capacidad económica-financiera, las garantías, las características y contribuciones que se espera hacer en el Proyecto, el análisis de los componentes económicos, técnicos y financieros de las ofertas, así como cualquier otra variable que se encuentre contemplada en los criterios de selección, se lleve a cabo en dos o más fases y a través de una preselección sucesiva.

■ Las bases de la licitación serán preparadas y aprobadas por el contratante.

■ Las especificaciones técnicas de las especificaciones de las bases y condiciones particulares deben ser elaboradas de tal forma que permitan el acceso de los Licitantes al procedimiento de selección bajo las mismas condiciones y no tengan el efecto de crear obstáculos injustificados a la participación de las partes interesadas y a la competencia entre los Licitantes.

■ Las ofertas deben ser presentadas en el lugar y en el día y hora determinados por el contratante en la convocatoria. En el lugar, día y hora determinados para celebrar el acto, se procederá a abrir las ofertas en presencia de funcionarios de las unidades designadas y de todos aquellos que deseen presenciarlo. Ninguna oferta presentada en tiempo podrá ser rechazada en el acto de apertura. Aquellas que sean observadas se agregarán al archivo para su análisis. La posibilidad de modificar la oferta se perderá al momento de la expiración del plazo para presentarla, por lo que no habrá alteración en la esencia de las ofertas después de dicha circunstancia y durante toda la Licitación.

■ En caso de igualdad en los términos de las ofertas, serán aplicables las disposiciones sobre las preferencias y mecanismos de desempate establecidos en los Términos de la Licitación y de las regulaciones aplicables.

■ La adjudicación se hará respecto de la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público y que se conforme a las condiciones establecidas en las reglas de la licitación.

6

Ingresos de APP

■ El Artículo 9 del Reglamento establece que:

- La contraprestación podrá ser pactada en dinero o en otros bienes.
- El Contrato APP podrá prever mecanismos automáticos o no automáticos de revisión de la Contraprestación por variaciones de costos incluyendo los financieros. Cuando se trate de variaciones de costos financieros y se hubieran previsto procedimientos de revisión no automáticos, estos se habilitarán de acuerdo a lo previsto en el Pliego de la Licitación o el Contrato APP.

7

Resolución de conflictos

■ Para todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto por esta ley, los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje (Artículo 25 de la Ley). En caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo Nacional y comunicado al Honorable Congreso de la Nación.

■ El contrato podrá prever que los pagos que se devengasen a cargo de la contratante durante el trámite de la controversia deberán ser hechos efectivos en la medida en que no se vean alcanzados por ella. En tal caso, si la administración o, en su caso, el consultor técnico designado al efecto, verificase que el contratista ha cumplido debidamente con sus obligaciones contractuales, los fondos alcanzados por la controversia deberán ser depositados por la contratante, conforme lo disponga la reglamentación, en una cuenta en garantía o fideicomiso hasta su resolución final y seguirán su suerte (Artículo 27 de la Ley).

■ Puede haber un Panel Técnico que será integrado por 5 miembros, quienes deben tener una especialización de conformidad con la materia del contrato en cuestión y permanecerá en sus funciones durante todo el período de ejecución del Contrato APP. Los gastos incurridos por la operación del Panel Técnico, incluyendo los honorarios de sus miembros, deberán ser pagados equitativamente por las Partes. Salvo que el Pliego de la Licitación o el Contrato APP establezcan algo distinto, cualquier controversia de naturaleza técnica, interpretativa o patrimonial que pudiera surgir durante la ejecución o terminación del Contrato APP, incluyendo la revisión de sanciones que pudiesen ser impuestas, podrá ser sometida a la resolución del Panel Técnico, que sean impuestas al Contratista APP y sobre cualquier otro acto o medida dictada por la Entidad Contratante que tenga efectos en el Contrato APP. El Panel Técnico emitirá sus respuestas sobre las controversias que le fueran cometidas a través de recomendaciones. Las recomendaciones únicamente serán obligatorias para las partes en caso de que ninguna de ellas hubiera expresado su desacuerdo dentro del término previsto con dicho propósito en el Pliego de la Licitación o en el Contrato APP. (Artículo 9 del Reglamento).



7

Resolución  
de conflictos

■ En aquellos casos en que el proceso de licitación o el Contrato APP haya previsto la existencia del Panel Técnico, ninguna controversia de naturaleza técnica, interpretativa o patrimonial podrá ser sometida al Tribunal Judicial o Arbitral competente sin haber sido sometida al Panel Técnico, con excepción de la terminación del Contrato APP por razones de interés público. Esto es sin perjuicio del derecho de las partes de solicitar, en cualquier momento, al Tribunal Judicial o Arbitral competente la emisión de medidas precautorias, cuando sea necesario.

8

Manejo de  
los cambios

■ El Contrato APP debe contener mecanismos para reestablecer, dentro de un período máximo fijado con dicho propósito en el Pliego de la Licitación, su ecuación económica-financiera cuando la misma sea significativamente alterada por motivos imprevistos al momento de la adjudicación y que no se encuentre relacionada con la parte que invoque dicho desequilibrio, todo ello en los términos contemplados por el Pliego de la Licitación. A partir de la expiración de dicho período sin una solución satisfactoria para la parte afectada, dicha parte podrá acudir al Panel Técnico, si lo hubiere, o en su ausencia podrá acudir al arbitraje o al tribunal judicial competente, según lo previsto en el Pliego de la Licitación. Se considerará que una alteración es significativa cuando se alcancen los parámetros establecidos con dicho propósito en el Pliego de la Licitación y en el Contrato APP (Artículo 9 del Reglamento).

9

Financia-  
miento y  
Fondeo de  
contratos  
APP  
y Garantías

■ Las obligaciones de pago asumidas en el marco de lo establecido en la presente ley por la contratante podrán ser solventadas y/o garantizadas mediante (Artículo 18 de la Ley):

- La afectación específica y/o transferencia de recursos tributarios, bienes, fondos y cualquier clase de créditos y/o ingresos públicos, con la correspondiente autorización del Congreso de la Nación;
- La creación de fideicomisos y/o utilización de los fideicomisos existentes. En este caso, se podrán transmitir, en forma exclusiva e irrevocable y en los términos de lo previsto por el artículo 1.666 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, la propiedad fiduciaria de recursos tributarios, créditos, bienes, fondos y cualquier clase de ingresos públicos; con la finalidad de solventar y/o garantizar el pago de las obligaciones pecuniarias asumidas en el contrato, con la correspondiente autorización del Congreso de la Nación;
- El otorgamiento de fianzas, avales, garantías por parte de entidades de reconocida solvencia en el mercado nacional e internacional y/o la constitución de cualquier otro instrumento que cumpla función de garantía, siempre que sea admitida por el ordenamiento vigente.

9

Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías

■ Podrán constituirse garantías sobre los derechos de explotación de los bienes del dominio público o privado que hubieran sido concedidos al contratista para garantizar el repago del financiamiento necesario para llevar a cabo los proyectos (Artículo 19 de la Ley).

■ A los fines de estructurar el financiamiento del Proyecto, el Contratista APP podrá contratar préstamos, emitir títulos de deuda con o sin oferta pública, constituir fideicomisos, financieros o no, que emitan títulos de deuda o certificados de participación, crear fondos comunes de inversión y/o cualquier otra estructura financiera susceptible de ser garantizada a través de la cesión de los Contratos APP y/o de los derechos de crédito emergentes del Contrato APP y sus correspondientes garantías. En particular, el Contratista APP podrá financiarse cediendo en garantía a las Entidades Financiadoras del Contrato APP y, en su caso, sus garantías. Tal cesión en garantía no estará sujeta a los requisitos previstos por el inciso t) segundo y tercer párrafo del artículo 9° de la Ley, pero para que pueda ejecutarse tal garantía deberá previamente cumplirse con esos requisitos. La cesión de los derechos creditorios emergentes del Contrato APP deberá ser notificada al Ente Contratante en los términos del artículo 1620 del Código Civil y Comercial de la Nación. Las cesiones previstas en este inciso podrán hacerse en garantía o en pago total o parcial.

■ En el supuesto de que el Proyecto sea solventado total o parcialmente por el flujo de la Contraprestación por Uso, se considerará cumplido con la publicación de la cesión por el término de tres días en el Boletín Oficial y, en su caso, también en un diario de la jurisdicción de emplazamiento del Proyecto. Dicha cesión deberá ser, en todos los casos, comunicada al Ente Contratante, que – en su caso – preverá la notificación a los usuarios para el supuesto de modificarse el domicilio de pago al que ellos están obligados (Artículo 9 del Reglamento).

10

Eventos extraordinarios

■ El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato (Artículo 9 de la Ley).

11

Prerrogativas de la autoridad pública

■ El artículo 9 de la Ley prevé disposiciones acerca de las variaciones al Contrato APP.

11

Prerrogativas de la autoridad pública

■ Las alteraciones que sean consecuencia de las variaciones hechas al Contrato APP que el Ente Contratante está autorizado para establecer unilateralmente únicamente en relación con la ejecución del Proyecto, serán compensadas al Contratante APP modificando algún factor del régimen económico del Contrato APP. El cálculo de las compensaciones y el ajuste de los factores antes mencionados siempre deberán ser hechos de modo tal que se obtenga que el valor neto presente de las variaciones es igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento aplicable prevista en el Pliego de la Licitación y/o el Contrato APP y el efecto económico que las variaciones pudieran tener en el Proyecto.

■ La extinción unilateral del Contrato APP por razones de interés público debe ser declarada mediante Decreto de la Autoridad Ejecutiva Nacional.

■ La metodología de valuación y el procedimiento para determinar la compensación que pudiera corresponder al Contratista APP en casos de extinción anticipada del Contrato APP por parte del Ente Contratante, estará establecida en el Pliego de la Licitación y en el Contrato APP, con base en los principios y procedimientos que sean aceptados general e internacionalmente en la materia. (Artículo 10 de la Ley).

12

Distribución del Riesgo

■ El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato (Artículo 9 de la Ley).

13

Terminación de APP

■ En todos los casos de extinción anticipada del contrato por parte de la contratante, con carácter previo a la toma de posesión de los activos, se deberá abonar al contratista el monto total de la compensación que pudiese corresponder según la metodología de valuación y procedimiento de determinación que al respecto se establezcan en la reglamentación y en la pertinente documentación contractual, la que en ningún caso podrá ser inferior a la inversión no amortizada (Artículo 10 de la Ley).

■ La especificación de los bienes muebles e inmuebles que revertirán o que serán transferidos al Estado nacional al extinguirse el contrato, pudiéndose acordar que la titularidad de la obra o infraestructura que se construya recién pasará al Estado a la finalización de la ejecución del contrato (Artículo 9 de la Ley).

14

Transparencia  
y rendición  
de cuentas

■ Las consultas sobre el Proceso de Licitación deberán hacerse por escrito (Artículo 12 del Reglamento).

■ En el momento de hacer una consulta sobre el Proceso de Licitación, las partes consultoras que no lo hubieran hecho anteriormente deberán proveer su información básica (Artículo 12 del Reglamento).

■ Las notificaciones públicas de APP y contratos deberán estar disponibles en línea (Artículo 12 del Reglamento).

■ El Ministerio de Finanzas deberá emitir una opinión sobre cada Proyecto con respecto a los siguientes aspectos:

- la razonabilidad del uso de los recursos públicos y
- los términos y condiciones del Contrato APP en sus aspectos económicos y financieros con respecto a la asunción de riesgos y obligaciones por parte del Sector Público Nacional (Artículo 6 de la Ley).

■ Una de las directrices de la contratación de APP es la transparencia en los procedimientos y decisiones (Artículos 12 y 14 de la Ley).

■ El contrato debe prever una cláusula anticorrupción (Artículo 24 de la Ley).

## ANEXO 2 BRASIL



**Legislación analizada:**

Ley 11.079/2004, Ley 8.987/1995, Ley 8.666/93, Decreto 8.428/2015 y Ley 12.527/2011

**Fecha del análisis:**

07 de junio de 2018



Marco  
jurídico e  
institucional

■ Las APP se encuentran reguladas por la Ley Federal No. 11.079/2004, que establece los lineamientos para los contratos y su proceso de licitación. Los estados y municipios también pueden establecer sus propias reglas siempre y cuando no contradigan o violen las disposiciones federales.

■ Subsidiariamente, las APP se encuentran reguladas por las Leyes 8.987/1995 (reglas de concesión) y 8.666/1993 (reglas generales del proceso de licitación).

■ Las APP en Brasil son una nueva modalidad de concesión, en la que las compañías privadas pueden prestar servicios públicos, explotar activos públicos y/o prestar servicios directamente al gobierno. El gobierno paga directamente al socio privado y éste puede cobrar tarifas únicamente en algunos casos (Artículo 2 de la Ley No. 11.079/2004).

■ Existen dos tipos de APP en Brasil: la Concesión Patrocinada y la Concesión Administrativa. Ambas siguen el mismo razonamiento previsto en los lineamientos federales:

- concesión patrocinada: el socio privado cobra tarifas a los usuarios y obtiene su pago directamente del gobierno;
- concesiones administrativas: el socio privado recibe una contraprestación exclusivamente pagada por el gobierno (Artículo 2 de la Ley No. 11.079/2004).

■ Las APP pueden ser adquiridas por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, incluyendo fundaciones y agencias públicas, compañías propiedad del estado y otras entidades directa o indirectamente controladas por la Unión, los Estados, el Distrito Federal o los Municipios (Artículo 1 de la Ley No. 11.079/2004).

■ El organismo federal responsable de las APP federales es el Comité Gestor (CGP), que se encuentra regulado por el Decreto 5.385/2005. Los representantes de varios Ministerios son miembros de la entidad, la cual debe aprobar los programas relacionados con APP, como autorizar la apertura de un procedimiento de licitación y evaluar y supervisar la ejecución de los contratos.



<div data-bbox="169 667 212 705">1</div> <div data-bbox="164 716 330 819">Marco jurídico e institucional</div>	<div data-bbox="379 367 804 398">■ Es responsabilidad del CGP:</div> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Proponer al Consejo del Programa de Sociedades de Inversión de la Presidencia de la República servicios prioritarios para su ejecución bajo el régimen de sociedades público-privadas y los criterios para subsidiar el análisis sobre la conveniencia y oportunidad de contratar bajo dicho régimen;</li> <li>• Disciplinar los procedimientos para celebrar contratos de sociedad público-privada y aprobar sus modificaciones;</li> <li>• Autorizar la apertura de los procedimientos de licitación y aprobar los instrumentos y contratos de la convocatoria y sus modificaciones;</li> <li>• Evaluar y aprobar los reportes semestrales sobre la ejecución de los contratos de sociedades público-privadas, enviados por los Ministerios y Agencias Regulatorias, en sus áreas de competencia;</li> <li>• Preparar y enviar al Congreso Nacional y la Corte de Auditoría Federal un reporte anual sobre el cumplimiento de los contratos de sociedades público-privadas, y hacer disponible, a través de un sitio web, la información contenida en el mismo, con excepción de aquella calificada como confidencial;</li> <li>• Aprobar el Plan de Sociedades Público-Privadas (PLP), supervisar y evaluar su ejecución.</li> </ul>
<div data-bbox="169 1283 212 1321">2</div> <div data-bbox="164 1332 322 1435">Sector es y actividades aplicables</div>	<div data-bbox="379 1238 1441 1370">■ Las APP no podrán ser utilizadas si su único propósito es proveer mano de obra, suministrar o instalar equipo y ejecutar obras públicas. Adicionalmente, no se pueden celebrar contratos de APP si su monto total es menor a R\$ 10.000.000,00 y su plazo es menor a 5 años (Artículo 2 de la Ley No. 11.079/2004).</div> <div data-bbox="379 1433 1441 1498">■ La regulación, jurisdicción y el poder policial no pueden ser objeto de un contrato de APP (Artículo 4 de la Ley No. 11.079/2004).</div>
<div data-bbox="169 1720 212 1758">3</div> <div data-bbox="164 1769 330 1872">Supervisión y regulación de la APP</div>	<div data-bbox="379 1626 1441 1729">■ Los Ministerios y agencias públicas son responsables, dentro de sus respectivos campos de autoridad, de monitorear y supervisar la ejecución del contrato (Artículo 15 de la Ley No. 11.079/2004).</div> <div data-bbox="379 1789 1441 1892">■ La remuneración del socio privado puede estar ligada a su desempeño, de conformidad con los objetivos y los estándares de calidad definidos en el contrato (Artículo 6 de la Ley No. 11.079/2004).</div> <div data-bbox="379 1953 1441 2018">■ Los contratos pueden establecer mecanismos para revisar las tarifas con la finalidad de mantener el equilibrio económico-financiero.</div>

## 4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ Las autoridades pueden modelar proyectos de distintas maneras:

- de forma independiente, utilizando su propio organismo técnico;
- contratando a consultores externos para ayudarlas a desarrollar estudios y documentos del proyecto, tales como el contrato y la convocatoria de la licitación. Las autoridades locales también podrán agruparse con alguna organización internacional que promueva la sociedad con el Banco Mundial, por ejemplo, lo que ayudará a preparar los estudios y otros documentos para el lanzamiento del proyecto;
- obtener contribuciones del sector privado (Decreto No. 8.428/2015).

■ De conformidad con el Decreto No. 8.428/2015, las autoridades pueden obtener contribuciones del sector privado de dos maneras:

- manifestación de Interés (Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI): para procedimientos en los que las autoridades solicitan las contribuciones de compañías privadas en un modelo determinado; y
- propuestas de Iniciativa Privada (Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP): en la que las compañías privadas presentan propuestas modelando un proyecto determinado sin que se les hubiera solicitado. Después de que las autoridades aceptan la propuesta de la compañía, se publica una invitación para presentar estudios, y cualquier parte interesada también podrá presentar sus estudios para modelar el proyecto. De cualquier forma, las compañías interesadas deben cumplir con los requerimientos previstos en la invitación para presentar los estudios. Comúnmente se requiere que las compañías interesadas presenten una autorización en la que declaren sus calificaciones y experiencia, y demuestren su programa de trabajo para presentar los estudios. En ambos casos (PMI y MIP), se reembolsará a las compañías privadas los costos de los estudios en caso de que sus estudios sean seleccionados por las autoridades, y en caso de que el proyecto les sea adjudicado. En caso de un proceso de licitación exitoso, el ganador de la contratación será responsable de pagar dichos estudios.

■ Independientemente de la manera en que sea modelado un proyecto, la definición de los estudios técnicos tiene un alcance común, esencial para estructurar un proyecto de concesión o una APP. Este alcance cubre:

- estudios de ingeniería y estudios técnicos operativos;
- estudios ambientales;
- estudios económicos y modelo de negocios;
- evaluación del riesgo y su definición.

## 4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ Para que un proyecto de APP sea publicado, debe incluir los siguientes elementos:

- autorización del organismo competente, con base en el estudio técnico;
- una estimación del impacto en el presupuesto durante los años de vigencia del contrato;
- una declaración por parte del director de gasto señalando que las obligaciones contraídas por el Gobierno durante la vigencia del contrato son compatibles con la ley de reglas presupuestales;
- estimado del flujo de fondos públicos suficiente para cumplir las obligaciones contraídas por el Gobierno, durante la vigencia del contrato y por año fiscal; el alcance debe ser previsto en el plan multianual vigente con el que se relacione el contrato;
- presentación del proyecto de la convocatoria a la licitación y del contrato, para consulta pública a través de su publicación en la prensa oficial, periódicos de amplia circulación y electrónicamente, los cuales deberán informar la justificación de la contratación, la identificación de su objeto, la vigencia del contrato, el monto contractual estimado, otorgando, cuando menos, treinta días para recibir sugerencias y con un plazo de cuando menos siete días antes de la fecha establecida para la publicación de la convocatoria a la licitación;
- previa licencia ambiental o promulgación de reglas para obtener la licencia ambiental del compromiso, en forma de reglamentaciones, cuando el objeto del contrato así lo requiera (Artículo 10 de la Ley No. 11.079/2004).

## 5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ Las licitaciones públicas de APP son reguladas por la Ley No. 11.079/2004, pero deben cumplir con las reglas generales previstas en la Ley No. 8.666/1993.

■ El procedimiento de competencia es obligatorio para los proyectos de APP (Artículo 10 de la Ley No. 11.079/2004).

■ El procedimiento de competencia es un tipo de licitación entre las partes interesadas que cumplan con los requerimientos mínimos de calificación previstos en la invitación a la licitación, para cumplir con el objeto del proceso de licitación (Artículo 22 de la Ley No. 8.666/1993).

■ Las compañías extranjeras pueden participar en los procesos de licitación de APP (Artículo 23 de la Ley No. 8.666/1993).

## 5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ Las bases de la licitación y el contrato deben estar sujetos a consulta pública durante, cuando menos, treinta días (Artículo 10 de la Ley No. 11.079/2004).

■ La sentencia podrá ser precedida por una etapa de calificación de las propuestas técnicas. Los licitantes que no alcancen la calificación mínima serán descalificados y no participarán en las siguientes etapas (Artículo 12 de la Ley No. 11.079/2004).

■ Los siguientes criterios de sentencia podrán ser utilizados en los procesos de licitación de APP:

- el menor precio a ser pagado por el Gobierno;
- la oferta que combine mejor precio y criterios técnicos (Artículo 12 de la Ley No. 11.079/2004).

■ La examinación de las propuestas técnicas, para fines de calificación o resolución, será hecha mediante un acto motivado, con base en los requerimientos, parámetros e indicadores de resultados pertinentes al objeto, los cuales deberán ser definidos con claridad y objetividad en la convocatoria pública (Artículo 12 de la Ley No. 11.079/2004).

■ Las bases de la licitación pueden incluir una disposición que permita la reversión del orden de las fases de preselección y evaluación (Artículo 13 de la Ley No. 11.079/2004).

■ Antes de la ejecución de un contrato de APP, se debe crear un vehículo de propósito especial para administrar el proyecto (Artículo 9 de la Ley No. 11.079/2004).

## 6

Ingresos  
de APP

■ El pago del Gobierno bajo contratos de sociedades público-privadas se puede hacer a través de:

- remesa bancaria;
- cesión de créditos no fiscales;
- otorgamiento de derechos ante el gobierno;
- otorgamiento de propiedad privada del gobierno;
- otros medios permitidos por la ley (Artículo 6 de la Ley No. 11.079/2004).

## 6

## Ingresos de APP

■ El contrato puede establecer el pago al socio privado de una compensación variable vinculada a su desempeño, de conformidad con los objetivos y estándares de calidad y disponibilidad definidos en el contrato (Artículo 6 de la Ley No. 11.079/2004).

■ En APP Patrocinadas, en adición al pago hecho por el Gobierno, el socio privado también recibe las tarifas pagadas por los usuarios (Artículo 2 de la Ley No. 11.079/2004).

■ Es posible obtener ingresos accesorios explorando otras actividades relacionadas con el objeto de la APP, como lo es la publicidad (Artículo 11 de la Ley No. 9.987/1995).

■ Los recursos públicos en APP Patrocinadas no podrán exceder el 70% del monto total de la remuneración debida al socio privado (Artículo 10 de la Ley No. 11.079/2004).

■ El gobierno puede realizar pagos antes de que los servicios se encuentren disponibles, para la implementación y progreso del proyecto. Este mecanismo se llama aporte (Artículo 6 de la Ley No. 11.079/2004).

## 7

## Resolución de conflictos

■ Es posible resolver conflictos mediante una solicitud formal a la entidad pública contratante del proyecto. Es un tipo de procedimiento administrativo, cuyas reglas deben basarse en los principios generales de la ley administrativa. Comúnmente, cada entidad federativa publica sus propias reglas en procesos administrativos internos. Para el Gobierno Federal aplica la Ley No. 9.784/99.

■ También es posible que el contrato de APP establezca que algunas cuestiones técnicas puedan ser resueltas por un comité especializado, usualmente conformado por tres miembros (un representante de cada parte más un tercero neutral), cuyo propósito es emitir una opinión acerca del conflicto relacionado con cuestiones técnicas.<sup>1</sup>

■ La Ley de Arbitraje (9.307/96) y la Ley No. 11.079/2004 prevén que se puede utilizar el arbitraje para resolver conflictos, aunque su uso es limitado y sujeto a discusión. El Artículo 11 de la Ley No. 11.079/2004 requiere que el arbitraje se lleve a cabo en Brasil y en portugués.

<sup>1</sup> Este mecanismo no tiene una disposición legal específica, pero actualmente se aplica a los contratos APP.

## 8

## Manejo de los cambios

■ Los contratos públicos pueden ser modificados unilateralmente por el Gobierno, cuando:

- se modifique el proyecto o sus especificaciones, para una mejor adecuación técnica a sus objetivos;
- cuando los montos previstos en el contrato hayan sido ajustados debido a un incremento o decremento cuantitativo del alcance del contrato, limitado a un 25% del monto inicial del contrato (Artículo 65 de la Ley No. 8.666/1993).

■ El contrato de APP puede ser modificado en caso de que un evento rompa su equilibrio económico, con respecto a la distribución del riesgo. Sin embargo, cualquier cambio unilateral hecho por el Gobierno debe ser calculado y compensado (Artículo 9 de la Ley No. 8.987/1995).

■ Los contratos de APP Patrocinadas pueden prever mecanismos para la revisión de las tarifas, para mantener el equilibrio económico (Artículo 9 de la Ley No. 8.987/1995).

■ Con excepción de los impuestos sobre el ingreso, cualquier cambio a los impuestos o cargos legales, después de la presentación de la propuesta, resultará en un ajuste de las tarifas (incremento o decremento). (Artículo 9 de la ley No. 8.987/1995).

■ Se puede cambiar el control del vehículo de propósito especial (Artículo 9 de la Ley No. 11.079/2004).

## 9

## Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías

■ Las cuentas por cobrar del proyecto pueden ser otorgadas como garantía (Artículo 28 de la Ley No. 8.987/1995 y Artículo 5 de la Ley No. 11.079/2004).

■ El contrato puede ser transferido a los inversionistas (Artículo 5 de la Ley No. 11.079/2004).

■ Normalmente, la parte del sector privado es responsable de financiar el proyecto, celebrando un contrato de financiamiento con un banco, emitiendo bonos o usando su capital. Generalmente, contar con financiamiento no es una condición precedente a la celebración de un contrato de APP, pero en ocasiones puede ser incluida en una cláusula de salida. Esto significa que, en caso de que el socio privado no obtenga los fondos suficientes dentro de un período determinado, el contrato será terminado.



<p><b>10</b></p> <p>Eventos extraordinarios</p>	<p>■ Los riesgos de los Eventos extraordinarios generalmente son compartidos. Los riesgos extraordinarios son manejados por el Gobierno mediante el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la contratación pública. Este mecanismo asegura que las condiciones económicas y financieras sobre las que se basaron las partes para celebrar el contrato serán mantenidas hasta la expiración del mismo (Artículo 5 de la Ley No. 11.079/2004).</p> <p>.....</p> <p>■ Los contratos de APP pueden ser modificados para reestablecer la relación inicialmente convenida por las partes, con respecto a las obligaciones del contratista y la adjudicación hecha por el gobierno mediante la justa remuneración de las obras, servicios o suministro. El objetivo es mantener el equilibrio económico y financiero inicial del contrato, en caso de eventos imprevistos o eventos previstos cuyas consecuencias no puedan ser estimadas, o en caso de que dichas consecuencias demoren o eviten el cumplimiento total de los términos del contrato o en caso de un evento de fuerza mayor o de caso fortuito que pudieran resultar en pérdidas financieras o en responsabilidad por daños económicos no establecidos en el contrato (Artículo 65 de la Ley No. 8.666/1993).</p>
<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ El Gobierno puede modificar unilateralmente los contratos para su mejor adecuación a los fines del interés público, con respecto a los derechos del contratista (Artículo 58 de la Ley No. 8.666/1993).</p> <p>.....</p> <p>■ El Gobierno puede dar por terminados los contratos unilateralmente en varios casos, por ejemplo, cuando el socio privado no cumpla con las cláusulas y obligaciones del contrato (Artículo 78 de la Ley No. 8.666/1993)</p>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<p>■ Los riesgos en las APP deben ser asignados objetivamente en el contrato, incluso aquellos relacionados con caso fortuito, eventos de fuerza mayor, actos gubernamentales que afecten el contrato y riesgos económicos extraordinarios (Artículos 4 y 5 de la Ley No. 11.079/2004).</p>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<p>■ Casos de terminación anticipada (Artículo 35 de la Ley No. 8.987/1995):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Terminación del contrato – aplicable cuando el gobierno incumple el contrato, pero una corte debe declarar la terminación efectiva del contrato; Expropiación por parte del Gobierno – terminación anticipada del contrato debido al interés público; requiere una ley específica que autorice la expropiación y el pago de una indemnización por parte del gobierno en favor de la entidad privada;</li> </ul>

## 13

Terminación  
de APP

- Pérdida de la concesión – aplicable en situaciones de incumplimiento del contrato por parte de la entidad privada (la ley de concesiones establece varios casos de pérdida, pero el contrato de concesión debe establecer todos los casos aplicables);
- Anulación del contrato – previa decisión de una corte que declare la violación de leyes;
- Quiebra o disolución de la entidad privada;
- Evento de fuerza mayor – si obstaculiza la ejecución del alcance del contrato.

■ A partir de la terminación del contrato, el socio privado deberá transferir todos los bienes reversibles (utilizados para llevar a cabo las actividades contratadas) al Gobierno (Artículo 35 de la Ley No. 8.987/1995) y, dependiendo del caso, se podrá pagar una compensación (Artículo 36 de la Ley No. 8.987/1995).

■ Al extinguirse la APP, la parte pública debe tomar control del proyecto inmediatamente (Artículo 35 de la Ley No. 8.987/1995).

## 14

Transpa-  
rencia  
y rendición  
de cuentas

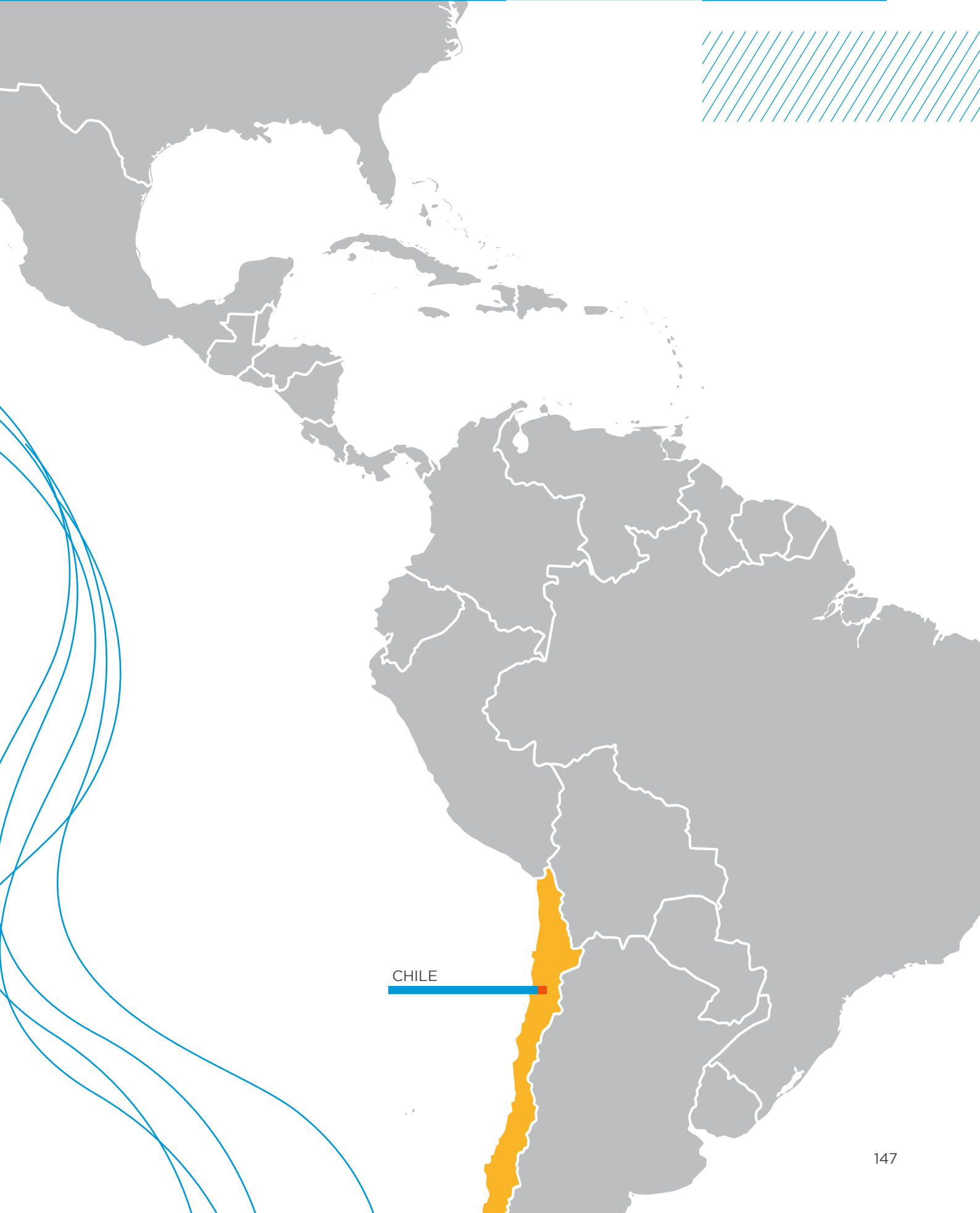
■ Las convocatorias públicas y proyectos de contrato de APP deben estar disponibles en línea (Artículo 10 de la Ley 11.079/2004).

■ Cualquier licitante podrá tener acceso a los términos del contrato y al proceso de licitación respectivo y cualquier parte interesada puede obtener copia certificada a partir del pago de los derechos correspondientes (Artículo 63 de la Ley No. 8.666/1993).

■ Toda la información relativa a la administración de los activos públicos, uso de recursos públicos, licitaciones y contratos administrativos deben estar disponibles (Artículo 7 de la Ley No. 12.527/11).

■ Una de las directrices de la contratación de APP es la transparencia en los procedimientos y decisiones (Artículo 4 de la Ley No. 11.079/2004).

# ANEXO 3 CHILE



CHILE

**Legislación analizada:**

Decreto 900/96 (*Ley de Concesiones de Obras Públicas*) y Decreto 956/99 (*Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas*).

**Fecha del análisis:**

20 de junio de 2018.



Marco  
jurídico e  
institucional

■ No existe una ley específica en materia de APP en Chile, pero el Decreto 900 establece el marco para todas las concesiones de obras y servicios públicos y el Decreto 956/99 y la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas provee su reglamentación.

■ Los contratos de APP pueden ser utilizados para los siguientes propósitos: ejecución, reparación, mantenimiento o explotación de obras y servicios públicos; uso y disfrute de bienes nacionales para uso público o fiscal, desarrollo de áreas de servicio; provisión de equipo o prestación de servicios asociados (Artículo 1 de la Ley).

■ Consejo de Concesiones: Es un organismo funcional, creado como un programa que depende del Ministerio de Obras Públicas (MOP) (Artículo 1 bis del Decreto 900). Depende del Ministerio de Obras Públicas (MOP) y requiere la aprobación del Ministerio de Finanzas para convocar a licitaciones, otorgar adjudicaciones y modificar proyectos de concesión. El Consejo de Concesiones es una entidad responsable de, entre otras funciones:

- Promover los proyectos de concesión;
- Preparar licitaciones, en los aspectos técnicos y económicos, así como las reglas de la licitación;
- Conducir la licitación y adjudicarla;
- Supervisar el contrato tanto en la fase de construcción como en la operación del proyecto;
- Representar el interés público en el arbitraje de conflictos.

■ El Consejo de Concesiones está presidido por el Ministro de Obras Públicas y tiene 5 miembros designados por el MOP, a quienes son aplicables las reglas de descalificación e incompatibilidades administrativas (Artículo 1 bis del Decreto 900).

■ El MOP será el organismo responsable de llevar a cabo las acciones preparatorias pertinentes y cualquier persona física o moral puede solicitar al Ministerio la ejecución de obras públicas a través del sistema de concesiones. La calificación de estas solicitudes será resuelta por el Ministerio de Obras Públicas, de manera fundada y motivada, dentro de un período de un año, contado a partir de su presentación. El reglamento establecerá los criterios para la calificación de estas solicitudes (Artículo 2 de la Ley).

<p><b>1</b></p> <p>Marco jurídico e institucional</p>	<p>■ El Ministerio de Obras Públicas debe solicitar un reporte previo del Consejo de Concesiones en los siguientes casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Declarar de interés público los proyectos de iniciativa privada;</li> <li>• Determinar que un proyecto de iniciativa privada sea ejecutado con un mecanismo distinto al de concesiones;</li> <li>• Analizar los proyectos de iniciativa pública que se considerará ejecutar mediante el sistema de concesión regulado en esta ley;</li> <li>• Establecer la excepción para nuevas inversiones;</li> <li>• Contratar las nuevas inversiones y obras bajo las condiciones excepcionales en las que es posible hacer nuevas inversiones. (Artículo 1 bis del Decreto 900).</li> </ul>
<p><b>2</b></p> <p>Sectores y actividades aplicables</p>	<p>■ Cualquier obra o servicio, incluyendo sanitización, puertos, caminos y cualquier otro proyecto de infraestructura (Artículo 1 del Reglamento).</p>
<p><b>3</b></p> <p>Supervisión y regulación de la APP</p>	<p>■ Existe un sistema para supervisar el progreso y la conclusión de las obras de construcción, como se establece en el artículo 59 del Reglamento.</p> <p>.....</p> <p>■ Tanto en la fase de construcción como en la fase de operación, el Ministerio de Obras Públicas puede aplicar multas (previstas en las reglas de la licitación) a las entidades privadas que no cumplan con sus obligaciones. Sin embargo, las entidades privadas deben proporcionar al Ministerio de Obras Públicas la información sobre los pagos hechos a los contratistas y los contratistas deben hacer lo mismo con respecto a los subcontratistas. Esta información es publicada en el sitio web del Ministerio de Obras Públicas y es actualizada mensualmente (Artículo 21 de la Ley y Artículos 37 y 47 del Reglamento).</p> <p>.....</p> <p>■ El Ministerio de Obras Públicas designará a un inspector fiscal responsable de la supervisión de las etapas de construcción y explotación de la APP (Artículo 38 del Reglamento).</p> <p>.....</p> <p>■ El Artículo 19 de la Ley establece que todas las modificaciones al contrato original para incluir obras adicionales, que conjunta o separadamente excedan el cinco por ciento del presupuesto oficial de la obra, siempre y cuando dicho porcentaje corresponda a una suma mayor a cincuenta mil unidades de fomento, deberán contar con un informe de la respectiva Dirección del Ministerio de Obras Públicas sobre el impacto de la modificación en los niveles de servicio originalmente comprometidos, en la valoración de las inversiones a realizar, y en el respeto de la proporcionalidad y equivalencia de las prestaciones económicas mutuas y de las estructuras y niveles tarifarios previstos en el contrato de concesión.</p>

3

Supervisión  
y regulación  
de la APP

■ Las modificaciones que se incorporen a la concesión en virtud de lo dispuesto en este artículo se harán por decreto supremo fundado del Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.

■ Cada año, en enero y julio, el Ministerio de Obras Públicas pone a disposición de los interesados un registro de los proyectos seleccionados para su explotación por el sistema de concesión (Artículo 4 del Reglamento).

■ Las partes del sector privado interesadas podrán iniciar un proyecto de APP. El procedimiento se divide en dos fases: Presentación (para verificar e interés público involucrado) y Proposición (desarrollo del proyecto) (Artículo 4).

■ El postulante que hubiera dado lugar a la licitación tendrá derecho a una ventaja en la evaluación de su oferta, en caso de que la misma sea formulada en el momento de la licitación de la concesión. La contraprestación es prevista en el Reglamento y en las Bases (Artículo 8 y 10 del Reglamento).

4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ Para proyectos públicos o privados altamente complejos y multifuncionales, las bases de precalificación pueden establecer otros requerimientos objetivos para participar en proyectos de esta naturaleza, como se establece en el Artículo 13 del Reglamento, siempre y cuando no existan elementos arbitrarios y los postulantes sean tratados de forma equitativa, como se prevé en el Artículo 6 bis de la Ley.

■ Las bases de precalificación pueden establecer que los postulantes precalificados participen equitativamente para financiar los estudios que el Ministerio de Obras Públicas considere necesarios para elaborar las reglas de la licitación, individualizando los estudios y su costo. La ejecución de dichos estudios debe ser contratada por el Ministerio de Obras Públicas a entidades independientes, con competencia en la materia en cuestión (Artículo 6 bis de la Ley).

5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ La legislación establece detallados criterios de selección para seleccionar a los licitantes (Artículo 25 del Reglamento).

■ De conformidad con el Artículo 15 del Reglamento, las compañías extranjeras pueden participar en los procesos de APP.

## 5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ Las autoridades contratantes deben publicar la convocatoria de la licitación en periódicos y otros medios, para una mayor transparencia del proceso de licitación (Artículo 14 del Reglamento).

■ Las bases de la licitación detallan los procedimientos de contratación y deben contener toda la información prevista en el Artículo 17 del Reglamento.

■ Las bases de la licitación especifican los criterios de precalificación/preselección.

■ El modelo financiero será presentado con la propuesta y será evaluado únicamente de conformidad con los criterios publicados, que pueden incluir múltiples variables (criterios técnicos, calidad, precio, período para completar las obras y otras) (Artículos 19, 20 y 23 del Reglamento).

■ La autoridad contratante notificará a todos los licitantes los resultados del proceso de contratación de APP, incluyendo los fundamentos de la selección (Artículo 26 del Reglamento).

■ Las partes del sector privado interesadas podrán hacer consultas o solicitar aclaraciones sobre las bases de la licitación al Director General del Ministerio de Obras Públicas (Artículo 18 del Reglamento).

■ El sistema de evaluación previsto por la autoridad en las bases de la licitación considera varios factores para adjudicar la concesión, incluyendo factores ambientales y ecológicos (Artículo 7 k de la Ley) que deben ser cumplidos por los licitantes en su propuesta técnica.

## 6

Ingresos  
de APP

■ Los Artículos 10 y 11 del Decreto 900 establecen que:

- En el contrato de concesión se dejará constancia de otros beneficios que se incluyan como compensación por los servicios ofrecidos, según lo establezcan las bases, tales como concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad u otros. En aquellos casos en que, con ocasión de la ejecución de las obras, el concesionario recupere terrenos ribereños fiscales que antes se encontraban ocupados por las aguas, el Ministerio podrá ofrecer dar en pago la entrega de parte de los terrenos ribereños fiscales recuperados o de otros preexistentes, conjunta o alternativamente con los restantes beneficios establecidos en esta ley.



<p><b>6</b></p> <p>Ingresos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados. El concesionario no estará obligado a establecer exenciones en favor de usuario alguno.</li> </ul>
<p><b>7</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<p>■ Es posible crear un Panel Técnico, un organismo especializado que analiza y emite recomendaciones no vinculatorias sobre aspectos técnicos o económicos de una controversia (Artículos 107 y 108 del Reglamento y Artículo 36 de la Ley).</p> <p>.....</p> <p>■ La Comisión Arbitral (Artículo 109 del Reglamento y Artículo 36 bis de la Ley) consiste en un procedimiento arbitral combinado de una sola instancia. Las facultades del árbitro con respecto al procedimiento y evaluación de la evidencia se hacen de conformidad con las estipulaciones de las partes en el convenio arbitral o, a falta de dicho convenio, las reglas de la sana crítica. Él/ella debe emitir un laudo definitivo de conformidad con las reglas de la sana crítica, manifestando los motivos y las consideraciones factuales, legales, técnicas y económicas correspondientes.</p> <p>.....</p> <p>■ Las partes pueden resolver la controversia y llegar a un acuerdo en cualquier momento.</p> <p>.....</p> <p>■ El Artículo 84 del Reglamento establece que habrá una Comisión de Conciliación, que podrá actuar como Comisión de Arbitraje bajo los términos previstos en el Artículo 36 de la Ley, quien conocerá de cualquier controversia o reclamación que pudiera surgir de la interpretación, aplicación o ejecución del contrato de concesión.</p>
<p><b>8</b></p> <p>Manejo de los cambios</p>	<p>■ Cuando los cambios superen el 10% del presupuesto oficial de las obras, durante la etapa de construcción o de explotación, la información de soporte deberá ser puesta a disposición del Consejo de Concesiones para que informe al Ministerio de Obras Públicas acerca de la conveniencia de dichas modificaciones (Artículo 20 de la Ley).</p> <p>.....</p> <p>■ Excepcionalmente, durante la etapa de construcción y por razones de interés público debidamente fundadas, cuando una obra concesionada requiere de rediseño o complementación, de tal modo que el total de las inversiones adicionales necesarias durante dicha etapa, incluidos los costos de mantención, operación y conservación, superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra, tales inversiones adicionales y modificaciones de obras podrán ser contratadas por el Ministerio de Obras Públicas con el concesionario, cuando se cumplan las cinco condiciones previstas en el artículo (Artículo 20 bis de la Ley).</p>

## 8

## Manejo de los cambios

■ El concesionario podrá solicitar compensación en caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, sólo cuando, copulativamente, cumpla con los siguientes requisitos: el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate y altere significativamente el régimen económico del contrato. (Artículo 19 de la Ley).

■ Las compensaciones económicas deberán expresarse en los siguientes factores: subsidios entregados por el Estado, pagos voluntarios efectuados directamente al concesionario por terceros a quienes interese el desarrollo de la obra, modificación del valor presente de los ingresos totales de la concesión, alteración del plazo de la concesión, modificación de las tarifas u otro factor del régimen económico de la concesión pactado. Se podrán utilizar uno o varios de esos factores a la vez. (Artículo 19 de la Ley).

## 9

## Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías

■ El marco jurídico no determina la forma en que opera el financiamiento de APP, pero establece el concepto “financista”, que es una persona natural o jurídica o grupo de ellas que permiten y facilitan a la sociedad concesionaria, ya sea a través de créditos directos o con fianzas, avales, garantías o cualquiera otra caución, el financiamiento de una determinada obra de infraestructura pública por el sistema de concesión. (Artículo 3 del Reglamento).

■ El riesgo del financiamiento es asignado al concesionario o parte del sector privado.

■ Garantías Contractuales: el concesionario deberá constituir garantías de construcción y de explotación de conformidad con los términos previstos en las bases de la licitación (Artículo 33 del Reglamento).

■ El Artículo 21 de la Ley establece que en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicos con terceros, la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente esta Ley y las que se estipulen en el contrato. Así, entre otras, el concesionario podrá preñar el contrato o dar en prenda los flujos e ingresos futuros de la concesión para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión, ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Fisco que conste en el contrato, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas.

<p><b>10</b></p> <p>Eventos extraordinarios</p>	<p>■ Quedará temporalmente suspendida la concesión: En caso de guerra externa, conmoción interior o fuerza mayor que impidan la prestación del servicio; cuando se produzca una destrucción parcial de las obras o de sus elementos, de modo que se haga inviable su utilización por un período de tiempo; y por cualquier otra causa que las bases de licitación establezcan. (Artículo 26 de la Ley).</p> <p>.....</p> <p>■ El Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación (Artículo 22 de la Ley).</p>
<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ Si el interés público así lo exigiere, el Presidente de la República, previo informe del Consejo de Concesiones y mediante decreto fundado del Ministerio de Obras Públicas que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, podrá poner término anticipado a la concesión (Artículo 28 ter de la Ley). Cuando un cambio de circunstancias hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra. Esta potestad podrá ejercerse exclusivamente durante la etapa de construcción.</p> <p>.....</p> <p>■ El Ministerio de Obras Públicas podrá acordar la modificación de las características de las obras y servicios contratados, a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público. Consecuentemente, el Ministerio debe compensar financieramente al concesionario, en su caso, por los costos adicionales incurridos por el concesionario por este concepto. (Artículo 20 de la Ley).</p>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<p>■ La distribución del riesgo se definirá en la convocatoria de la licitación y en el contrato (Artículo 7 de la Ley).</p> <p>.....</p> <p>■ Los riesgos de construcción son asignados al concesionario. Sin embargo, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de licitación (Artículo 22 de la Ley).</p>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<p>■ El Artículo 27 de la Ley establece que un contrato de APP se extingue:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• por el cumplimiento del plazo por el que se otorgó con sus modificaciones, si procediere;</li> </ul>

## 13

Terminación  
de APP

- mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario (Artículo 77 del Reglamento);
- incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario (Artículo 79 del Reglamento); y
- los casos estipulados en las bases de licitación (Artículo 78 del Reglamento).

■ Aún en caso de un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por parte del concesionario, el concesionario tiene derecho a recibir el pago del Fisco en la oportunidad y en los términos previstos por el Artículo 104 del Reglamento, el concesionario deberá presentar por escrito al Ministerio de Obras Públicas, una oferta de negociación que indique el valor de las inversiones u obras necesarias para la prestación del servicio que se hubieran hecho efectivamente por parte del concesionario y que no hubieran sido amortizadas, más los costos financieros normales del mercado relevante de dichas inversiones, debidamente acreditados, incluyendo los reajustes e intereses devengados, junto con todos los documentos de soporte.

■ El acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario extingue la concesión con arreglo a las condiciones del convenio que se suscriba por ambas partes. El Ministerio de Obras Públicas sólo podrá concurrir a este convenio de extinción de la concesión con el acuerdo previo favorable y por escrito de los acreedores que tengan constituida a su favor la prenda especial de concesión de obra pública. Este convenio se sujetará a las formalidades que establece el artículo 72 del Reglamento (Artículo 77 del Reglamento).

## 14

Transparencia  
y rendición  
de cuentas

■ Toda la información relativa a los proyectos de APP se encuentra disponible en el sitio web del MOP ([www.concesiones.cl](http://www.concesiones.cl)) .

■ El Ministerio de Obras Públicas puede emitir una declaración con respecto a la precalificación y bases de licitación y sobre cualquier otra cuestión relativa al contrato que pudiera impactar el presupuesto público (Artículos 13, 32, 69, 77, 86, 104 del Reglamento).

■ La adjudicación del contrato se resolverá por decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda. El contrato se perfeccionará una vez publicado en el Diario Oficial el decreto supremo de adjudicación (Artículo 8 de la Ley).

■ La Ley No. 20.085/2008 (y su Reglamento) es la Ley sobre el Acceso a la Información Pública y Transparencia de la Administración Pública.

# ANEXO 4 COLOMBIA



COLOMBIA

**Legislación analizada:**

Ley 1508/2002, Ley 80/1993, Ley 1150/2007, Decreto 1082 de 2015 y Ley 1882 de 2018\*

**Fecha del análisis:**

4 de julio de 2018

**1**

Marco  
jurídico e  
institucional

■ La Ley 1508/2002 establece el sistema jurídico aplicable a la APP en Colombia.

■ Un contrato de APP es celebrado por autoridades públicas y una parte del sector privado, responsable de proveer bienes y servicios (Artículo 1 de la Ley 1508/2012). Los contratos de APP implican la transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago y únicamente pueden ser celebrados cuando el monto de la inversión es mayor a seis mil.

■ El plazo máximo de una APP es de 30 años. Cuando la estructura financiera indique que un proyecto debe tener un plazo más largo, se requiere la autorización del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Artículo 1 de la Ley 1508/2012).

■ Las APP pueden ser adquiridas o contratadas por cualquier organismo público (Artículo 1 de la Ley 1508/2012).

■ El Departamento Nacional de Planeación es el responsable de promover la administración privada en inversiones, financiamiento, construcción, operación, rehabilitación y mantenimiento de infraestructura y disposición de activos (Introducción de la Resolución 3656).

**2**

Sectores y  
actividades  
aplicables

■ Los contratos de APP pueden ser utilizados para la construcción en sectores de infraestructura y sus servicios asociados, para construir, reparar y mejorar equipo y servicios públicos (Artículo 3 de la Ley 1508/2012).

**3**

Supervisión  
y regulación  
de la APP

■ El Departamento Nacional de Planeación es responsable del “Registro Único de Asociación Público Privada – RUAPP”, un registro público de proyectos que el Gobierno Nacional y entidades territoriales consideran proyectos prioritarios y proyectos de APP en curso y terminados (Artículo 25 de la Ley 1508/2012).

\* Este análisis también se basa en la información prevista en la Norma sobre Adquisiciones Públicas del Banco Mundial.

## 3

Supervisión  
y regulación  
de la APP

## ■ Los organismos públicos:

- exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado;
- adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias;
- solicitarán la actualización o la revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato;
- adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas;
- exigirán la calidad de los bienes y servicios adquiridos (Artículo 4 de la Ley 80/1993).

## 4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ La modelación de los proyectos de APP puede ser hecha a iniciativa del sector público o privado, como se establece en el Título III de la Ley 1508.

■ En las APP creadas a iniciativa del sector público, el socio privado debe ser seleccionado en un proceso de fijación de precios que consiste en una lista de partes interesadas precalificadas. Existe una convocatoria pública para elaborar esta lista (Título II de la Ley 1508/2012).

■ Antes de que inicie el proceso de selección, el organismo público a cargo del proyecto deberá tener:

- los estudios que respalden el proyecto;
- la evaluación de la relación calidad-precio;
- las razones para justificar el modelo de APP;
- la evaluación del riesgo.

■ El sector privado estructura los proyectos, a su propio riesgo, asumiendo todos los costos de las APP que inicie (Título III de la Ley 1508/2012).

■ El socio privado debe presentar el proyecto a las autoridades públicas. El proceso de estructuración se divide en una fase de prefactibilidad y otra fase de factibilidad (Artículo 14 de la Ley 1508/2012).

■ En la primera fase, el socio privado describe el proyecto, incluyendo su información general como es el diseño, los estudios de demanda, el costo estimado y los recursos. La idea del proyecto es sometida a la autoridad gubernamental, y el organismo competente tiene tres meses para decidir si la propuesta es interesante y factible. Dicho organismo puede rechazar o aceptar la propuesta, en cuyo caso permite que el socio privado continúe realizando estudios. La aceptación no es vinculatoria.



## 4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ En la fase de factibilidad, el socio privado describe el modelo financiero del proyecto, las fases, la duración y la evaluación del riesgo, entre otros detalles. También presenta documentos que demuestran sus capacidades legales, financieras y técnicas. Si la autoridad pública aprueba el proyecto, notificará al socio privado acerca de las condiciones y el valor que está dispuesto a pagar por los estudios.

■ Los proyectos iniciados por el sector privado serán evaluados de conformidad con los criterios previstos en el Artículo 16 de la Ley 1508/2012.

## 5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ Las APP iniciadas por el sector público, o aquellas que requieran recursos públicos, son seleccionadas según qué oferta es la más favorable para la entidad pública. Para hacerlo, la entidad debe revisar las capacidades legales, técnicas y financieras de las partes interesadas. La oferta más favorable es la oferta que combine los mejores elementos técnicos y financieros, que sean los más favorables (Artículo 12 de la Ley 1508/2012).

■ Si una APP iniciada por el sector privado no involucra recursos públicos, la autoridad pública publicará los estudios y el proyecto de contrato en el sitio web del sistema electrónico de contratación pública y revisará si existen otras partes interesadas en el proyecto. Después de la conclusión de un cierto período de tiempo, si no hay otras partes interesadas, el gobierno celebra el contrato. Sin embargo, si apareciera un tercero interesado, la autoridad abrirá un proceso de licitación simplificado. Si la parte que presentó la propuesta del proyecto no presentara la mejor oferta, tendrá diez días para presentar una oferta que supere a la oferta ganadora (Artículo 19 de la Ley 1508/2012).

■ Si una APP iniciada por el sector privado involucra recursos públicos, debe llevarse a cabo un proceso de licitación para seleccionar al socio. El proponente del proyecto se beneficiará de un incremento en su clasificación de entre el 3 y el 10% por encima de su clasificación inicial. Si la entidad que hubiera presentado la propuesta no es adjudicada con el proyecto, el ganador pagará el monto gastado en la preparación de los estudios (Artículo 14 de la Ley 1508/2012).

## 6

Ingresos  
de APP

■ El desembolso público relacionado con los proyectos de APP proviene de la Hacienda Nacional. Los pagos están condicionados a la disponibilidad de los servicios (Artículo 6 del Decreto 1467/2012).

## 6

Ingresos  
de APP

■ El gobierno puede efectuar pagos antes de que los servicios se encuentren disponibles, para la implementación y el progreso del proyecto (Artículo 11 del Decreto 1467/2012). Estos pagos son distintos al desembolso público mencionado anteriormente.

■ Los recursos públicos en APP no pueden superar el 20% del monto total del contrato (Artículo 13 de la Ley 1508/2012).

## 7

Resolución  
de conflictos

■ Las partes deben intentar resolver sus controversias rápidamente (Artículo 68 de la Ley 80/1993).

■ Las autoridades públicas no pueden prohibir el uso de mecanismos directos de resolución en los contratos públicos (Artículo 69 de la Ley 80/1993).

■ Las partes pueden incluir una cláusula de arbitraje en los contratos (Artículo 70 de la Ley 80/1993).

■ Sin perjuicio del uso del arbitraje, las partes pueden acudir a un tribunal (Artículo 75 de la Ley 80/1993).

## 8

Manejo de  
los cambios

■ La autoridad pública puede incrementar el valor del contrato hasta por un 20% de su valor original. Una vez superado este umbral, la parte del sector privado puede dejar de participar en el proyecto (Artículo 16 de la Ley 80/1993).

■ El contrato debe establecer el procedimiento para realizar cambios (Artículo 14 de la Ley 80/1993).

■ Los contratos de APP únicamente pueden ser extendidos después de tres años de su inicio y antes de que hubieran transcurrido tres cuartas partes de su vigencia original (Artículo 7 de la Ley 1508/2012).

■ El socio privado pagará una cuota cuando solicite la extensión del plazo del contrato o el incremento en el desembolso público (Artículo 29 de la Ley 1508/2012).

<p><b>9</b></p> <p>Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los postulantes que participen en procedimientos de licitación deben presentar una certificación informando qué entidades serán beneficiadas en caso de que ellos sean adjudicados con el proyecto y el origen de sus recursos (Artículo 23 de la Ley 1508/2012).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ De conformidad con el Artículo 25 de la Ley 80/1993, la entidad privada debe presentar una sola garantía de cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ En caso de incumplimiento, los inversionistas pueden tomar el control del proyecto (Artículo 30 de la Ley 1508/2012).</li> </ul>
<p><b>10</b></p> <p>Eventos extraordinarios</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las autoridades públicas pueden solicitar la revisión de los precios del contrato en caso de que ocurran eventos extraordinarios.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las autoridades públicas deben incluir en su presupuesto anual un monto para cubrir las revisiones de precios que resulten de situaciones cambiarias y extraordinarias (Artículo 25 de la Ley 80/1993).</li> </ul>
<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La autoridad pública puede incrementar el valor del contrato hasta en un 20% de su valor original (Artículo 16 de la Ley 80/1993).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La autoridad pública puede dar por terminado el contrato unilateralmente (Artículo 17 de la Ley 80/1993).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos preverán cláusulas excepcionales, como la expiración y la terminación unilateral (Artículo 22 de la Ley 1508/2012).</li> </ul>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las autoridades públicas son responsables de identificar los riesgos y llevar a cabo la evaluación de los riesgos (Artículo 35 del Decreto 1467/2012).</li> </ul>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos deben prever una fórmula matemática para determinar la compensación debida a las partes en caso de una terminación anticipada del contrato (Artículo 32 de la Ley 1508/2012).</li> </ul>

<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<p>■ La terminación anticipada por parte de la autoridad pública ocurre:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga;</li> <li>• por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es una persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista;</li> <li>• por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista;</li> <li>• cuando el contrato no se esté cumpliendo de la manera establecida por las partes. (Artículo 17 de la Ley 80/1993).</li> </ul> <p>.....</p> <p>■ La expiración del proyecto puede ser determinada cuando la parte pública no cumpla con sus obligaciones, afectando gravemente la ejecución del proyecto. En caso de que la autoridad pública no declare la terminación del proyecto, dicha autoridad adoptará medidas de control e intervención para mantener el cumplimiento del contrato. La expiración del proyecto no impide que la autoridad pública tome el control del proyecto (Artículo 18 de la Ley 80/1993).</p> <p>.....</p> <p>■ El Artículo 31 de la Ley 1508/2012 establece que el contrato debe prever la forma en que ocurrirá la reversibilidad de los bienes, pero el artículo 90 de la Ley 80/1993 establece que no habrá compensación alguna.</p> <p>.....</p> <p>■ Los activos del proyecto deberán estar incluidos en una lista y se deberán identificar aquellos que deban ser devueltos del Gobierno al momento de la terminación del contrato (Artículo 31 de la Ley 1508/2012).</p>
<p><b>14</b></p> <p>Transparencia y rendición de cuentas</p>	<p>■ La transparencia es uno de los principios aplicables a los contratos públicos. La selección de la parte del sector privado se basa en los procedimientos de licitación, con excepción de lo previsto en la ley. Durante el proceso de licitación, la parte interesada debe tener acceso a toda la información y decisiones. Las autoridades públicas deben proporcionar copias de los documentos solicitados por la parte interesada. La convocatoria pública debe contener toda la información necesaria y reglas objetivas, justas y claras acerca del proceso de selección (Artículo 24 de la Ley 80/1993).</p>
<p><b>15</b></p> <p>Otros comentarios</p>	<p>■ Todos los recursos públicos y privados del proyecto deben ser administrados por un fondo independiente, constituido por el socio privado. Dicho fondo manejará todos los activos y pasivos relacionados con el proyecto. La entidad pública podrá solicitar la información que considere necesaria en cualquier momento. Los ingresos del fondo pertenecen al proyecto (Artículo 24 de la Ley 1508/2012).</p>

## ANEXO 5 COSTA RICA

---



**Legislación analizada:**

Ley de 7762/98 (*Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos*); Decreto 27098-MOPT (*Reglamento General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos – “Reglamento”*); Decreto 31836-MOPT (*Reglamento de los Proyectos de Iniciativa Privada de Concesión de Obra Pública o de Concesión de Obra Pública con Servicio Público*); Decreto Ejecutivo 39965 (*Reglamento para los Contratos de Colaboración Público-Privada*).

**Fecha del análisis:**

12 de julio de 2018.



Marco  
jurídico e  
institucional

■ La Ley 7762/98 es la Ley en materia de APP de Costa Rica.

■ Una APP es la concesión de obra pública con servicio público por el cual la Administración concedente encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público; también concede su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios de los servicios o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente. (Artículo 1 de la Ley 7762).

■ El Ministerio de Obras Públicas y Transporte (“MOPT”) tiene facultad sobre la infraestructura (Artículo 6 de la Ley 7762). El Consejo Nacional de Concesiones se encuentra adscrito al MOPT. (Unidad de APP). La Unidad de APP provee el enfoque fiscal y presupuestario a los proyectos de APP y analiza y autoriza los proyectos de APP y las directrices aplicables.

■ Cuando el objeto de la concesión se encuentre dentro del ámbito de competencia de un organismo del Poder Ejecutivo, el Consejo Nacional de Concesiones, habiendo demostrado previamente la factibilidad legal, técnica, ambiental, económica y financiera del proyecto, será la entidad técnica competente para actuar en la etapa del procedimiento de contratación y, cuando sea necesario, durante la ejecución del contrato. (Artículo 5 de la Ley 7762).

■ El Consejo Nacional de Concesiones, en el ejercicio de su competencia, tendrá las siguientes facultades (Artículo 8 de la Ley 7762):

- Velar por la transparencia, oportunidad y legalidad de los actos y procedimientos administrativos que realice la Secretaría Técnica del Consejo.
- Aprobar o modificar el cartel de licitación de las concesiones.

<div data-bbox="167 678 212 719">1</div> <div data-bbox="162 723 330 828">Marco jurídico e institucional</div>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Adjudicar la concesión.</li> <li>• Velar porque la Secretaría Técnica ejerza las funciones de inspección y control de las concesiones otorgadas.</li> <li>• Conocer y aprobar el informe de labores que el Secretario Técnico deberá presentar mensualmente.</li> <li>• Conocer los informes de auditoría emitidos respecto del manejo y la operación del Fondo de Concesiones.</li> <li>• Autorizar las contrataciones que realice la Secretaría Técnica.</li> <li>• Aprobar el presupuesto de gastos del Consejo, que deberá ser sometido a la autorización de la Contraloría General de la República.</li> <li>• Solicitar al Poder Ejecutivo la declaratoria de interés público y el decreto de expropiación, cuando sea necesario.</li> <li>• Dar el visto bueno al contrato de concesión o sus modificaciones.</li> </ul> <hr/> <p>■ Únicamente el Poder Ejecutivo y compañías propiedad del estado podrán celebrar contratos de APP, incluyendo a los gobiernos federales o locales.</p>
<div data-bbox="167 1299 212 1339">2</div> <div data-bbox="162 1344 322 1449">Sectores y actividades aplicables</div>	<p>■ Cualquier obra o servicio puede ser objeto de un contrato de APP si existe interés público, especialmente caminos, ferrocarriles, ferrovías, muelles, aeropuertos y faros (Artículo 2 de la Ley).</p> <hr/> <p>■ Las telecomunicaciones, electricidad y servicios de salud no están sujetos a APP.</p>
<div data-bbox="167 1715 212 1756">3</div> <div data-bbox="162 1767 333 1872">Supervisión y regulación de la APP</div>	<p>■ El concesionario debe pagar una suma por la inspección y el control de la Secretaría Técnica. Este monto entra en el Fondo, al igual que las multas y garantías pagadas por los concesionarios (Artículo 14 de la Ley).</p> <hr/> <p>■ Existe un sistema para rastrear el progreso y la conclusión de las obras de construcción y que determina los niveles de servicio que se deben cumplir.</p> <hr/> <p>■ El cartel de la licitación y el contrato determinarán los niveles de servicio que serán requeridos durante la concesión (Artículo 48).</p>



## 3

Supervisión  
y regulación  
de la APP

■ Durante la vigencia del contrato, la administración llevará a cabo la supervisión del cumplimiento del contrato por parte del contratista colaborador. El cartel y el contrato establecerán el esquema de multas y sanciones aplicables a cualquier incumplimiento del contratista (Artículo 11 del Reglamento para Contratos de Colaboración #39965).

■ La Secretaría Técnica y la autoridad reguladora de los servicios (sectores regulados) son responsables de todas las actividades de supervisión y regulación (Artículo 14 de la Ley).

## 4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ Los estudios deben prever el impacto ambiental de los proyectos de los sectores público o privado (Artículos 5 y 20 de la Ley).

■ Las propuestas de iniciativa privada se encuentran permitidas y reguladas (Artículo 20 de la Ley, regulado por el Decreto 31836 del MOPT). Los concesionarios interesados en desarrollar un contrato de APP pueden presentar estudios de (pre)factibilidad en español al Gobierno.

■ El reembolso de los estudios se encuentra definido en el cartel de licitación y el concesionario que presente una propuesta de iniciativa privada puede participar en el proceso de licitación, pero no tendrá beneficio alguno.

■ El Artículo 12 del Reglamento para Contratos de Colaboración #39965 establece los requerimientos de los contratos para que se presenten debidamente ante la administración.

■ Se requiere otorgar una fianza de licitación por un monto de entre el 1% y el 5% de la inversión para poder participar en el proceso de licitación (Artículo 22 del Reglamento).

■ Todos los proyectos desarrollados a iniciativa de un organismo público deben llevar a cabo una serie de acciones preparatorias que incluyen:

- estudios generales;
- estudios preliminares; y
- estudios de factibilidad (Artículo 7 del Reglamento). Después de la realización de los estudios, el proyecto será enviado a la autoridad reguladora de los servicios públicos para que se establezca la tarifa y el ajuste periódico. El organismo gubernamental responsable realizará todos los estudios.

## 5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ El Gobierno puede llevar a cabo una etapa de precalificación para evaluar la disponibilidad técnica y financiera del concesionario. El cartel de la licitación especificará los criterios de precalificación/preselección (Artículos 7 y 11 del Reglamento).

■ El cartel de licitación detalla los procedimientos y términos de contratación (Artículo 12 del Reglamento).

■ El modelo financiero debe ser presentado con la propuesta (Artículo 26 de la Ley). En primer lugar, se lleva a cabo un análisis de las propuestas técnicas. Posteriormente se abren los sobres que contienen las propuestas económicas de los licitantes que han sido técnicamente calificados.

■ Las propuestas se evalúan únicamente de conformidad con los criterios publicados, que pueden incluir múltiples variables (criterios técnicos, calidad, precios y otros). (Artículo 28 de la Ley).

■ Las compañías extranjeras pueden participar en procesos de APP.

■ Los criterios detallados para la selección de licitantes se encuentran regulados.

■ Las autoridades concedentes publican el cartel de la licitación en el Diario Oficial y en cualquier otro periódico de amplia circulación (Artículo 13 del Reglamento).

■ La autoridad concedente notificará a todos los licitantes el resultado del proceso de licitación de APP, incluyendo los fundamentos de dicha selección (Artículo 21 y 24 del Reglamento).

■ El concesionario debe ser una corporación constituida con el único propósito de ejecutar el proyecto.

■ El contrato debe ser aprobado por la Oficina de la Contraloría General de la República, que también es responsable de analizar las apelaciones interpuestas durante el proceso de licitación (Artículo 30 de la Ley).

## 6

Ingresos  
de APP

■ Los ingresos de APP incluyen las cuotas de los usuarios, pagos directos de las autoridades y una combinación de ambos, u otros pagos previstos en el contrato (Artículo 70 del Reglamento).

## 6

Ingresos  
de APP

■ Los métodos de retribución que pueden ser utilizados en contratos de sociedad público-privada son los siguientes:

- Pago de contraprestaciones por parte de la Administración durante la vigencia del contrato.
- Pago a través del ingreso generado directamente por las actividades comerciales habilitadas en el contrato.
- Precios pagados por los usuarios del servicio (cuando lo permita la ley, en cada caso específico).
- Participación en tarifas de servicios públicos (Artículo 4 del Reglamento del Contrato de Colaboración #39965).

■ El desempeño es evaluado contra los criterios establecidos.

■ El concesionario debe otorgar una garantía de construcción, explotación y ambiental, cuyo valor será definido en el cartel de licitación (Artículo 33).

## 7

Resolución  
de conflictos

■ Las controversias que surjan acerca del equilibrio económico y financiero del contrato serán sometidas a arbitraje, pero únicamente después de haber agotado el procedimiento administrativo (Artículo 39 de la Ley).

## 8

Manejo de  
los cambios

■ En caso de que el Gobierno hiciera cambios unilaterales, el concesionario será indemnizado mediante la extensión del plazo del contrato, el incremento de las tarifas, contribuciones hechas por el Gobierno o cualquier otro medio que se prevea (Artículo 47 del Reglamento). La controversia será sometida a arbitraje, con la aprobación de la Oficina de la Contraloría General de la República (Artículo 48).

■ El concesionario podrá solicitar el reequilibrio económico y financiero del contrato, cuando no hubiera sido causado por el concesionario.

■ El cambio en la estructura (tenencia accionaria) del concesionario y/o la cesión del contrato de APP se encuentran regulados. La entidad que lo sustituya deberá tener las mismas calificaciones técnicas, financieras y operativas del concesionario original (Artículo 31 de la Ley).

■ Cuando la Administración acuerde cambios que afecten el equilibrio financiero del contrato, deberá compensar al contratista colaborador (Artículo 14 del Reglamento para Contratos de Colaboración #39965).

## 9

## Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías

■ El concesionario será responsable del financiamiento de los contratos, que puede hacerse a través de la capitalización, endeudamiento o de otra forma (Artículos 46 y 47 de la Ley).

■ El monto máximo de endeudamiento permitido es del 80% del valor total del proyecto (Artículo 47 de la Ley).

■ Los concesionarios podrán otorgar garantías sobre sus ingresos de los contratos de APP (Artículo 47 de la Ley).

■ Los concesionarios serán responsables frente a sus acreedores.

■ El Consejo administra el Fondo Nacional de Concesiones, un instrumento para el financiamiento de los proyectos (Artículo 13) y tiene una oficina técnica para asignaciones específicas (Artículo 9).

■ Pueden existir beneficios fiscales en favor de los concesionarios (Artículo 44 del Reglamento).

■ El gobierno puede otorgar garantías, previa autorización de la autoridad concedente y de la Oficina de la Contraloría General de la República, para obligaciones que estén directamente relacionadas con la concesión respectiva (Artículo 47 de la Ley).

## 10

## Eventos extraordinarios

■ Los eventos de fuerza mayor, acciones gubernamentales materiales adversas y la subcontratación se encuentran regulados en el contrato de APP (Artículo 48 de la Ley y Artículo 68 del Reglamento).

■ El concesionario podrá solicitar una extensión del plazo del contrato en caso de eventos de fuerza mayor o caso fortuito (Artículo 52).

## 11

## Prerrogativas de la autoridad pública

■ Las autoridades concedentes pueden terminar unilateralmente los contratos de APP (Artículo 59 de la Ley) en caso de incumplimiento del contrato y podrán suspenderlo en situaciones determinadas (Artículo 58).

<b>11</b> Prerrogativas de la autoridad pública	<p>■ Los contratos de APP pueden establecer su revisión y la realización de nuevas inversiones (Artículo 47 del Reglamento). Los cambios al contrato en todo caso deben cumplir con los límites previstos en la regulación: 25% para nuevas inversiones durante la etapa de explotación del proyecto. Estos cambios deben ser aprobados por la Oficina de la Contraloría General de la República.</p>
<b>12</b> Distribución del Riesgo	<p>■ Los contratos de APP deben describir la distribución del riesgo en las diferentes etapas de los proyectos y el riesgo de construcción es asignado al concesionario (Artículo 24 de la Ley).</p>
<b>13</b> Terminación de APP	<p>■ Las bases para la terminación del contrato de APP y sus consecuencias se encuentran expresamente regulados (Artículos 59 y 60 de la Ley).</p> <p>.....</p> <p>■ El Reglamento para Contratos de Colaboración #39965 establece en su Artículo 13:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El incumplimiento grave por parte del contratista según lo disponga el contrato respectivo.</li> <li>• La declaración de quiebra del contratista colaborador.</li> <li>• El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista colaborador.</li> <li>• Las que se señalen expresamente en el cartel o el contrato.</li> <li>• Las contempladas por la Ley de Contratación Administrativa.</li> </ul> <p>.....</p> <p>■ En caso de que el contrato sea terminado debido al incumplimiento del concesionario con los términos y condiciones del mismo, el concesionario deberá indemnizar al gobierno mediante la ejecución de su fianza de cumplimiento (Artículo 59 de la Ley).</p> <p>.....</p> <p>■ De conformidad con el Artículo 60 de la Ley, a partir de la expiración del plazo, la administración pública recibirá los derechos y bienes sujetos a la concesión en buenas condiciones y en operación, libres de cualquier gravamen y libres de cargo alguno.</p> <p>.....</p> <p>■ El Artículo 63 de la Ley establece el procedimiento y la base para la compensación debida en caso de terminación del contrato.</p> <p>.....</p> <p>■ En caso de quiebra del concesionario, el proyecto puede ser nuevamente licitado (Artículo 61 de la Ley).</p>

14

Transparencia  
y rendición  
de cuentas

■ Todos los documentos relativos al proceso de licitación y propuestas de iniciativa privada deben ser puestos a disposición del público y deben ser publicados en el Diario Oficial (Artículo 21 de la Ley).

.....

■ Las preguntas aclaratorias acerca del cartel de licitación son públicamente reveladas (Artículo 25 de la Ley).

15

Otros  
comentarios

■ En caso de que alguno de los socios sea una compañía de construcción y decida salir de la sociedad, podrá hacerlo siempre y cuando:

- su tenencia accionaria sea inferior al 49% del capital;
- le entregue su participación a cualquier otro de los socios;
- la etapa de construcción de la concesión hubiera terminado y la administración del concesionario hubiera recibido de conformidad con las obras planeadas para esta etapa (Artículo 31).

## ANEXO 6 ECUADOR



ECUADOR



### Legislación analizada:

Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera (“Ley APP”); Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte (*Decreto 582*) y Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera (*Decreto 1040*), Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública (*Ley 1 – “Ley Orgánica”*), Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública (*Decreto Ejecutivo 1700 – “Reglamento”*) y Resolución General para la Presentación y Aprobación de Proyectos Bajo la Modalidad de Asociación Público-Privada (*Resolución No. CIAP-R-009-Abril-2017*).

### Fecha del análisis:

4 de julio de 2018.



Marco  
jurídico e  
institucional

■ La Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera es la ley ecuatoriana de APP.

■ El marco jurídico depende de la modalidad de APP. El Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan a un gestor privado la administración y ejecución de un proyecto público específico. El gestor privado provee el financiamiento total o parcial para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con las disposiciones del contrato de la gestión delegada (Artículo 8 de la Ley de APP).

■ El Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas es un órgano colegiado de carácter intersectorial de la Función Ejecutiva, encargado de la coordinación y articulación de políticas, lineamientos y regulaciones vinculados a las asociaciones público-privadas para la aprobación de los proyectos públicos y la aplicación del régimen de incentivos (Artículo 4 de la Ley de APP).

■ Los Gobiernos Autónomos Descentralizados, a través del órgano colegiado competente, tiene la facultad de simplificar los procedimientos del proceso administrativo establecidos por órganos en el mismo nivel de gobierno (Artículo 21 de la Ley de APP).

■ El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) tiene el control completo, interrelacionado y totalmente articulado entre las entidades que tienen facultad de contratación. Incluye la fase precontractual, la fase de ejecución del contrato y la evaluación de la misma (Artículo 8 de la Ley Orgánica).

1

Marco  
jurídico e  
institucional

■ Es responsabilidad del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas:

- Definir los sectores en los que se promoverá el uso de la modalidad de asociaciones público-privadas para la ejecución de proyectos públicos.
- Verificar el cumplimiento de las disposiciones de la sección 3.6 del artículo 3 de esta Ley, con respecto al uso de componentes nacionales, transferencia de tecnología y reclutamiento de talento humano nacional, para ser incorporado en cada proyecto, bajo la modalidad de una asociación público-privada.
- Aprobar, a propuesta de la entidad delegante, los proyectos que serán desarrollados bajo la modalidad de asociación público-privada y el régimen de incentivos previsto en esta Ley.
- Determinar las políticas y lineamientos para la aplicación de los beneficios previstos en esta Ley.
- Emitir lineamientos generales y notas técnicas para la aplicación de la modalidad de asociación público-privada dentro del ámbito de sus competencias.
- Determinar las políticas y lineamientos para la administración de pagos diferidos establecidos para la ejecución de un proyecto público bajo la modalidad de asociación público-privada.
- Gestionar el registro de los proyectos públicos a ser ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privada, ante el registro de la Secretaría Técnica.
- Conformar equipos técnicos para la evaluación de proyectos públicos a ser ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privada, cuando las circunstancias lo requieran.
- Emitir las regulaciones necesarias para su operación y la de la Secretaría Técnica.

2

Sectores y  
actividades  
aplicables

■ Los contratos de gestión delegada son celebrados para proyectos públicos desarrollados en los sectores de interés general. Estos serán aquellos bienes, obras o servicios provistos por el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados, determinados en las leyes o por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, tales como infraestructura, desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios y aquellos vinculados con vialidad e infraestructuras portuaria y aeroportuaria. (Artículo 13 de la Ley de APP).

■ Los proyectos a ser implementados bajo APP preferiblemente deberán ser gestionados por el gestor privado, quien deberá gestionar todas las etapas de implementación del proyecto. Excepcionalmente, las etapas de ejecución de un proyecto de APP pueden ser divididas y adjudicadas por separado, preferiblemente a operadores especializados, siempre y cuando sea más eficiente hacerlo y siempre en cumplimiento de la Ley de APP (Artículo 5 del Decreto 1040).

3

Supervisión  
y regulación  
de la APP

■ Los contratos deben tener disposiciones específicas acerca de las funciones y obligaciones de los gestores del contrato y de aquellos que ejercitarán la supervisión o control (Artículo 56 de la Ley Orgánica).

■ El supervisor y examinador del contrato son responsables de tomar las medidas necesarias para asegurar que el proyecto se lleve a cabo en cumplimiento con sus cláusulas, programas, planes, fechas límite y costos anticipados (Artículo 80 de la Ley Orgánica).

■ El Servicio Nacional de Contratación Pública está facultado para emitir regulaciones relacionados con materias específicas.

■ El Servicio Nacional de Contratación Pública está facultado para supervisar el contrato (Artículo 10 de la Ley Orgánica).

4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ Se debe analizar la relación calidad-precio (Artículo 3.3 de la Ley de APP).

■ El Comité Interinstitucional de APP debe aprobar los proyectos de APP, con procesos simplificados, con base en estudios realizados por el gestor delegado, de conformidad con las regulaciones, resoluciones, lineamientos generales o específicos y notas técnicas emitidas por el Comité de APP con este propósito.

■ Todos los proyectos de APP y contratos de APP deben (Artículo 4 del Decreto 1040): Prever la adecuada distribución del riesgo; incluir indicadores de desempeño, niveles de servicio o mecanismos equivalentes con énfasis en la calidad en el servicio para los usuarios; prever la forma de la contraprestación establecida para el gestor privado (cuotas pagadas por los receptores, pagos diferidos hechos por el sector público, una combinación de ambos u otros medios establecidos por la Ley de APP); incluir una combinación total o parcial de las etapas de planeación, diseño, construcción, financiamiento, comercialización, operación o mantenimiento; prever incentivos y beneficios aprobados por el Comité Interinstitucional y establecer aspectos regulatorios específicos del sector, que están sujetos a la garantía de estabilidad jurídica.

■ En los proyectos iniciados por el sector privado, en adición a los requerimientos establecidos en las resoluciones emitidas por el Comité de APP, se podrá establecer lo siguiente (Artículo 7 del Decreto 1040):

4

Modelación de los proyectos de APP

- Un monto mínimo de reembolso a ser pagado al proponente privado que no sea adjudicado con el proyecto, el cual no será inferior al costo de los estudios llevados a cabo para estructurar el proyecto;
- Bono adicional por la calificación de la Oferta Económica del Licitante, que implica agregar un porcentaje al proceso de calificación, dependiendo del monto de la inversión inicial en el proyecto;
- El derecho del proponente privado a mejorar su oferta cuando se hayan presentado otras ofertas en la licitación pública; y
- El derecho de los proponentes privados de solicitar una respuesta al Comité de APP, en caso de que el órgano público delegante no emitiera una decisión dentro de un período de tiempo determinado, como se establece en el procedimiento de aprobación de los proyectos iniciados por entidades públicas o privadas.

■ El gestor privado puede ser cualquier entidad privada constituida bajo las leyes ecuatorianas. Su capital puede ser privado o tener la contribución de compañías propiedad del estado de países que sean parte de la comunidad internacional; debe tener un objeto específico y personalidad jurídica, y pagar los impuestos derivados de la ejecución del contrato (Artículo 12 del Decreto 1040).

■ La autoridad delegante, con el propósito de cumplir con sus propios objetivos y necesidades y aquellas del Plan Nacional de Desarrollo, debe elaborar un Plan de Contratación Anual con el presupuesto correspondiente, de conformidad con la planeación multianual de la institución, asociado con el Plan Nacional de Desarrollo y los presupuestos del Gobierno (Artículo 22 de la Ley Orgánica).

■ La autoridad delegante puede contratar consultoría privada para realizar los estudios precontractuales (Artículo 32 del Reglamento de la Ley Orgánica).

5

Contratación de proyectos de APP

■ Antes del procedimiento precontractual, dependiendo de la naturaleza del contrato, la entidad debe tener los estudios, diseños, planos, cálculos y especificaciones técnicas completas, definitivas y actualizadas, debidamente aprobadas por las instancias correspondientes, en vinculación con el Plan Anual de Contratación de la entidad (Artículo 24 de la Ley Orgánica).

■ Los pliegos de licitación deben ser elaborados por cada autoridad delegante que cumplan con los modelos y formatos emitidos por SERCOP en procesos de contratación ordinaria (Artículo 27 de la Ley Orgánica).

<p><b>5</b> Contratación de proyectos de APP</p>	<p>■ La selección del gestor privado se efectuará mediante concurso público, convocado por la entidad delegante, previa aprobación del proyecto público por parte del Comité Interinstitucional. Para ello, la entidad delegante formulará el pliego de bases administrativas, técnicas y económico-financieras, los términos contractuales que regirán, en su caso, el procedimiento y la relación entre la entidad delegante y el gestor delegado. (Artículo 12 de la Ley de APP).</p> <p>.....</p> <p>■ Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una comisión técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la comisión técnica, aunque hasta ahora no se ha creado ninguna (Artículo 42 de la Ley Orgánica).</p> <p>.....</p> <p>■ El Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas puede aprobar un procedimiento simplificado para la contratación (Artículo 2 del Decreto 1040). Este procedimiento se encuentra detallado en la Resolución No. CIAPP-R-009.</p>
<p><b>6</b> Ingresos de APP</p>	<p>■ En contraprestación por las actividades, dependiendo del tipo y características de cada proyecto de APP, el gestor privado puede percibir distintos tipos de ingresos (Artículo 15 del Decreto 1040), tales como:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• pagos diferidos, clasificados como pagos por disponibilidad, pagos por uso o pagos por inversión;</li> <li>• pagos exclusivos o combinados hechos por los receptores del servicio o por la entidad pública delegante, como sea el caso. En beneficio de la entidad pública delegante, puede percibir ingresos del gestor delegado, los receptores u otros (según se establezca).</li> </ul> <p>.....</p> <p>■ En caso de que el contrato de APP prevea la aplicación de pagos por disponibilidad y/o pagos por inversión al gestor del fondo privado que excedan de un año fiscal, la entidad pública delegante debe incluir en su proyecto preliminar un presupuesto para inversión y gasto para cada año fiscal. La distribución debe ser equivalente al pago estipulado durante el plazo del contrato de APP (Artículo 15 del Decreto 1040).</p>
<p><b>7</b> Resolución de conflictos</p>	<p>■ En caso de que se sometan las controversias contractuales al arbitraje internacional, este se realizará ante una instancia arbitral regional latinoamericana. Las partes contractuales podrán designar los órganos jurisdiccionales arbitrales en la Región Latinoamericana. (Artículo 19 de la Ley de APP). Esta cláusula debe ser aprobada por el Fiscal General del Estado.</p>

7

Resolución de conflictos

■ Para la resolución de controversias serán aplicables las siguientes reglas (Artículo 20 de la Ley de APP):

- Cuando la parte que se estime afectada comunique a la otra el objeto de la controversia, estas podrán solucionar la disputa mediante diálogos directos o mediación.
- Si las partes no llegan a un acuerdo que solucione la controversia mediante diálogos directos o mediación y previo agotamiento de la vía administrativa, la controversia podrá ser resuelta mediante arbitraje nacional o internacional regional, como última instancia, conforme a lo dispuesto en el contrato de gestión delegada.
- No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios, así como ningún otro acto que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano.

■ Le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de las controversias que se susciten respecto de contratos de gestión delegada:

- cuando no se haya pactado arbitraje nacional o internacional regional en el contrato de gestión delegada;
- En los casos que corresponda, si transcurrido el plazo previsto para la notificación al interesado con la resolución que agota la vía administrativa, no se ha ejercido la acción ante la jurisdicción arbitral pactada en el correspondiente contrato de gestión delegada. Las partes podrán pactar arbitrajes o dictámenes técnicos de conformidad con términos y estipulaciones previstos en el contrato de gestión delegada para resolver controversias puramente fácticas surgidas durante la ejecución o liquidación del respectivo contrato. (Artículo 20 de la Ley de APP).

■ El arbitraje internacional debe hacerse de acuerdo a la ley, en idioma español y las regulaciones aplicables a los méritos de la disputa será la ley ecuatoriana (Artículo 22 del Decreto 1040).

8

Manejo de los cambios

■ La entidad pública delegante y el gestor delegado podrán modificar de común acuerdo las características de las obras y servicios contratados, para incrementar los niveles del servicio y los estándares técnicos establecidos en el contrato de APP, con las limitaciones establecidas en las regulaciones emitidas por el Comité Interinstitucional (Artículo 8 del Decreto 1040).

9

Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías

■ Los incentivos previstos en esta Ley se aplicarán únicamente a proyectos públicos ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privada en los que se cumplan los siguientes requisitos (Artículo 16 de la Ley de APP):

- Que consten, total o parcialmente, en el pliego de bases económicas del proceso de selección del sector privado.
- Que se hubiesen previsto total o parcialmente, en el plan económico-financiero adjudicado.
- Que se suscriban en el contrato de gestión delegada a partir de la vigencia de esta Ley.
- Que el proyecto público haya sido registrado en la Secretaría Técnica del Comité Interinstitucional.
- Que consten en el contrato de gestión delegada para asociación público-privada y sean debidamente aprobados por el Comité Interinstitucional.

■ Se promueve el financiamiento productivo nacional o la inversión extranjera, independientemente de dónde provengan los recursos legales nacional o extranjeros, para permitir el desarrollo, incremento o implementación de las inversiones.

■ El contrato de APP puede prever la existencia de contribuciones por parte del Estado, tales como: contribuciones monetarias, subsidios, créditos, garantías para financiar el proyecto, pagos diferidos, ingresos mínimos garantizados, exenciones fiscales y otros instrumentos de financiamiento, entre otros. Estos instrumentos son aplicables de conformidad con el tipo de proyecto. Bajo ninguna circunstancia el contrato de APP podrá ser garantizado por la rentabilidad mínima del proyecto (Artículo 17 del Decreto 1040).

■ Como colateral de los créditos otorgados para financiar los proyectos de APP, se pueden otorgar prendas en favor del acreedor(es) y los avales, tales como: prenda sobre los ingresos mínimos garantizados u otros pagos comprometidos por la entidad pública delegante, prenda sobre la futura fluctuación en el precio pagado por la entidad delegante por los servicios prestados, entre otros. El gestor delegado (en su relación con aquellos terceros que financiarán el proyecto de APP) tiene autonomía para otorgar las garantías requeridas, sin la previa autorización de la autoridad delegante, o de cualquier otra autoridad, pero únicamente en aquellos casos específicamente contemplados en la Ley o en el contrato de APP (Artículo 14 del Decreto 1040).

■ La entidad pública delegante debe dar su autorización para ceder, otorgar como garantía o gravar el 20% o más de las acciones, derechos accionarios u otros valores que representen capital y/o control del gestor delegado, y para otorgar garantías o cualquier tipo de apropiación sobre un porcentaje igual o mayor al 20% de los valores que representen el capital de la compañía o el control del gestor delegado, de cualquier naturaleza, en cuyo caso se requerirá dicha autorización. Esta obligación debe ser prevista en el contrato de APP (Artículo 13 del Decreto 1040).



10

Eventos  
extraordi-  
narios

■ La Autoridad Contratante podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato en caso de que ocurran caso fortuito o eventos de fuerza mayor informados por la Autoridad Contratante, siempre y cuando el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato (Artículo 55 de la Ley Orgánica).

■ **Lo anterior no es obligatoriamente aplicable a las APP.**

11

Preroga-  
tivas de la  
autoridad  
pública

■ La Entidad contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos, en los siguientes casos (Artículo 94 de la Ley Orgánica):

- Por incumplimiento del contratista;
- Por quiebra o insolvencia del contratista;
- Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
- Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
- Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de la ley;
- En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza.

■ La entidad contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

■ Antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante notificará al contratista, con la anticipación de 10 días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. (Artículo 95 de la Ley Orgánica).

■ **Estas disposiciones pueden ser utilizadas como referencia, pero no son obligatoriamente aplicables a APP.**

12

Distribución  
del Riesgo

■ En todas las APP, se debe realizar una identificación y evaluación de los riesgos y beneficios durante la vigencia del proyecto. Estas evaluaciones serán pagadas, transferidas o compartidas por la autoridad pública delegante y el gestor delegado, de conformidad con el contrato (Artículo 3.2 del Decreto 1040).

<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<p>■ En los proyectos públicos que se ejecuten bajo la modalidad de asociación público-privada, el riesgo de planificación y diseño de los aspectos constructivos, de la operación y mantenimiento, será asumido por el gestor privado cuando el proyecto público y el encargo incluyan estos componentes. (Artículo 4.1. de la Ley de APP).</p>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<p>■ Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente el contrato, las partes podrán, de mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren (Artículo 93 de la Ley Orgánica).</p> <p>.....</p> <p>■ El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la entidad contratante (Artículo 96 de la Ley Orgánica):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días;</li> <li>• Por la suspensión de los trabajos por más de sesenta días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;</li> <li>• Cuando la entidad contratante inicie las acciones legales en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación (los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieran solucionado defectos de ellos).</li> </ul> <p>.....</p> <p>■ El pliego de la licitación podrá incluir mecanismos de compensación para las distintas causas de terminación anticipada de los contratos de APP. Los contratos de APP también podrán establecer esquemas parciales para la valuación y certificación de los anticipos de la inversión, con base en el progreso físico y/o presupuestal de las obras y servicios. Asimismo, el gestor privado podrá ceder o constituir garantías sobre las certificaciones o valuaciones emitidas por los anticipos parciales de la inversión (Artículo 9 del Decreto 1,040).</p> <p>.....</p> <p>■ <b>Estas disposiciones pueden ser utilizadas como referencia, pero no aplican obligatoriamente a las APP.</b></p>
<p><b>14</b></p> <p>Transparencia y rendición de cuentas</p>	<p>■ El valor total acumulado de las obligaciones fijas y contingentes que pudieran ser aprobadas por el Comité de APP, debidamente actualizado, no deberá superar el 5% del valor nominal del Producto Interno Bruto estimado por el Banco Central de Ecuador. El límite puede ser revisado por el Comité Interinstitucional, sujeto a los criterios del Ministerio de Finanzas (Artículo 16 del Decreto 1040).</p>

14

Transpa-  
rencia  
y rendición  
de cuentas

■ Todas las bases de licitaciones deberán ser publicadas en el portal de la entidad delegante.

---

■ El Plan de Contratación Anual será publicado en el sitio web de la Entidad Contratante dentro de los 15 primeros días del mes de enero de cada año y trabajará conjuntamente con el Portal de COMPRASPUBLICAS (Artículo 22 de la Ley Orgánica).

## ANEXO 7 EL SALVADOR



### Legislación analizada:

Decreto 379/2013\*

### Fecha del análisis:

5 de julio de 2018



Marco  
jurídico e  
institucional

■ El Decreto 379/2013 es la Ley de APP.

■ Una Asocio Público-Privada es un contrato celebrado entre el gobierno y el sector privado, bajo el cual el socio privado es responsable de la construcción y/o prestación de servicios (Artículo 1 del Decreto 379/2013).

■ Los órganos ejecutivos, instituciones autónomas y municipios pueden contratar APP (Artículo 2 del Decreto 379/2013).

■ Existen tres tipos de APP:

- el gobierno transfiere bienes que se encuentran bajo el dominio público al socio privado, para que el socio privado pueda construir, extender, reparar o mantener obras que proveen servicios públicos, a través de la concesión de la obra;
- el socio privado utiliza sus propios bienes para proveer servicios públicos, a través de una concesión de servicios públicos; y
- la explotación o ejecución de una actividad de interés general (Artículo 4 del Decreto 379/2013).

■ El Consejo de Administración de PROESA es el órgano responsable de aprobar los proyectos de APP, asistir a los órganos gubernamentales interesados en ejecutar un contrato de APP, identificar oportunidades y promover contratos de APP, entre otras actividades (Artículo 14 del Decreto 379/2013).

■ Es responsabilidad de PROESA (Artículo 14 del Decreto 379/2013):

- Proponer al Presidente de la República las políticas en materia de APP.
- Aprobar los proyectos de APP, sus bases de licitación y sus proyectos de contrato, así como las modificaciones contractuales en los términos establecidos por la Ley, en los casos en que corresponda.

\* Este análisis también se basa en la información prevista en la Norma sobre Adquisiciones Públicas del Banco Mundial de 2018.

<p><b>1</b></p> <p>Marco jurídico e institucional</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Preparar y coordinar con las autoridades competentes, los planes, políticas y reglas para el desarrollo y debido funcionamiento de la APP en sus distintas modalidades.</li> <li>• Asegurar el debido desarrollo de las políticas de las Asocios Público-Privadas.</li> <li>• Definir el origen o la improcedencia de realizar una nueva licitación, una vez que hubiera expirado la vigencia del contrato o cuando el contrato hubiera terminado por alguna otra razón, con base en la propuesta de la institución contratante del Estado.</li> <li>• Reportar anualmente al Presidente de la República y a la Asamblea Legislativa o a sus direcciones administrativas, financieras y técnicas, así como los mecanismos y acciones de transparencia implementados en los contratos firmados de las asocis público-privadas.</li> <li>• Ejecutar sus demás facultades y cumplir con las otras funciones o poderes que le asigna la Ley o los Reglamentos.</li> </ul>
<p><b>2</b></p> <p>Sectores y actividades aplicables</p>	<p>■ Los contratos de APP pueden ser utilizados para la construcción de infraestructura y sus servicios asociados, y la construcción, reparación y mejora del equipo, servicios públicos y actividades de interés general. Las APP no podrán ser utilizadas en los sectores de salud, seguridad social, seguridad pública, justicia (en lo que se refiere a custodia), sistema carcelario, agua y educación (Artículo 3 del Decreto No. 379/2013).</p>
<p><b>3</b></p> <p>Supervisión y regulación de la APP</p>	<p>■ Existen agencias que regulan e inspeccionan sectores específicos de la economía (Artículo 6 del Decreto 379/2013).</p> <p>■ El Ministerio de Finanzas es responsable de la evaluación de riesgos y de evaluar la relación calidad-precio del proyecto (Artículo 19 del Decreto 379/2013).</p> <p>■ El Organismo Fiscalizador de Asocios Público-Privadas (OFAPP) es responsable de supervisar a las APP, especialmente en su aspecto técnico (Artículo 21 del Decreto No. 379/2013). Inspecciona el nivel de servicio y cumplimiento de la convocatoria pública y del contrato (Artículo 22 del Decreto No. 379/2013).</p> <p>■ Durante la fase de construcción, la autoridad contratante designará a un supervisor del proyecto (Artículo 60).</p> <p>■ El OFAPP es responsable de supervisar las APP, incluyendo el régimen de tarifas y los derechos de los usuarios (Artículo 28 del Decreto No. 379/2013).</p>

### 4

#### Modelación de los proyectos de APP

■ Para iniciar un proyecto de APP, el órgano gubernamental presenta a PROESA el estudio de factibilidad del proyecto, incluyendo la factibilidad financiera, y la evaluación del impacto fiscal y social (Artículo 32 del Decreto 379/2013). Por su parte, PROESA presenta el estudio al Ministerio de Finanzas, para que éste pueda emitir su opinión. Si el proyecto fuera aprobado, comenzará el proceso de licitación.

■ El Artículo 41 prevé el contenido de la convocatoria de la licitación.

■ El sector privado puede presentar estudios del proyecto a las autoridades públicas (Artículo 49 del Decreto 379/2013). Si la autoridad estuviera interesada en los estudios, solicitará la opinión del consejo de PROESA. Con su consentimiento, el órgano público emitirá una notificación declarando su interés en la propuesta del proyecto. Dicho anuncio será publicado de forma que cualquier otra parte pueda manifestar su interés en el proyecto. Si no existieran otras partes interesadas, el proponente original tendrá un año para elaborar los estudios de factibilidad. Si existieran otras partes interesadas, éstas presentarán una garantía comprometiéndose a presentar el estudio de prefactibilidad dentro de los 90 días siguientes. Después de la recepción de los estudios, el gobierno selecciona al mejor.

### 5

#### Contratación de proyectos de APP

■ El procedimiento de licitación podrá tener una fase de precalificación, en la que se seleccionará a aquellos que tengan experiencia y capacidad financiera. La convocatoria de la licitación permitirá que los participantes contribuyan y propongan ajustes al proyecto (Artículo 35 del Decreto 379/2013).

■ El gobierno podrá sostener un procedimiento llamado diálogo competitivo, con aquellos que hubieran sido aprobados durante la fase de precalificación (Artículo 36 del Decreto 379/2013). Los participantes podrán sugerir ajustes a los documentos del proyecto. Esta fase terminará cuando se hubieren resuelto todos los problemas que se hubieran encontrado en el proyecto. Al terminar esta fase, se solicitará que los participantes presenten sus ofertas.

■ El procedimiento de licitación es un procedimiento público (Artículo 39 del Decreto 379/2013). Podrán participar entidades nacionales y extranjeras. El gobierno y PROESA prepararán la convocatoria pública, la cual deberá ser aprobada por el consejo de PROESA, el Ministerio de Finanzas y el OFAPP.

■ Las ofertas técnica y financiera serán analizadas por un comité conformado por representantes de PROESA, el Ministerio de Finanzas y la autoridad gubernamental encargada del procedimiento de licitación (Artículo 42 del Decreto 379/2013).



<p><b>5</b></p> <p>Contratación de proyectos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los procedimientos de licitación serán evaluados con base en criterios objetivos para facilitar la comparación entre las propuestas (Artículo 43 del Decreto 379/2013). Estos factores serán definidos en la convocatoria pública, pero prevalecerán aquellos que se basen en un menor monto de desembolso público y tarifas inferiores. (Artículo 44 del Decreto 379/2013).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El comité seleccionará las propuestas técnicas que cumplan con la convocatoria pública. En caso de que hubiera más de una propuesta, el comité analizará la propuesta financiera.</li> </ul>
<p><b>6</b></p> <p>Ingresos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos de APP se podrán dividir en dos grupos, de acuerdo a su aspecto financiero: <ul style="list-style-type: none"> <li>• contratos autosostenidos: las tarifas o precios son cobrados directamente al usuario para cubrir los costos del proyecto;</li> <li>• contratos cofinanciados: requieren recursos públicos (Artículo 53 del Decreto 379/2013).</li> </ul> </li> </ul>
<p><b>7</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos de APP pueden prever mecanismos nacionales e internacionales para la resolución de controversias y deben incluir cuando menos una fase de diálogo directo y una fase con expertos (Artículo 92 del Decreto 379/2013).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las partes inicialmente intentarán llegar a un acuerdo directo en el que cada una podrá designar a un especialista para que ayude a resolver el conflicto. Los especialistas designarán a un tercero para conformar el “Panel de Especialistas” (Artículo 93).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos de APP no pueden prever soluciones alternativas a las siguientes controversias, las cuales deberán ser sometidas a jurisdicción ordinaria: <ul style="list-style-type: none"> <li>• materia laboral;</li> <li>• controversias que ya hubieran sido decididas por la sentencia de un tribunal;</li> <li>• inspección y sanciones aplicadas por órganos supervisores;</li> <li>• el derecho del gobierno de terminar el contrato con motivo del interés público o el abandono del proyecto (Artículo 92 del Decreto 379/2013).</li> </ul> </li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ En caso de que el diálogo directo o el diálogo con expertos no tuvieran éxito, las partes podrán recurrir al arbitraje (Artículo 93 del Decreto No. 379/2013).</li> </ul>

### 8

#### Manejo de los cambios

■ El socio privado podrá solicitar una compensación en caso de un acto superviniente que afectara el equilibrio financiero del contrato (Artículo 61 del Decreto 379/2013).

■ El gobierno deberá reequilibrar el contrato cuando los cambios afecten negativamente el equilibrio del contrato. El contrato podrá ser reequilibrado a través de:

- una compensación;
- el pago voluntario por parte de terceros interesados en la compleción del proyecto;
- la revisión de los ingresos;
- extensión del plazo;
- la revisión de las tarifas u otros elementos financieros del contrato (Artículo 63 del Decreto 379/2013).

■ Los órganos del gobierno y el socio privado podrán acordar la modificación del contrato para mejorar el nivel de servicio. El monto máximo de inversión que podrá requerirse como resultado de dichas modificaciones es el 20% del monto de la inversión total. El gobierno deberá reequilibrar el contrato en caso de que las modificaciones afecten negativamente el equilibrio del contrato (Artículo 64 del Decreto 379/2013).

### 9

#### Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías

■ La entidad privada deberá obtener financiamiento de la forma más conveniente, incluyendo la oferta de la licitación (Artículo 30 del Decreto 379/2013).

■ Los compromisos contingentes, previstos en el artículo 68, son las potenciales obligaciones de pago de la autoridad contratante en favor de la entidad privada, que deberán corresponder a las garantías otorgadas por ésta última, para mejorar el perfil del riesgo y promover la participación privada.

■ Existe un fondo creado para garantizar las obligaciones derivadas de las obligaciones financieras del Gobierno y relacionadas con el cumplimiento de los proyectos de APP (Artículo 66 del Decreto 379/2013).

### 10

#### Eventos extraordinarios

■ El gobierno podrá suspender temporalmente el contrato debido a eventos de caso fortuito o fuerza mayor (Artículo 69 del Decreto 379/2013).

<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ Los órganos de gobierno podrán solicitar la modificación del contrato debido al interés público (Artículo 63 del Decreto 379/2013). El monto máximo de inversión que podrá requerirse como resultado de dichas modificaciones será el 15% del monto de la inversión total.</p> <p>.....</p> <p>■ El gobierno podrá suspender temporalmente el contrato por 45 días por cualquier motivo previsto en la convocatoria pública (Artículo 69 del Decreto 379/2013). La suspensión no generará ninguna responsabilidad para la autoridad contratante.</p> <p>.....</p> <p>■ El gobierno podrá terminar el contrato en caso de interés público (Artículo 71). Para hacerlo, deberá solicitar la aprobación del Consejo de Administración de PROESA, quien podrá otorgar dicha aprobación después de haber obtenido la opinión favorable del Ministerio de Finanzas, desde la perspectiva fiscal, y del OFAPP, sobre las materias de su facultad. En todos los casos, la entidad privada tendrá derecho a una compensación y los procedimientos para calcularla se encontrarán previstos en el contrato.</p>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<p>■ Los contratos deberán establecer los riesgos que son asumidos por el gobierno y por el socio privado (Artículo 8 del Decreto 379/2013).</p>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<p>■ Los contratos de APP podrán ser terminados debido a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• la expiración de su vigencia;</li> <li>• el abandono o incumplimiento del proyecto;</li> <li>• eventos de caso fortuito o fuerza mayor;</li> <li>• interés público (terminación anticipada);</li> <li>• mutuo consentimiento (Artículo 70 del Decreto 370/2013).</li> </ul> <p>.....</p> <p>■ El contrato establecerá los bienes que serán devueltos por la entidad privada al gobierno al final de la vigencia del contrato (Artículos 59 y 74). Toda la tecnología utilizada por la entidad privada también deberá ser transferida.</p>
<p><b>14</b></p> <p>Transparencia y rendición de cuentas</p>	<p>■ La convocatoria pública debe incluir mecanismos para asegurar la publicidad de los actos y permitir el control social. Todo acto que se encuentre relacionado con los proyectos deberá ser público y estará sometido a auditoría (Artículo 8 del Decreto 379/2013).</p>

13

Otros  
comentarios

■ El socio privado podrá ceder el contrato a un tercero cuando el proyecto se encuentre en la fase de ejecución, sujeto a la previa aprobación del gobierno y del OFAPP (Artículo 30 del Decreto 379/2013).

---

■ El socio privado deberá constituir una compañía que será responsable de todas las actividades relacionadas con el proyecto (Artículo 46 del Decreto 379/2013).

---

■ Los contratos de APP deben ser celebrados en escritura pública (Artículo 55 del Decreto 379/2013).

## ANEXO 8 GUATEMALA

---



### Legislación analizada:

Decreto 16/2010 (*Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica*) y Acuerdo Gubernativo 360/2011 (*Reglamento de la Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica*).

### Fecha del análisis:

13 de julio de 2018



Marco  
jurídico e  
institucional

■ El Decreto 16/2010 es la Ley en materia de APP de Guatemala.

■ El contrato de APP incluye los contratos celebrados por las autoridades con participantes privados, hasta por 30 años, en los que el participante privado será responsable de la creación, diseño, construcción y operación de la infraestructura o sus servicios, incluyendo el suministro de equipo, combinado con el financiamiento (Artículo 2 del Decreto 16).

■ El gobierno central podrá celebrar contratos de APP (Artículo 2 del Decreto). Guatemala es un estado unitario.

■ La Agencia Nacional de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica (ANADIE) es la Unidad de APP de Guatemala y el órgano responsable de los proyectos. Está conformada por el Consejo Nacional de Alianzas Para el Desarrollo de Infraestructura Económica (CONADIE) junto con la Administración Ejecutiva y el Consejo de Supervisión (Artículo 3 del Decreto).

■ El Artículo 8 de la Ley establece las responsabilidades de la ANADIE:

- Elaborar y coordinar con las autoridades competentes, los planes, políticas y normas para el desarrollo y buen funcionamiento de la modalidad de contratación de alianzas para el desarrollo de infraestructura económica regida por esta Ley, con la institución contratante del Estado.
- Velar por la correcta utilización y ejecución de los contratos de alianzas para el desarrollo de infraestructura económica por parte de las instituciones del Estado que se interesen en contratar a través de esta modalidad de contratación.
- Asesorar, cuando ésta lo requiera, a la institución contratante del Estado en la implementación de esta Ley y en todo lo que corresponda de los contratos de alianzas para el desarrollo de infraestructura económica.

<p><b>2</b></p> <p>Sectores y actividades aplicables</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Los contratos de APP se encuentran disponibles para los siguientes sectores: autopistas, carreteras, puertos, aeropuertos, proyectos de generación, conducción y comercialización eléctrica y ferroviaria, y los servicios relacionados con ellos (Artículo 2 del Decreto).</li> </ul>
<p><b>3</b></p> <p>Supervisión y regulación de la APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>CONADIE deberá presentar un informe anual al Congreso detallando todos los proyectos de APP. Este informe también deberá contener los mecanismos y acciones relativas a la transparencia de los proyectos (Artículo 13, k).</li> <li>ANADIE deberá mantener un registro público de todos los proyectos de APP en su sitio web, que será accesible para cualquier persona (Artículo 30 del Decreto).</li> <li>Los participantes privados en los contratos de APP deberán presentar sus hojas de balance auditadas, cuando le sean solicitadas, para ser publicadas en el sitio web de la ANADIE (Artículo 33).</li> <li>CONADIE deberá verificar que se cumpla con los indicadores del nivel de servicio (Artículo 29 del Reglamento).</li> <li>El Consejo de Supervisión deberá supervisar el contrato y deberá verificar el cumplimiento de sus términos y condiciones (Artículos 46 y 222 del Reglamento).</li> <li>Deberá haber un inspector para cada contrato. El inspector podrá aplicar multas en caso de infracciones (Artículo 78 del Decreto y 224-227 del Reglamento).</li> <li>El Consejo de Supervisión incluye los mecanismos de autoregulación para los participantes privados en el contrato (Artículo 221 del Reglamento).</li> </ul>
<p><b>4</b></p> <p>Modelación de los proyectos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Todos los proyectos de APP deberán ser sometidos por la autoridad contratante a CONADIE. Después de su aprobación, CONADIE determinará que los estudios de factibilidad técnica sean preparados con relación al proyecto, incluyendo: <ul style="list-style-type: none"> <li>Un estudio de pre-inversión, el cual incluirá enfoques de mercado, técnico, de impacto ambiental, de análisis de riesgos, jurídico, de organización, económico y financiero;</li> <li>La estimación del impacto presupuestario y financiero en los períodos de ejercicio fiscal durante los cuales se desarrollará el contrato; y</li> </ul> </li> </ul>



4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

- El impacto social y ambiental de las alianzas para el desarrollo de infraestructura económica (Artículos 35-37 del Decreto).

■ Todos los proyectos de APP y contratos de APP que surjan de ellos deberán contener elementos esenciales (Artículo 44 del Decreto). El contenido deberá ser aprobado por la ANADIE y la autoridad contratante.

■ La convocatoria deberá ser publicada dos veces en el Diario Oficial y en otros dos de amplia circulación nacional; dos veces en una publicación internacional especializada en compras de gobierno y en el sitio web de ANADIE y de GUATECOMPRAS (Artículo 45 del Decreto).

■ Las bases de licitación detallarán los procedimientos de contratación (Artículo 44).

■ Las bases de licitación especificarán los criterios de precalificación/preselección en caso de proyectos complejos (Artículo 60 del Decreto).

■ El modelo financiero deberá ser presentado junto con la propuesta. Las propuestas serán evaluadas únicamente de conformidad con los criterios publicados, que podrán incluir múltiples variables (Artículo 47 del Decreto).

5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ Las calificaciones detalladas se encuentran reguladas para seleccionar a los participantes (Artículo 53 del Decreto).

■ Las bases de licitación deberán ser publicadas al menos 60 días antes del plazo para la presentación de propuestas (Artículo 46 del Decreto).

■ Las compañías extranjeras podrán participar en procesos de APP (Artículo 42 del Decreto).

■ De acuerdo con el Artículo 62 de la Ley de Contrataciones del Estado, el papel del Congreso de la República de Guatemala es aprobar el proyecto del contrato de APP antes de su celebración por las partes (la autoridad contratante y el contratista adjudicado) y el Director de ANADIE. La responsabilidad de revisar el proceso de licitación es del Comité de Revisión designado por el CONADIE. Asimismo, el CONADIE será la parte responsable de revisar los procedimientos de dicho Comité y de la adjudicación del contrato.

<p><b>5</b></p> <p>Contratación de proyectos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El participante privado deberá obtener las licencias relevantes (Artículo 65 del Decreto).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Después de celebrar el contrato, el participante privado deberá pagar al Fondo de Capital Privado administrado por ANADIE una contribución equivalente al 1% del valor del proyecto (Artículo 34 del Decreto).</li> </ul>
<p><b>6</b></p> <p>Ingresos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El participante privado recibirá el pago del Gobierno y de las tarifas del servicio (Artículo 34 del Decreto).</li> </ul>
<p><b>7</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Se podrá utilizar el arbitraje para resolver controversias por parte de una comisión constituida ad hoc. Esto debe ser previsto en los contratos (Artículo 94 del Decreto).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Podrá haber una conciliación local y arbitraje o un arbitraje internacional, en caso de que las partes renunciaran al arbitraje local (Artículo 95 del Decreto).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los artículos 96-104 del Decreto detallan el procedimiento y la composición de la comisión ad hoc.</li> </ul>
<p><b>8</b></p> <p>Manejo de los cambios</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos de APP podrán ser extendidos en caso de demoras causadas por el Estado (Artículo 34 del Decreto).</li> </ul>
<p><b>9</b></p> <p>Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El financiamiento será responsabilidad del participante privado (Artículo 34 del Decreto).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los participantes privados podrán otorgar garantías con base en los ingresos obtenidos de los contratos de APP (Artículo 65 del Decreto).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los derechos de intervención de los acreedores se encuentran previstos en el artículo 65 del Decreto. Estos derechos deberán estar regulados en el contrato de APP. La ANADIE deberá autorizar la sustitución del participante privado, aún cuando ésta ocurra con motivo de los derechos de intervención.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La entidad pública podrá otorgar garantías que serán establecidas en las bases de la licitación (Artículo 44 del Decreto).</li> </ul>

<p><b>9</b></p> <p>Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías</p>	<p>■ El Ministerio de Finanzas Públicas incluirá en el proyecto de presupuesto general de ingresos y egresos del Estado las erogaciones totales correspondientes por concepto de garantías de ingresos o tráficos mínimos al participante privado que pudieran incluir las bases de licitación, en el ejercicio fiscal correspondiente. En el evento de que se agoten las disponibilidades de erogación durante la ejecución del presupuesto, el Ministerio de Finanzas Públicas hará las previsiones presupuestales pertinentes en ejercicios fiscales posteriores, de acuerdo a las condiciones de capacidad de endeudamiento y sostenibilidad fiscal del Estado (Artículo 72 del Decreto).</p>
<p><b>10</b></p> <p>Eventos extraordinarios</p>	<p>■ El contrato podrá ser terminado en caso de eventos de fuerza mayor (Artículo 73 del Decreto).</p>
<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ El inspector del contrato podrá imponer multas y otras sanciones al participante privado (Artículos 78 y 90 del Decreto).</p>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<p>■ Los contratos de APP deberán establecer la distribución del riesgo (Artículo 4 del Decreto).</p>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<p>■ Los contratos de APP terminarán por:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• el vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición;</li> <li>• abandono o incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, definidas en las bases de licitación;</li> <li>• eventos de caso fortuito o fuerza mayor;</li> <li>• las causas que se estipulen en las bases de licitación y en el contrato.</li> </ul> <p>.....</p> <p>■ En caso de que el contrato fuera terminado por el participante privado, el contrato deberá determinar el procedimiento para que el participante privado indemnice al gobierno (Artículos 65 y 74).</p> <p>.....</p> <p>■ Cuando el contrato sea terminado, se designará un comité conformado por tres personas que decidirá la manera en que se transferirán los bienes y la tecnología (Artículo 75 del Decreto).</p>

14

Transpa-  
rencia  
y rendición  
de cuentas

■ Todas las consultas y aclaraciones deberán ser publicadas en línea en el portal de GUATECOMPRAS (Artículo 61 del Decreto).

---

■ La selección del participante privado depende del procedimiento de licitación, excepto cuando la ley disponga algo distinto. Durante el proceso de licitación, la parte interesada deberá tener acceso a toda la información y decisiones. Las autoridades públicas deberán proveer copia de los documentos solicitados por las partes interesadas. La convocatoria deberá contener toda la información necesaria y reglas objetivas, justas y claras sobre el proceso de licitación. Todos los documentos y actos deberán ser publicados en el sitio web de ANADIE o GUATECOMPRAS (Artículo 46 del Decreto).

---

15

Otros  
comentarios

■ Cada tres años el participante privado deberá contratar a un consultor para que elabore nuevos estudios del riesgo y revisar los valores de los seguros (Artículo 180 del Reglamento).

---

■ El participante privado debe invertir el 1% del valor total del contrato en proyectos corporativos de responsabilidad social (Artículo 34, b del Decreto).

## ANEXO 9 HONDURAS



### Legislación analizada:

Decreto 143/2010 (*Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada*), Acuerdo Ejecutivo 02073/2010 (*Reglamento General de la Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada*) y Decreto 58/2010 (*Ley Especial para la Simplificación de los Procedimientos de Inversión en Infraestructura Pública*), Decreto 24-2012, Interpretación de la Ley de APP, Decreto 73-2010 Reglamento General de la Ley de APP y Decreto 51-2011 Ley para la Promoción y Protección de la Inversión.

### Fecha del análisis:

17 de agosto de 2018



Marco  
jurídico e  
institucional

■ El Decreto 143/2010 es la ley aplicable en materia de APP.

■ La Comisión para la Promoción de la Alianza Público-Privada (COALIANZA) es el órgano de gobierno encargado de gestionar y promover los proyectos de alianza público-privada (APP) y los procesos de alianzas público-privadas (APP) (Artículo 1 de la Ley de APP).

■ La Comisión para la Promoción de la Alianza Público-Privada (COALIANZA) es un Ente Desconcentrado de la Presidencia de la República, con personalidad jurídica y patrimonio propio (Unidad de APP). (Artículo 11 de la Ley). Es función de COALIANZA:

- Gestionar de forma exclusiva los procesos de contratación que permitan la participación público-privada en la ejecución, desarrollo y administración de obras y servicios públicos de interés para el Estado, tanto a nivel nacional como local;
- Coordinar con las Secretarías de Estado, instituciones autónomas, Consejos Regionales de Desarrollo, municipalidades, entes u órganos desconcentrados y demás dependencias del Estado, la gestión de todas las autorizaciones, permisos, licencias y demás requerimientos para hacer viable, técnica, operativa y financieramente la ejecución de los proyectos;
- Coordinar con otras instancias internas de la Administración Pública, las acciones necesarias para que dentro de los proyectos de inversión pública se seleccionen aquellos que califiquen dentro de las áreas priorizadas;
- Colaborar con las municipalidades en la evaluación de los proyectos sometidos a programación para su incorporación al Sistema Nacional de Inversiones Públicas;
- Dar seguimiento a los proyectos, obras o servicios provistos a través de modelos de la Alianza Público-Privada (APP), en coordinación con las entidades reguladoras;

1

Marco  
jurídico e  
institucional

- Brindar asesoramiento y colaboración a los Gobiernos Locales y a otras entidades del Estado, en materia de promoción de la inversión privada, previo a la presentación de proyectos para su análisis de viabilidad;
- Asegurar que las Alianzas Público-Privadas (APP) estén en armonía con los Objetivos y Metas de la Visión de País y el Plan de Nación.
- Garantizar la implementación de las actividades comprendidas en las relaciones que den origen a las alianzas;
- Aprobar los reglamentos internos que sean necesarios para el mejor funcionamiento de la Comisión;
- Proponer al Poder Ejecutivo los proyectos de reglamentos necesarios;
- Aprobar el presupuesto y el Plan Operativo Anual;
- Autorizar la contratación de las auditorías, debiendo conocer y aprobar los informes que sean generados por dichas auditorías;
- Conocer y pronunciarse sobre los informes solicitados o que le sean presentados por la Secretaría Ejecutiva;
- Aprobar el nombramiento, contratación y cancelación del personal de la Comisión;
- Fijar directrices y pautas apropiadas para la Secretaría Ejecutiva;
- Adoptar dentro de la esfera de sus atribuciones, todas las medidas que estime pertinentes para cumplir con sus objetivos y resolver todos los asuntos que no le corresponda resolver de manera expresa a la Secretaría Ejecutiva.

■ Las Alianzas Público-Privadas son esquemas para la cooperación de los sectores público y privado o para que unan sus esfuerzos para incorporar sus habilidades, experiencia, conocimiento, equipo, innovación y tecnología (Artículo 1 del Reglamento).

2

Sectores y  
actividades  
aplicables

■ Existen distintos modelos de APP, cuyo objetivo es la creación, desarrollo, mejora, expansión, operación, mantenimiento o reducción de costos de las obras públicas y/o servicios públicos.

■ Cuando el único ámbito de un proyecto de inversión sea la provisión de mano de obra, suministro e instalación de equipo o la ejecución de obras públicas, esto no podrá hacerse a través de alianzas público-privadas (Artículo 1 del Reglamento).



3

Supervisión  
y regulación  
de la APP

■ El Artículo 76 establece que el Congreso es responsable del proceso de selección y la designación de los tres miembros de la Superintendencia de la Alianza Público-Privada.

■ El Artículo 83 prevé que en caso de que el Superintendente determine que ha existido un incumplimiento del deber de los funcionarios, la agencia que inició el procedimiento administrativo involucrado deberá presentar su defensa. Enviada la resolución que determine el incumplimiento del agente, el Superintendente aplicará las sanciones establecidas en el convenio, licencia o contrato correspondiente.

■ La Superintendencia deberá mantener un registro de las sanciones impuestas por la República de Honduras, con el propósito de mantener el control, calcular estadísticas e informar al público, así como detectar casos de reincidencia.

■ El Superintendente deberá presentar al Congreso un informe sobre las actividades realizadas durante el año, a más tardar el 31 de enero del año siguiente a la implementación del proyecto (Artículo 85 del Reglamento).

■ El Artículo 80 del Reglamento establece que los Superintendentes pueden emitir regulaciones y reglas que rijan los procedimientos para la aplicación de las sanciones correspondientes por la violación de leyes, condiciones regulatorias o contractuales, asegurando el principio del debido proceso. Esto podrá ser emitido exclusivamente en el ámbito de sus facultades.

4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ El Artículo 8 de la Ley establece los contenidos básicos de las alianzas público-privadas.

■ Las iniciativas de la Alianza Público-Privada (APP), pueden tener origen tanto público como privado. En el ámbito público pueden actuar como iniciadores, las Secretarías de Estado, los Entes Autónomos, las Municipalidades, las Mancomunidades, los Consejos Regionales de Desarrollo y la Comisión para la Promoción de la Alianza Público-Privada (COALIANZA) (Artículo 17 de la Ley de APP).

■ El Artículo 18 de la Ley de APP establece que los proyectos a ser incorporados en el Sistema Nacional de Inversión Pública bajo modelos de participación público-privada deben contar con un examen de viabilidad previo, que incluya los análisis de costo-beneficio y esquemas de financiamiento factibles, para asegurar la ejecución del proyecto, obra y/o servicio delegable. Estos análisis deben ser efectuados por la Comisión para la Promoción de la Alianza Público-Privada (COALIANZA).

4

Modelación de los proyectos de APP

■ Las iniciativas de la Alianza Público-Privada que se originen del ámbito público deberán estar acompañadas de estudios de prefactibilidad, incluyendo un análisis de costo-beneficio y posibles esquemas de financiamiento. También deben estar incluidas o ser compatibles con las prioridades nacionales o locales, según corresponda (Artículo 4 del Reglamento).

■ COALIANZA determina qué proyectos públicos pueden ser ejecutados bajo esquemas de la Alianza Público-Privada, entre aquellos que sean parte del Sistema Nacional de Inversión Pública planificada.

■ El Artículo 5 del Reglamento prevé que el análisis costo-beneficio sirve para determinar si la contribución del Estado significa un beneficio neto más alto para la sociedad, para el uso alternativo de los recursos provistos por el mismo.

5

Contratación de proyectos de APP

■ El Artículo 6 de la Ley de APP establece los procedimientos disponibles para los proyectos de APP:

- Licitación pública nacional o internacional;
- Concurso público nacional o internacional; y
- Cualquier otro procedimiento que garantice la libre competencia.
- El Pliego de Condiciones determinará entre otros los requisitos que deban ofrecer los oferentes, el tipo y monto de las garantías exigidas a los interesados, el o los criterios de valoración de las propuestas técnicas, económicas y materiales de las condiciones de prestación de los servicios, los materiales, equipo y servicios que el Estado ofrezca, sus respectivos valores presupuestados y las condiciones de prestación de los servicios. La ejecución de la obra deberá concluirse en el menor tiempo posible.

■ El Artículo 12 del Reglamento establece que procederá la convocatoria a un concurso público nacional o internacional en aquellos casos en que COALIANZA no cuente con los estudios requeridos para la obra, servicio o proyecto que se pretende ejecutar y/o explotar. En este supuesto, corresponderá a COALIANZA evaluar los proyectos integrales presentados por los interesados, los cuales deberán respetar los parámetros o criterios mínimos que sean fijados por COALIANZA en el Pliego de Condiciones del concurso.

■ El Artículo 20 señala que la propuesta presentada en una licitación pública o concurso público deberá ser hecha en la forma, monto y condiciones que para estos efectos establezca el Pliego de Condiciones.

5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ Antes de la presentación de las propuestas, el proceso de selección incluye una etapa de precalificación, la cual se desarrollará en base a los criterios legales, técnicos, económicos/financieros establecidos en el Pliego de Condiciones (Artículo 20).

■ El Artículo 36 del Reglamento establece que, para la presentación de iniciativas privadas de proyectos de inversión, el proyecto no podrá comprometer fondos públicos para el financiamiento de las entidades privadas ni otorgar garantías de respaldo con este propósito. El Estado únicamente podrá asumir compromisos contingentes que representen una probabilidad mínima o ninguna probabilidad de que exista una reclamación para el uso de recursos públicos, cuando el proyecto implique propósitos de interés público y sea desarrollado en beneficio del Estado. Las iniciativas privadas no deberán incluir proyectos que sean iguales o similares a aquellos que constituyan total o parcialmente proyectos que hubieran sido previamente aprobados por COALIANZA, por iniciativa pública o privada. El reembolso se encuentra previsto en el artículo 49.

■ Los criterios de evaluación se establecen en el Artículo 40 del Reglamento.

■ Durante la etapa de evaluación de una iniciativa privada y previo a su calificación de interés público, uno o más terceros interesados podrán presentar iniciativas privadas referidas al mismo proyecto de inversión, en cuyo caso COALIANZA continuará con la tramitación de la primera iniciativa privada presentada. En caso de que ésta fuera admitida y calificada de interés público, se sujetará al procedimiento de evaluación, selección y adjudicación correspondiente y las siguientes iniciativas privadas presentadas serán desestimadas (Artículo 42 del Reglamento).

■ COALIANZA publicará la calificación de interés en su página web y en dos diarios de mayor circulación a nivel nacional, cuyos costos serán asumidos por el proponente. Después de la publicación de la declaración de interés público, las partes interesadas podrán presentar sus manifestaciones de interés con respecto a la implementación del proyecto de inversión dentro del tiempo especificado en la publicación. En caso de que no hubiera terceros interesados en la ejecución del proyecto de inversión, COALIANZA adjudicará el proyecto al participante de conformidad con la selección del Comisionado (Artículo 44 del Reglamento).

■ Ante la concurrencia de uno o más interesados en el proyecto de inversión correspondiente, el procedimiento de selección se efectuará de acuerdo a lo establecido en el Pliego de Condiciones que será aprobado por COALIANZA y en las normas aplicables (Artículo 48).

<p><b>6</b></p> <p>Ingresos de APP</p>	<p>■ El Artículo 7 de la Ley de APP establece la Contribución de la Administración Pública.</p> <hr/> <p>■ Las compañías privadas, con la previa autorización otorgada por la Superintendencia de la Alianza Público-Privada, podrá otorgar como garantía los ingresos devengados de la operación de la Alianza Público-Privada a los acreedores que califiquen como tales, de acuerdo con lo previsto en el respectivo contrato de alianza de inversión privada. La finalidad de estas garantías es financiar el diseño, construcción, mantenimiento y/u operación de proyectos y/o servicios sujetos a la alianza público-privada. Los créditos en favor de los particulares bajo una alianza público-privada estarán sujetos a titularización (Artículo 33).</p>
<p><b>7</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<p>■ Los conflictos que surjan de las solicitudes de Alianza Público-Privada iniciadas por particulares, así como los procesos de adjudicación de la Alianza Público-Privada, y las asociaciones de este tipo que se aprueben, incluyendo la impugnación de los procesos de adjudicación, se sujetan obligatoriamente al Procedimiento de Arbitraje y bajo las reglas que se señalen al efecto en el Pliego de Condiciones (Artículo 35 de la Ley de APP).</p>
<p><b>8</b></p> <p>Manejo de los cambios</p>	<p>■ La legislación no prevé este tema, pero la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones, en su artículo 44, establece las funciones del Consejo Nacional de Inversiones y dentro de ellas, incluye trabajar en coordinación con la Secretaría del Interior y Población y en una relación cercana y de armonía con las representaciones diplomáticas hondureñas en todo el mundo, para proveerles información actualizada con respecto a los cambios en la legislación o en las políticas de gobierno que pudieran estimular o afectar las inversiones, así como las áreas potenciales atractivas en materia de inversión.</p>
<p><b>9</b></p> <p>Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías</p>	<p>■ El Artículo 30 del Reglamento establece que los particulares que presten servicios públicos a través de esquemas de alianza público-privada pueden otorgar como garantía los pagos recibidos por los servicios. Dichos particulares podrán transferir su posición como prestadores de servicios específicos a terceros, sujeto a la autorización de la Superintendencia de Alianza Público- Privada.</p> <hr/> <p>■ Las APP están exentas de pagar cualquier tipo de impuesto, derechos o formalidades para registrar la propiedad a su nombre y/o para la formalización de todas las relaciones contractuales requeridas para llevar a cabo los proyectos (Artículo 33 del Reglamento).</p>

9

Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías

■ De la misma manera, los créditos en favor de las empresas privadas que resulten de una Alianza Público-Privada estarán sujetos a titularización (Artículo 33 del Reglamento).

■ Los Estados y Municipalidades podrán asumir compromisos firmes, en caso de que se determinen en montos fijos y conocidos, y sus contribuciones en el modelo de la Alianza Público-Privada podrá hacerse de la siguiente manera:

- Contribuciones en efectivo;
- Estudios técnicos;
- Suscripción de acciones o compra de otros valores comercializados en el mercado financiero;
- Otorgamiento de bienes públicos determinados (concesiones sin transferencia de propiedad), incluyendo bienes que hubieran sido expropiados con fines de uso público;
- Otorgamiento de permisos o licencias para llevar a cabo actividades autorizadas de Alianza Público-Privada;
- Otorgamiento de derechos temporales sobre la propiedad del gobierno (en caso de las Municipalidades);
- Prestación de servicios que correspondan al Estado; y
- Otras formas de contribuciones autorizadas por la ley que se encuentren en estricto acuerdo con los fines, principios y objetivos de esta Ley.

■ El Estado y las Municipalidades no podrán usar fondos públicos para financiar a inversionistas privados ni otorgarán respaldos con este propósito. Sin embargo, el contrato puede establecer que habrá contribuciones hechas por el Estado y las Municipalidades si esto sirve al interés público y beneficia al Estado, las Municipalidades o los usuarios.

10

Eventos extraordinarios

■ Sin perjuicio de las disposiciones aplicables a cada caso concreto, los contratos de Alianza Público-Privada incluirán disposiciones acerca de la distribución del riesgo entre las partes contratantes, tales como riesgos financieros, comerciales, operativos y extraordinarios que pudieran ser atribuidos a causas o eventos imprevistos (Artículo 8 de la Ley).

■ La distribución entre las partes de los riesgos y costos inherentes deben pactarse de conformidad a lo que más convenga a las necesidades de la Alianza Público-Privada (Artículo 9 de la Ley).

<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ El Artículo 87 del Reglamento señala que en caso de incumplimiento, la Superintendencia podrá imponer multas y sanciones a los infractores, de conformidad con lo establecido en el reglamento o dispositivo correspondiente, el cual deberá probarse por la Superintendencia a más tardar sesenta (60) días después del nombramiento de los superintendentes. Además de la sanción impuesta al infractor, igualmente podrán imponerse sanciones a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos de las personas jurídicas, según se determine su participación y responsabilidad en las infracciones cometidas.</p> <p>.....</p> <p>■ El Artículo 88 del Reglamento establece que la Superintendencia podrá declarar ante la entidad concedente la ocurrencia de una causal de suspensión temporal de un contrato de Alianza Público-Privada o su caducidad. A fin de evitar la paralización del servicio correspondiente, la Superintendencia quedará facultada para contratar de manera temporal los servicios que sean necesarios para evitar la suspensión del servicio, hasta que se suscriba en nuevo contrato de Alianza Público-Privada. Estos contratos de servicios no podrán, en ningún caso, tener una duración superior a un año.</p>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<p>■ El Artículo 9 de la Ley de APP establece que la distribución entre las partes de los riesgos y costos inherentes deben pactarse de conformidad a lo que más convenga a las necesidades específicas de la APP, las cuales podrán ser, entre otros, los riesgos financieros, comerciales, de operación y riesgos extraordinarios imputables a causas no previstas.</p> <p>.....</p> <p>■ En todo caso los riesgos para ambas partes deben ser claramente definidos y la participación del Estado en la APP debe ser siempre de responsabilidad limitada a sus aportes a la Alianza.</p>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<p>■ El Artículo 8 establece que, sin perjuicio de lo que se pueda prever en cada caso concreto, los contratos de APP deben incluir disposiciones que establezcan los supuestos y causales de extinción del contrato.</p>
<p><b>14</b></p> <p>Transparencia y rendición de cuentas</p>	<p>■ Los titulares de Asociaciones Público-Privadas deberán publicar trimestralmente sus estados financieros. Asimismo, deberán publicar su memoria anual dentro de los primeros tres meses del año siguiente en su página web (Artículo 2 del Reglamento).</p>

14

Transparencia  
y rendición  
de cuentas

■ Toda la documentación que forme parte de los expedientes elaborados para llevar adelante el proceso de promoción de una Alianza Público Privada y que sean de propiedad o titularidad del Estado, conservarán el carácter de reserva hasta la suscripción del respectivo Contrato de Participación Público Privada (Artículo 92 del Reglamento).

■ Una vez suscrito el Contrato de Participación Público-Privada correspondiente, cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar y recibir la información referida, sin expresar motivo o causa que sustente el pedido. COALIANZA deberá entregar la información solicitada dentro del plazo máximo de quince días de presentada la solicitud respectiva. (Artículo 93 del Reglamento).

15

Otros  
comentarios

■ Se autoriza a la Comisión para la Promoción de la Alianza Público-Privada (COALIANZA) a realizar un cobro de hasta el dos por ciento del valor de cada proyecto autorizado al adjudicatario del mismo, en concepto de tasa por los servicios que presta. (Artículo 29 de la Ley de APP).

■ COALIANZA deberá contratar los servicios de una entidad fiduciaria calificada y autorizada para tales fines para que tenga a su cargo la administración del Fideicomiso a que se refiere el Artículo 29 de la Ley. El patrimonio fideicomitado estará integrado por los ingresos correspondientes a la tasa por los servicios que presta COALIANZA, así como el aporte por regulación correspondiente a la Superintendencia de Alianza Público-Privada (Artículo 96 del Reglamento).

■ La Ley de APP también prevé que en el contenido básico de un contrato de APP se debe incluir una cláusula de estabilidad fiscal y de derecho a la convertibilidad (Artículo 8 de la Ley).



# ANEXO 10 JAMAICA



**Legislación analizada:**

Políticas del Gobierno de Jamaica y Marco Institucional para la Implementación de Asociaciones Público-Privadas (18 de septiembre de 2012)

**Fecha del análisis:**

12 de junio de 2018

**1**

Marco  
jurídico e  
institucional

■ Las Políticas y el Marco Institucional para la implementación de un Programa de APP del Gobierno de Jamaica es la legislación aplicable en materia de APP.

■ Las Políticas definen una APP como un “contrato de contratación de largo plazo celebrado entre los sectores público y privado, en el que la profesionalidad de cada parte se enfoca en el diseño, financiamiento, construcción y operación de un proyecto de infraestructura o en la prestación de un servicio, a través de la participación de sus recursos, riesgos y recompensas” (Artículo 1.0.2.).

■ Existen dos amplias estructuras institucionales: estratégica y operativa (Artículo 4.0.1).

- *Supervisión estratégica:* dos (2) comités llevarán a cabo la supervisión estratégica del Programa de APP:

**A** el Gabinete;

**B** el Comité de Privatización del Gabinete, apoyado en las recomendaciones del Comité de Estrategia.

- *Administración operativa:* se crearon dos unidades operativas específicamente para administrar el Programa de APP. Estas entidades son:

**A** la Agencia de Privatización y Unidad de APP del Banco de Desarrollo de Jamaica;

**B** el Ministerio de Finanzas y Nodo de Planeación de APP.

■ El Gabinete es el principal instrumento de las políticas, responsable de la dirección y control general del Gobierno (Sección 69(2) de la Constitución jamaicana de autoridad ejecutiva). Por lo tanto, el Gabinete es la autoridad responsable de los temas de las políticas relativos a las Políticas de APP.

**2**

Sectores y  
actividades  
aplicables

■ Las APP pueden tener una variedad de formas y ser utilizadas para bienes y servicios existentes (Proyectos Brownfield) o para nuevos proyectos (Proyectos Greenfield). (Artículo 1.0.2.).

<p><b>2</b></p> <p>Sectores y actividades aplicables</p>	<p>■ Las APP son aplicables a infraestructura pública/bienes o servicios prestados en beneficio público en los que el resultado tiene el elemento de constituir instalaciones/servicios prestados por el Gobierno como ente soberano frente a sus ciudadanos. Existen dos conceptos clave:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Servicios Públicos:</i> que son servicios que el Gobierno se encuentra requerido a prestar a sus ciudadanos (para cumplir con sus objetivos socioeconómicos) o servicios que el Gobierno ha prestado tradicionalmente a sus ciudadanos.</li> <li>• <i>Bienes Públicos:</i> son bienes que se encuentran intrínsecamente unidos a los servicios públicos. Por ejemplo, los caminos públicos se encuentran unidos a la transportación pública. Pueden ser bienes que sean usados o parte de bienes que sean usados para prestar servicios públicos.</li> </ul>
<p><b>3</b></p> <p>Supervisión y regulación de la APP</p>	<p>■ El Ministerio/Agencia, habiendo consultado a la Unidad de APP, establece el Equipo de Administración del Contrato y el proceso y las herramientas para administrar el contrato.</p> <p>.....</p> <p>■ El Equipo de Administración del Contrato supervisa el cumplimiento y el riesgo de la APP, administra los cambios y firma el contrato (Artículo 6.0.1.).</p>
<p><b>4</b></p> <p>Modelación de los proyectos de APP</p>	<p>■ La primera etapa de un proyecto de APP es la identificación del proyecto. Se requerirá que los Ministerios/Agencias correspondientes identifiquen y delimiten los proyectos potenciales y los presenten a la Unidad de APP para su proyección (Artículo 6.0.1).</p> <p>.....</p> <p>■ Las propuestas de iniciativa privada (bajo el inciso 9 de la regulación) deben contener un Modelo de Negocio completo.</p> <p>.....</p> <p>■ En caso de que el proyecto se encuentre en la Lista de APP desarrollada por el Gobierno Federal, la Unidad de APP transferirá el proyecto a la lista de prioridades y después desarrollará y adquirirá el proyecto bajo el proceso estándar de APP. (Artículo 9.0.3.1).</p> <p>.....</p> <p>■ En caso de que el proyecto no se encuentre en la Lista de APP (Artículo 9.0.3.2), la unidad de APP revisará si cumple con los criterios de APP: a. factibilidad, b. mejor relación calidad – precio, c. rentabilidad y d. responsabilidad fiscal. (Artículo 7).</p>

<p><b>4</b></p> <p>Modelación de los proyectos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ En caso de que la propuesta no cumpla con los criterios, la unidad de APP rechazará el proyecto. Sin embargo, las ideas contenidas en la propuesta de iniciativa privada se pueden incorporar al diseño de otros proyectos, si existiera la posibilidad de que promuevan la mejor relación calidad – precio. (Artículo 9.0.3.2.).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ En caso de que la propuesta cumpla con los criterios, la Unidad de APP podrá recomendar al Comité Estratégico que el proyecto sea desarrollado por el Proponente utilizando el sistema de contratación de Swiss Challenge (Artículo 9.0.3.3).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Comité de Privatización del Gabinete deberá aprobar una lista de proyectos candidatos (la Lista de APP) o las adiciones de proyectos a la Lista de APP (revisada por el Equipo de Estrategia) (Artículo 6.0.2).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Comité de Privatización del Gabinete debe aprobar el avance a la etapa de Transacción para adquirir la APP propuesta (revisado por el Equipo Empresarial) (Artículo 6.0.2). Además, habrá una Revisión de Ingreso realizada por la Unidad de APP, el Consejo de DBJ, el Equipo Empresarial o el Gabinete (Artículo 6.0.3.).</li> </ul>
<p><b>5</b></p> <p>Contratación de proyectos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La etapa de transacción toma lugar cuando se administran el Programa de APP. Estas entidades son: (i) la Agencia invita a los licitantes al proyecto, son precalificados y posteriormente invitados a licitar (Artículo 6.0.1.). El Equipo del Proyecto prepara los contratos de APP, califica a los licitantes, prepara el proyecto de la Solicitud de Propuestas (RFP), consulta con los licitantes, emite la RfP, evalúa las propuestas y recomienda la adjudicación. El Equipo Empresarial guía al Equipo del Proyecto en la realización de estas tareas y revisa la evaluación de la licitación antes de presentar los resultados al Gabinete para su aprobación definitiva. Esta etapa continúa después de la evaluación de la licitación para incluir la negociación (en caso de ser necesaria), la firma del contrato y el cierre financiero.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Comité de Privatización del Gabinete deberá aprobar los parámetros del acuerdo definitivo (revisado por el Equipo Empresarial) antes de la celebración del contrato en la Etapa de Transacción (Artículo 6.0.2.).</li> </ul>
<p><b>6</b></p> <p>Ingresos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Cada contrato tiene sus propias reglas en materia de ingresos.</li> </ul>

<p><b>6</b></p> <p>Ingresos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El sector privado puede recibir una contraprestación por la prestación de los servicios, de parte del Gobierno, de los usuarios o una combinación de ambos. Cuando se utilicen bienes o servicios existentes del Gobierno, el Gobierno negociará la contraprestación adecuada a ser pagada por el sector privado por el uso de dichos bienes. (Artículo 1.0.2.).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los pagos del Gobierno dependen de que la parte del sector privado provea los resultados especificados, con la calidad, cantidad y en el período de tiempo convenidos. En caso de que no se cumplieran los requerimientos de desempeño, se podrán reducir los pagos por los servicios a la parte del sector privado (Artículo 2.0).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Es posible que ambas partes otorguen garantías (Artículo 3.0.3.).</li> </ul>
<p><b>7</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La reglamentación no contiene disposiciones sobre arbitraje local, arbitraje internacional y resolución de conflictos entre inversionistas y el estado. Los mecanismos de resolución de conflictos serán previstos en el contrato de APP (Artículo 8.0).</li> </ul>
<p><b>8</b></p> <p>Manejo de los cambios</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El contrato puede ser renegociado por las partes (Artículo 8.0.1.) de conformidad con el procedimiento detallado en el contrato de APP.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los cambios en el entorno del contrato son inevitables, considerando la naturaleza compleja y a largo plazo de los contratos de APP. El contrato debe incluir mecanismos para ajustar dichos cambios. Estos mecanismos del contrato normalmente incluyen disposiciones de ajuste, resolución de conflictos, fuerza mayor y terminación del contrato (Artículo 8.0.).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Si se diera el caso de utilizar alguno de estos mecanismos contractuales, el Administrador del Contrato deberá asegurar que el equipo de revisión/negociación tenga las habilidades necesarias. Esto generalmente implicará la contratación de asesoría legal, buscar el apoyo de la Unidad de APP y mantener informado al Ministerio de Finanzas y Nodo de Planeación de APP. (Artículo 8.0).</li> </ul>

<p><b>9</b></p> <p>Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías</p>	<p>■ De conformidad con el artículo 11.0, el programa de APP del Gobierno de Jamaica puede ser fondeado a partir de las siguientes fuentes, las cuales serán identificadas por la Unidad de APP junto con el Ministerio de Finanzas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• financiamiento de deuda a bajo costo para el Gobierno de Jamaica;</li> <li>• otorgamiento de financiamiento de instituciones multilaterales;</li> <li>• fondos de infraestructura;</li> <li>• bonos flotantes en los mercados de capital locales o internacionales;</li> <li>• un Impuesto nominal a ser retenido (hasta el 2%) de las ganancias de cada transacción de APP.</li> </ul>
<p><b>10</b></p> <p>Eventos extraordinarios</p>	<p>■ Los eventos de fuerza mayor, que sean materialmente adversos, la acción y subcontratación gubernamental se encuentran reguladas únicamente en el contrato (Artículo 8.0).</p>
<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ El Equipo de Administración del Contrato podrá gestionar las modificaciones al contrato (con asesoría de la Unidad de APP) y ejecutar el contrato cuando sea necesario (con asesoría de la Unidad de APP y asesoría legal) (Artículo 4.0.2.5).</p>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<p>■ El riesgo del Gobierno con respecto a la propiedad y operación de infraestructura generalmente implica un costo sustancial invaluable. Asignar algunos de los riesgos a la entidad privada que se encuentre en una posición de manejar mejor dichos riesgos podría reducir el costo total del proyecto para el gobierno (Artículo 2.1).</p> <p>.....</p> <p>■ El Nodo de APP será responsable de supervisar los riesgos fiscales (Artículo 4.0.2.4).</p>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<p>■ Los fundamentos para la terminación de un contrato de APP y sus consecuencias se encuentran expresamente regulados en cada contrato (Artículo 8.0).</p>

## 14

Transparencia  
y rendición  
de cuentas

■ La Ley de Acceso a la Información de 2002 y el Reglamento de Acceso a la Información de 2003, son aplicables a todos los proyectos de APP y requieren que la información sea manejada de conformidad con las disposiciones de esta Ley y su reglamento. Adicionalmente, la Unidad de APP adoptará las siguientes prácticas relativas a la revelación:

- La Lista de APP será publicada después de su aprobación por parte del Gabinete, y cuando dicha lista sea actualizada.
- Se publicará un resumen con la información de cada proyecto de APP antes del inicio del proceso de licitación (antes de la emisión de la Solicitud de Calificaciones o la Solicitud de Manifestaciones de Interés).
- La Solicitud de Propuestas (RfP) se publicará cuando sea emitida para los licitantes potenciales.
- Los contratos de APP serán publicados una vez que comiencen a surtir efectos.
- El Administrador del Contrato pondrá la información relativa al desempeño públicamente disponible, junto con el programa y formato convenidos.



# ANEXO 11 MÉXICO



### Legislación analizada:

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de Asociaciones Público Privadas, Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, Lineamientos para un Esquema de Asociación Público Privada, Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y Ley General de Bienes Nacionales.*

### Fecha del análisis:

17 de agosto de 2018. Actualizado el 20 de febrero de 2019



Marco  
jurídico e  
institucional

■ Las Sociedades Público-Privadas Federales (APP) se encuentran reguladas en la Ley de Asociaciones Público-Privadas (Ley de APP) y el Reglamento de la Ley de Asociaciones Público-Privadas (Reglamento), bajo las normas y principios constitucionales previstos en los Artículos 25 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

■ La Ley de APP fue publicada y puesta en vigor en 2012.

■ Aún cuando existe una Ley Federal (Ley de APP), 30 de los 32 Estados Mexicanos (con excepción de Tlaxcala y Zacatecas) tienen leyes locales en materia de APP.

■ Los Lineamientos para un Esquema de Asociación Público-Privada prevén las reglas que deben seguirse para constituir y operar un proyecto de APP.

■ La Ley General de Bienes Nacionales regulará el tratamiento de los bienes provistos a y por la APP (Artículo 97 de la Ley de APP).

■ Los Proyectos de APP son aquellos que se realicen con cualquier esquema para establecer una relación contractual de largo plazo, entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al sector público, mayoristas, intermediarios o al usuario final y en los que se utilice la infraestructura proporcionada total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el país (Artículo 2 de la Ley de APP).

■ También podrán ser proyectos de asociación público-privada los que se realicen en los términos de esta ley, con cualquier esquema de asociación para desarrollar proyectos de inversión productiva, investigación aplicada y/o de innovación tecnológica (Artículo 3 de la Ley de APP).

<p><b>1</b></p> <p>Marco jurídico e institucional</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, los fideicomisos públicos federales no considerados entidades paraestatales, las personas de derecho público federal y las entidades federativas, municipios y entes públicos que obtengan recursos del Presupuesto Federal podrán realizar proyectos de APP (Artículo 4 de la Ley de APP).</li> </ul>
<p><b>2</b></p> <p>Sectores y actividades aplicables</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>No existe una disposición legal específica acerca de los sectores aplicables, pero de las definiciones de APP, se infiere que aplica a las instalaciones, sistemas y equipo requerido para la adecuada prestación de servicios públicos y los servicios en sí mismos (Artículo 2 de la Ley de APP), y también, los proyectos de inversión productiva, investigación aplicada e innovación tecnológica (Artículo 3 de la Ley de APP).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>Únicamente podrán celebrar contratos de APP las empresas y personas jurídicas (Artículo 91 de la Ley de APP).</li> </ul>
<p><b>3</b></p> <p>Supervisión y regulación de la APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>La Secretaría de la Función Pública supervisa la preparación, inicio y adjudicación de los proyectos de asociaciones público-privadas, así como de los demás actos regulados por la presente Ley, excepto por los aspectos técnicos de los proyectos de APP. Algunos proyectos, debido a su naturaleza extremadamente técnica, pudieran no estar sujetos a la supervisión de la Secretaría de la Función Pública. La supervisión de la prestación de los servicios, la ejecución de la obra y el cumplimiento y desarrollo del proyecto de APP corresponderá exclusivamente a la dependencia o entidad contratante y a las demás autoridades que resulten competentes (Artículo 125 de la Ley de APP).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>En caso de que la compañía privada no cumpliera con sus obligaciones previstas en el contrato de APP, dicho incumplimiento resultará en la imposición de las penas convencionales previstas en el contrato, que podrán incluir reducciones en las contraprestaciones a favor del desarrollador (Artículo 129 de la Ley de APP), así como la posible inhabilitación para participar en procedimientos de proyectos futuros de APP o de servicios públicos (Artículo 130 de la Ley de APP).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>Las dependencias, entidades y desarrolladores conservarán toda la documentación e información electrónica comprobatoria de cada proyecto en el que participen (Artículo 126 del Reglamento). Las dependencias, entidades y desarrolladores deberán conservar esta documentación durante la vigencia del contrato y por un plazo adicional de 12 años (Artículo 127 de la Ley de APP).</li> </ul>

3

Supervisión  
y regulación  
de la APP

■ No existe una disposición acerca del organismo competente para regular el contrato. Los términos y condiciones de estos contratos se rigen bajo los principios del Derecho Civil contenidos en el Artículo 6 del Código Civil Federal mexicano, que establece que las partes son libres de convenir los términos y condiciones siempre y cuando no sean contrarios a las leyes aplicables o afecten el orden público o a los derechos de terceros. No obstante ello, la Secretaría de la Función Pública podrá procesar los asuntos relacionados con las APP, de conformidad con las atribuciones que le otorga el Artículo 125 de la Ley de APP (Artículos 125 y 126 de la Ley de APP).

4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ Se deben realizar varios análisis para modelar un Proyecto de APP:

- **Relación calidad-precio:** Se debe proveer un análisis detallado en el que los solicitantes prueben que el proyecto proporcionará ventajas significativas al ser celebrado como una APP en lugar de ser realizado únicamente por el sector público (Artículo 14, fracción VII de la Ley de APP y Artículo 28 del Reglamento).
- **Viabilidad Económica y Financiera:** La viabilidad económica y financiera considerará supuestos económicos y financieros razonables: los flujos de ingresos y egresos del proyecto durante su vigencia, así como una distribución adecuada de los riesgos entre el sector público y el sector privado durante las etapas de preparación, construcción y operación del proyecto. Con base en este análisis se determinará si el proyecto es económica o financieramente viable (Artículo 14 fracción VIII de la Ley de APP y Artículo 28 del Reglamento).
- **Análisis Ambiental:** En los estudios preliminares para preparar los proyectos de asociación público-privada, las dependencias y entidades tomarán en consideración los análisis de las autoridades sobre el cumplimiento de las disposiciones en materia de protección ambiental, preservación y conservación del equilibrio ecológico en los ámbitos federal, estatal y municipal, y los efectos que pudiera causar al medio ambiente la ejecución de las obras, con sustento en la evaluación de impacto ambiental (Artículo 15 de la Ley de APP).

■ Para participar con recursos federales en los proyectos de asociación público-privada, la dependencia o entidad deberá obtener el registro en la cartera de inversión a que se refiere el Artículo 34 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y la Sección II de los Lineamientos para un Esquema de Asociación Público-Privada (Artículo 21 de la Ley de APP y Artículo 11-II del Reglamento).

■ Las dependencias o entidades federales deberán publicar en el Diario Oficial de la Federación y en su página web un acuerdo mediante el cual determinen las propuestas de proyectos de APP que estarán dispuestas a recibir (Artículo 43 del Reglamento).

4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ En caso de que un promotor presentara una propuesta de APP que no hubiera sido publicada por las dependencias y entidades federales, dicho promotor sería elegible para recibir un reembolso por el tiempo y el material invertidos en dicha propuesta. La entidad pública que reciba la propuesta convocará a una licitación pública para encontrar al mejor proveedor. En caso de que el promotor que hubiera sugerido el proyecto no resultara ganador en dicha licitación, tendrá derecho a un premio en la evaluación de su oferta, que se establecerá en las bases y que no podrá exceder del equivalente a un diez por ciento en relación con los criterios señalados para adjudicar el contrato (Artículo 31 de la Ley de APP).

■ La participación del Agente de Apoyo en un procedimiento de contratación consistirá en la asesoría, elaboración de proyectos y propuestas, apoyo logístico, técnico o de cualquier otra naturaleza, que ayuden a la Dependencia o Entidad Federal a realizar cualquier acto del procedimiento de contratación. Los servicios del Agente podrán incluir la realización de talleres financieros, jurídicos, técnicos y cualquier otra actividad que permita la mejor difusión del proyecto, así como la coordinación de las sesiones públicas de recepción y apertura de propuestas. (Artículo 57 del Reglamento).

■ Los contratos de APP deben incluir las formalidades y requerimientos previstos en el Artículo 92 de la Ley de APP y 107 del Reglamento.

5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ La publicación de la convocatoria se realizará a través de la página de difusión electrónica de la dependencia o entidad convocante, en el Diario Oficial de la Federación, en CompraNet, en un diario de circulación nacional y en otro de la entidad federativa en donde se vaya a realizar el proyecto (Artículo 44 de la Ley de APP).

■ Ninguna de las condiciones de la convocatoria, bases de la licitación y sus anexos, ni de las propuestas de los participantes, serán objeto de negociación (Artículo 46 de la Ley de APP), excepto por aquellos casos en los que se pudieran mejorar las características del proyecto, incrementar los niveles de desempeño, reducir el impacto ambiental o restablecer el equilibrio económico del proyecto (Artículos 117 a 120 de la Ley de APP).

■ Los concursos tendrán una o más etapas de consultas y aclaraciones, en las que la convocante contestará por escrito las dudas y preguntas que los participantes hayan presentado (Artículo 50 de la Ley de APP).

■ Para facilitar el concurso, previo al acto de presentación y apertura de las propuestas, la convocante podrá efectuar el registro de los participantes, así como realizar revisiones preliminares a la documentación distinta a la referida al importe de la oferta económica (Artículo 49 de la Ley de APP).

5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ Las propuestas técnica y económica se presentarán simultáneamente, pero en sobres separados (Artículo 75 del Reglamento).

■ La propuesta deberá ser presentada por un representante legal con suficientes poderes para obligar a la compañía privada de conformidad con la misma (Artículo 76 de la Ley de APP).

■ Las propuestas técnicas son evaluadas en primer lugar. Las propuestas económicas únicamente serán abiertas después de que las propuestas técnicas hubieran sido evaluadas (Artículo 81 del Reglamento).

■ En la evaluación de las propuestas, la convocante verificará que cumplan con los requisitos señalados en las bases, y que contengan elementos suficientes para desarrollar el proyecto. Sólo deberán considerarse los criterios establecidos en las propias bases, siempre que sean claros y detallados y permitan una evaluación objetiva que no favorezca a participante alguno (Artículo 52 de la Ley de APP).

■ Los tres criterios principales que serán considerados en el proceso de evaluación son:

- puntos y porcentajes;
- criterios de costo-beneficio; o
- se puede utilizar cualquier otro criterio, siempre y cuando sea claro, cuantificable y permita una comparación objetiva e imparcial de las propuestas (Artículo 77 del Reglamento).

■ Las dependencias y entidades podrán adjudicar proyectos de APP a través de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa en algunos casos específicos, como proyectos militares, falta de competidores especializados en el mercado o circunstancias especiales que inevitablemente incrementarían los costos del proyecto (Artículo 64 de la Ley de APP).

■ Las dependencias o entidades federales tendrán derecho (pero no estarán obligadas) a solicitar una remuneración por:

- la propiedad inmueble pública provista para el proyecto;
- el reembolso de cualquier remanente; y
- servicios de supervisión (Artículo 100 de la Ley de APP).

6

Ingresos de APP

■ Cuando se requiera que el desarrollador otorgue garantías, su monto, en total, no deberá exceder el 15% del valor total de las obras durante la construcción de la infraestructura en cuestión; el 10% de la contraprestación anual por los servicios prestados (Artículo 99 de la Ley de APP).

■ El ingreso dependerá del tipo de APP seleccionada (Artículos 92-VII y 94-I de la Ley).

■ Las obras de infraestructura pueden incluir instalaciones para llevar a cabo actividades complementarias, comerciales o de otro tipo, que sean convenientes para los usuarios finales, y que sean compatibles y susceptibles de diferenciación del servicio principal (Artículo 109 de la Ley).

7

Resolución de conflictos

■ En caso de divergencias de naturaleza técnica o económica, las partes del contrato tratarán de resolverlas de mutuo acuerdo y con apego al principio de buena fe. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo en el plazo pactado, someterán la divergencia a un comité integrado por tres expertos en la materia que se trate, designados uno por cada parte y el tercero por estos últimos. El comité conocerá de aquellas divergencias de naturaleza técnica o económica, sin poder conocer de cuestiones jurídicas (Artículo 134 de la Ley de APP).

■ Las partes del contrato de asociación público-privada podrán pactar la posibilidad de acudir a la Secretaría de la Función Pública, a presentar una solicitud de conciliación, quien resolverá de conformidad con las leyes aplicables (Artículo 138 de la Ley de APP).

■ Las partes en un contrato de asociación público-privada podrán convenir un procedimiento arbitral, de estricto derecho, para resolver las controversias que deriven sobre el cumplimiento del contrato. El arbitraje deberá celebrarse en español bajo las leyes mexicanas y el laudo que se dicte será vinculatorio para todas las partes (Artículo 139 de la Ley de APP).

■ Las disputas derivadas de la interpretación o aplicación de las condiciones del contrato serán sometidas a los juzgados federales. Este será el caso cuando no se hubiera incluido una cláusula de arbitraje, método alternativo de resolución de conflictos o cuando éstos no fueran aplicables (Artículo 146 del Reglamento).

■ Las disputas relativas a la validez legal de cualquier autorización administrativa u otra acción similar serán resueltas por los juzgados federales.



8

Manejo de los cambios

■ Durante la vigencia original de un proyecto de asociación público-privada, sólo podrán realizarse modificaciones a éste cuando las mismas tengan por objeto:

- Mejorar las características de la infraestructura, que podrán incluir obras adicionales;
- Incrementar los servicios o su nivel de desempeño;
- Atender aspectos relacionados con la protección del medio ambiente, así como la preservación y conservación de los recursos naturales;
- Ajustar el alcance de los proyectos por causas supervenientes ni previsibles al realizarse la preparación y adjudicación del proyecto; o
- Restablecer el equilibrio económico del proyecto (Artículo 117 de la Ley de APP).

■ Ninguna modificación deberá implicar transferencia de riesgos, de una de las partes a la otra, en términos distintos a los pactados en el contrato original (Artículo 117 de la Ley de APP).

■ En caso de que los cambios requieran una compensación adicional o impliquen una disminución de las obligaciones asumidas por el desarrollador, se deberá cumplir, entre otras, con las siguientes condiciones:

- Durante los primeros dos años inmediatos siguientes a la adjudicación del proyecto, el importe de las modificaciones, en su conjunto, no podrá exceder el equivalente al veinte por ciento del costo pactado de la infraestructura, así como de la contraprestación por los servicios durante el primer año de su prestación; y
- Cuando, después de los dos primeros años de adjudicado el proyecto, las modificaciones, previamente autorizadas y por autorizar, excedan en su conjunto el equivalente al veinte por ciento del costo pactado de la infraestructura, así como de la contraprestación por los servicios durante el primer año de su prestación, deberán ser expresamente aprobados por escrito por el titular de la dependencia o entidad contratante (Artículo 118 de la Ley de APP).

■ Con el objeto de restablecer el equilibrio económico del proyecto, el desarrollador tendrá derecho a la revisión del contrato cuando, derivado de un acto administrativo, legislativo o jurisdiccional de autoridad competente, aumente sustancialmente el costo de ejecución del proyecto, o se reduzcan, también sustancialmente, los beneficios a su favor.

■ La revisión y los ajustes al contrato sólo procederán si el acto de autoridad:

- Tiene lugar con posterioridad a la fecha de presentación de las posturas económicas en el concurso;

8

Manejo de los cambios

- No haya sido posible preverlo al realizarse la preparación y adjudicación del proyecto; y
- Represente un cambio a las disposiciones aplicables al desarrollo del proyecto. (Artículo 119 de la Ley de APP).

9

Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías

■ El presupuesto asignado a los Proyectos de APP será publicado una vez al año y en ningún caso deberá exceder del 1% del Presupuesto Federal de Egresos (Artículo 24 de la Ley de APP y Artículo 32 del Reglamento).

■ La participación de las dependencias y entidades federales en proyectos de asociación público-privada podrá realizarse a través de:

- el presupuesto federal;
- recursos del Fondo Nacional de Infraestructura u otros recursos públicos federales de naturaleza no presupuestal;
- contribuciones distintas al dinero en efectivo, incluyendo el otorgamiento de las autorizaciones necesarias (Artículo 3 del Reglamento).

■ Los contratos de APP deberán incluir, entre otros, los siguientes términos y condiciones:

- Ajustes financieros en caso de que, durante la vigencia del contrato, el desarrollador recibiera mejores condiciones de financiamiento. Los beneficios que generen estos ajustes financieros deberán ser calculados y distribuidos de conformidad con lo previsto en el contrato, considerando las condiciones específicas del proyecto y del financiamiento. La participación de la dependencia o entidad federal en dichos beneficios no podrá ser menor al 50% de los mismos; y
- Cualquier otro ingreso neto adicional del proyecto, que deberá ser utilizado para pagar la contraprestación del desarrollador, con la consecuente reducción de los montos pagaderos por la dependencia o entidad federal en favor de dicho desarrollador o las tarifas pagadas por los usuarios (Artículo 107 del Reglamento).

■ Los derechos del desarrollador derivados del contrato de asociación público-privada y, en su caso, las respectivas autorizaciones para el desarrollo del proyecto únicamente podrán ser transferidos a terceros, otorgados en garantía o gravados de cualquier forma, con la previa autorización de la dependencia o entidad federal contratante (Artículo 112 del Reglamento).

<p><b>9</b></p> <p>Financiamiento y Fondo de contratos APP y Garantías</p>	<p>■ El desarrollador será responsable de proveer los recursos para la ejecución de las obras y la prestación de los servicios. La provisión de recursos por parte del Gobierno se podrá agregar en los términos y condiciones del Contrato de APP (Artículo 96 de la Ley de APP).</p>
<p><b>10</b></p> <p>Eventos extraordinarios</p>	<p>■ El contrato de asociación público-privada debe prever la distribución de los riesgos en caso fortuito o fuerza mayor y eventos de cualquier otra naturaleza. Las dependencias y entidades no pueden garantizar cualquier pago a los desarrolladores relacionado con riesgos distintos a los establecidos en el contrato o a los establecidos por mecanismos distintos de aquellos previstos por esta ley y su reglamento (Artículo 92 de la Ley de APP).</p>
<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ La dependencia o entidad contratante puede requerir la terminación anticipada del contrato para garantizar el interés público, o cuando los bienes o servicios originalmente contratados dejen de ser necesarios y en caso de que el Estado sería dañado o afectado de alguna forma por la conclusión del Proyecto. Las partes pueden convenir la inclusión de otras causas de terminación anticipada del contrato de APP (Artículo 123 del Reglamento). En caso de terminación anticipada, las compañías privadas tendrán derecho al reembolso de los gastos calculables y demostrables (Artículo 124 del Reglamento).</p>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<p>■ Las bases del concurso deben establecer la distribución del riesgo (Artículo 45 de la Ley de APP). Este análisis deberá ser incluido en el contrato de APP (Artículo 95 de la Ley de APP).</p> <p>.....</p> <p>■ Salvo que se convenga algo distinto en el contrato de APP, todos los riesgos de operación y de la prestación de los servicios del proyecto (con excepción de aquellos previstos en el Artículo 119 de la Ley de APP) serán asumidos por el desarrollador (Artículo 108 de la Ley de APP).</p> <p>.....</p> <p>■ La dependencia o entidad federal solicitarán que la compañía privada contrate pólizas de seguro, a su propia costa, para reducir los riesgos (Artículo 100 de la Ley de APP).</p> <p>.....</p> <p>■ El análisis de factibilidad del proyecto de APP determinará la distribución adecuada del riesgo entre el sector público y privado durante las fases de preparación, construcción y operación del proyecto (Artículo 28 del Reglamento).</p>

13

Terminación de APP

■ Por regla general, los contratos de APP no deberán tener una duración mayor a 40 años (Artículo 98 de la Ley de APP).

■ Sin perjuicio de las demás previstas en cada contrato, serán causas de rescisión de los contratos de asociación público-privada, las siguientes:

- Cancelación, abandono o retraso en la ejecución de la obra, en los supuestos previstos en el propio contrato;
- La no prestación de los servicios contratados, su prestación en términos distintos a los pactados o la suspensión de éstos por más de siete días naturales seguidos, sin causa justificada; y
- En caso de que el proyecto requiera autorizaciones para la prestación de los servicios, la revocación de éstas. (Artículo 122 de la Ley de APP).

■ A la terminación del contrato, los inmuebles, bienes y derechos de carácter público incorporados a la infraestructura o indispensables para la prestación del servicio, pasarán al control y administración de la dependencia o entidad contratante. (Artículo 123 de la Ley de APP).

14

Transparencia y rendición de cuentas

■ Toda la información provista en relación con proyectos de APP deberá ser publicada en línea en el Portal de Transparencia Presupuestaria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con excepción de la información que no se permite compartir con el público general por ministerio de ley (Artículo 14 de la Ley de APP).

■ La Secretaría de la Función Pública proveerá información gratuita sobre los proyectos federales de APP y propuestas no solicitadas en el sistema de información pública electrónica del gobierno, CompraNet (Artículo 11 de la Ley de APP).

■ Para analizar y, en su caso, autorizar los proyectos que requieran recursos presupuestales o cambios en el alcance de proyectos previamente autorizados que requieran dichos recursos, la Secretaría de Hacienda enviará la información a la comisión competente para su autorización (Artículo 36 del Reglamento).

■ En adición a los elementos previstos en el artículo 44 de la Ley, la convocatoria deberá incluir:

- La página web en la que se encontrará disponible la convocatoria y la demás información sobre la licitación; y
- El costo y forma de pago del proceso de licitación (Artículo 66 del Reglamento).

## ANEXO 12 NICARAGUA



### Legislación analizada:

Ley 935/2016 (*Ley de Asociación Público Privada*) y Decreto 05/2017 (*Reglamento de la Ley de Asociación Público Privada*).

### Fecha del análisis

16 de agosto de 2018

#### 1

Marco  
jurídico e  
institucional

■ La Ley 935/2016 es la Ley de APP de Nicaragua. .

■ Las APP implican la formulación, financiamiento, construcción, desarrollo, uso y goce, operación, mantenimiento, modernización, ampliación y mejoramiento de nuevas instalaciones de infraestructura pública y equipamiento asociado, así como la rehabilitación, modernización, explotación y el mantenimiento de instalaciones de infraestructura pública existentes y la prestación de servicios públicos, a través del Participante Privado que aportan recursos sobre bienes del Estado (Artículo 3 de la Ley).

■ La Dirección General de Inversiones Públicas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (DGIP) es la Unidad de APP (Artículos 6 y 7 de la Ley) y es responsable de elaborar y coordinar los planes, políticas y normas para el desarrollo y buen funcionamiento de la modalidad de contratación público-privada regida por esta Ley, velar por su cumplimiento y correcta utilización y asesorar a toda institución del Estado que así lo requiera en su implementación. La DGIP tendrá la facultad, en coordinación con las instituciones del Sector Público, de identificar y proponer posibles proyectos a ser desarrollados bajo la modalidad de contratación en Asociación Público-Privada, así como ejecutar las acciones encaminadas al desarrollo del Proyecto.

■ Las APP podrán ser contratadas por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, incluyendo fundaciones públicas, agencias, compañías propiedad del estado y otras entidades directa o indirectamente controladas por la Unión, los Estados, el Distrito Federal o las Municipalidades (Artículo 4 de la Ley).

#### 2

Sectores y  
actividades  
aplicables

■ No existe una disposición legal con respecto a los sectores aplicables, pero de la definición de la APP se infiere que son aplicables a cualquier infraestructura, sistema o equipo requerido para proveer adecuadamente los servicios públicos y para los servicios mismos (Artículo 3 de la Ley).

<p><b>3</b></p> <p>Supervisión y regulación de la APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Habrá un inspector para cada contrato seleccionado por licitación pública. El inspector podrá proponer multas y, previa autorización del Ministerio de Hacienda, la DGIP podrá aplicarlas (Artículo 58 y 64 del Reglamento). El inspector es el representante de la DGIP en la supervisión y monitoreo del contrato (Artículo 32 de la Ley y Artículo 61 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Ministerio de Hacienda y Crédito Público supervisa el cumplimiento de los términos y condiciones del contrato de APP durante las fases de las obras y la operación. (Artículo 32 de la Ley).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Artículo 3 del Reglamento prevé que la DGIP es responsable de supervisar y regular los proyectos.</li> </ul>
<p><b>4</b></p> <p>Modelación de los proyectos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La relación calidad-precio debe ser analizada (Artículo 4 de la Ley).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La DGIP es responsable de analizar la conveniencia del proyecto y su sustentabilidad, con base en los estudios llevados a cabo por la Institución Contratante (Artículos 5 y 6 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ En los proyectos iniciados por el sector privado, la DGIP y la Institución Contratante deberán verificar el interés nacional en el proyecto (Artículo 8 del Reglamento).</li> </ul>
<p><b>5</b></p> <p>Contratación de proyectos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El pliego de bases de la licitación es preparado por la Institución Contratante (Artículo 24 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El proceso de licitación es público e internacional y nacional, las personas físicas y morales extranjeras pueden participar (Artículo 17 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El administrador privado es seleccionado a través de una licitación pública, convocada por la entidad delegante después de que la DGIP emita la resolución aprobando el proyecto. Con este propósito, la entidad delegante prepara las bases de la licitación que deben ser consistentes con los estudios de factibilidad (Artículo 30 y 31 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las propuestas técnica y económica deben ser presentadas simultáneamente, en dos sobres separados, hasta la fecha y hora indicados en la convocatoria, no menos de 120 días después de la publicación de la misma (Artículos 30 y 31 del Reglamento).</li> </ul>

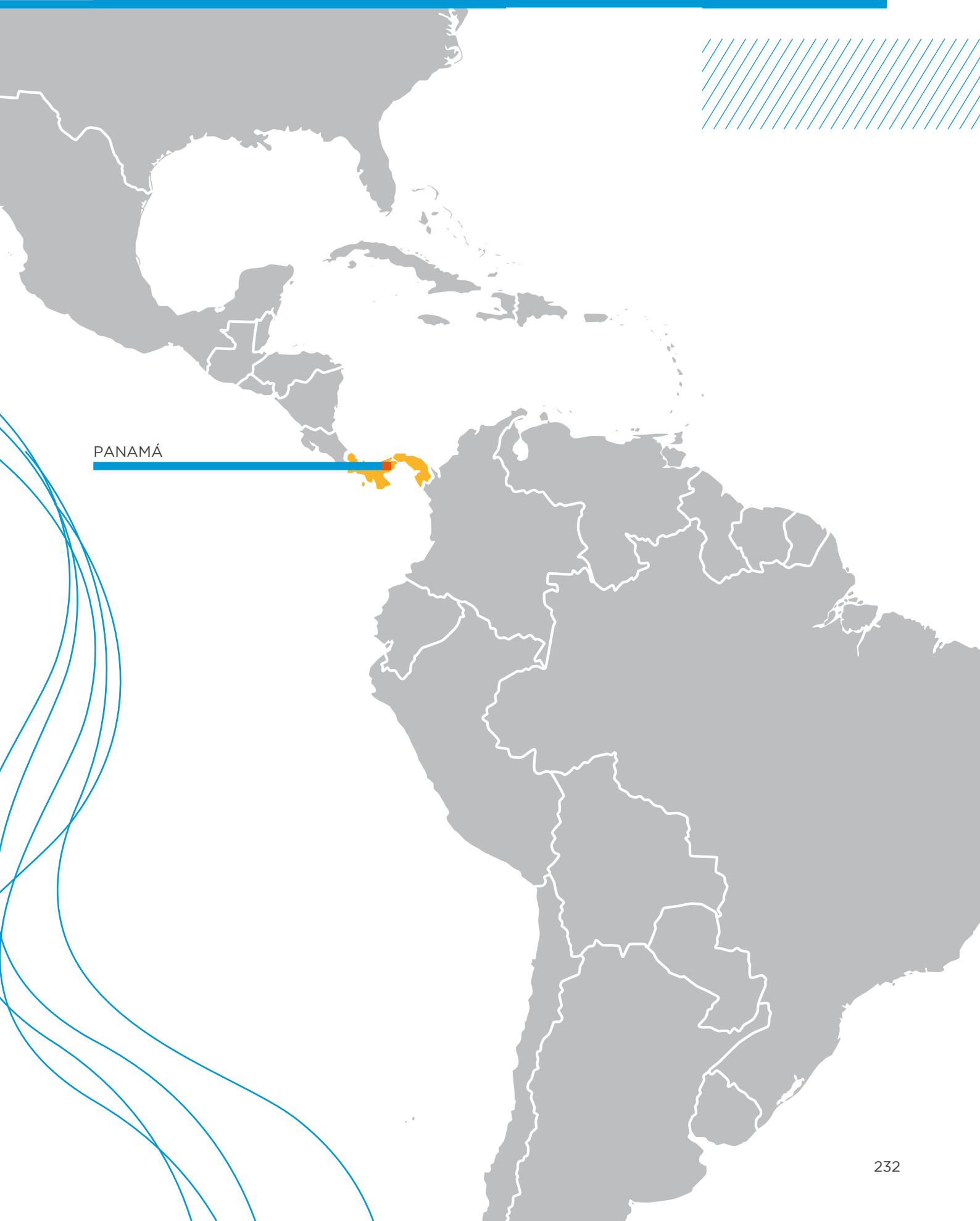


<p><b>5</b></p> <p>Contratación de proyectos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Comité Técnico evaluará las propuestas, de conformidad con los criterios previstos en el artículo 37 y aquellos definidos en el pliego de bases de la licitación y seleccionará al licitante ganador (Artículos 36 y 37 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La DGIP publicará una invitación para presentar estudios que será publicada en línea y en el Diario Oficial, con la información acerca de los proyectos que serán presentados por el sector privado, los criterios de evaluación y las condiciones de reembolso. En caso de que hubiera más de un proyecto con el mismo objeto, escogerán al que sea más conveniente para el Gobierno. Después de la presentación de los proyectos, la DGIP y la Institución Contratante evaluarán los proyectos y publicarán los resultados (Artículo 9 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Después de la publicación de los resultados, el participante privado deberá otorgar una garantía de que presentará una propuesta final, la cual será revisada por la DGIP y la Institución Contratante. Posteriormente, el proyecto será sometido a un proceso de licitación (Artículo 34 del Reglamento).</li> </ul>
<p><b>6</b></p> <p>Ingresos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El participante privado verá retribuida su inversión ya sea por el cobro de tarifas a los usuarios, mediante pagos periódicos realizados por el Estado expresamente estipulados en el Pliego de Bases y Condiciones, Oferta Técnica y el Contrato, o mediante una combinación de ambos, pudiéndosele imponer, en caso de así permitirlo la rentabilidad inherente al proyecto, una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios derivados de la operación del Contrato a favor del Estado. En el caso que la retribución incluya pagos del Estado, éstos podrán ser ciertos o contingentes (Artículo 11 de la Ley).</li> </ul>
<p><b>7</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Contrato de APP deberá establecer una cláusula de mecanismo alterno de resolución de conflictos para resolver toda controversia derivada del contrato APP y de cualquier otro documento que forme parte del mismo. El mecanismo alterno de resolución de conflictos comprende en primer lugar la mediación; si la mediación resultare infructuosa, la controversia será resuelta definitivamente mediante el arbitraje. (Artículo 31 de la Ley).</li> </ul>
<p><b>8</b></p> <p>Manejo de los cambios</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las partes pueden convenir en uno o más cambios a las características de las obras y/o servicios contratados para incrementar los niveles de servicio y/o estándares técnicos establecidos en el pliego de bases y condiciones, o por otras razones de interés público, debidamente justificadas. Dichos cambios no podrán exceder el veinticinco por ciento (25%) del presupuesto original del contrato para la obra o servicio. (Artículo 55 del Reglamento).</li> </ul>

<p><b>8</b></p> <p>Manejo de los cambios</p>	<p>■ Cualquier modificación por mutuo consentimiento que no sea considerada sustancial, deberá ser aprobada previamente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien evaluará la rentabilidad socioeconómica y la sustentabilidad fiscal del proyecto, con base en la modificación solicitada. La Institución Contratante del gobierno deberá compensar al participante privado por dichos cambios en el contrato (Artículo 55 del Reglamento).</p> <p>.....</p> <p>■ El participante privado podrá solicitar una compensación por eventos imprevistos de la autoridad pública que incrementen sustancialmente el costo de ejecutar el contrato o que reduzcan sustancialmente el monto previsto en el cálculo inicial de los beneficios de su ejecución. Sin embargo, dicho acto de autoridad deberá cumplir estrictamente con los siguientes requerimientos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Que el acto ocurra después de la celebración del contrato y no hubiera podido ser previsto en el Pliego de Bases y Condiciones.</li> <li>• Que se trate de una medida administrativa, un cambio legislativo o regulatorio, con efectos específicos en el sector del proyecto de APP, después de la celebración del contrato, y que significativamente altere el régimen económico del contrato.</li> </ul> <p>.....</p> <p>■ En caso de que el acto superveniente ocurra después de la adjudicación del proyecto, pero antes de la celebración del contrato, el participante privado tendrá derecho a retirar su oferta y no se ejecutará la garantía otorgada en relación con la misma (Artículo 27 de la Ley).</p>
<p><b>9</b></p> <p>Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías</p>	<p>■ El financiamiento es responsabilidad del participante privado (Artículo 52 del Reglamento). El participante privado podrá hacerlo de la manera que estime conveniente, incluyendo mediante una oferta pública de títulos o valores. Sujeto al consentimiento de la entidad contratante, también podrá emitir valores derivados de la titularización de los pagos, ingresos o derechos del participante privado relacionados con el contrato y dar en prenda dichos valores, ingresos o derechos.</p>
<p><b>10</b></p> <p>Eventos extraordinarios</p>	<p>■ El contrato podrá ser terminado por eventos de fuerza mayor (Artículo 21 de la Ley). El contrato establecerá el mecanismo de terminación.</p>
<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ El inspector podrá proponer multas y, previa autorización del Ministerio de Hacienda, la DGIP podrá aplicarlas (Artículo 32 de la Ley).</p>

<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ En caso de un incumplimiento grave del contrato o abandono del proyecto, declarado por la DGIP, a solicitud de la Institución Contratante y el Inspector del Proyecto, se deberá designar a un interventor, que tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato APP asegurando la prestación eficiente, eficaz e ininterrumpida del servicio correspondiente. (Artículo 29 de la Ley).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La Institución Contratante puede modificar unilateralmente el contrato, por un monto mínimo del 25% del valor del contrato, siempre y cuando el participante privado sea compensado de forma que se mantenga el equilibrio económico del contrato (Artículo 54 del Reglamento).</li> </ul>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos de APP deben describir la distribución del riesgo (Artículo 4 de la Ley).</li> </ul>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El pliego de bases y condiciones y el contrato establecerán las causas de terminación del contrato (Artículo 21 de la Ley y Artículo 24 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Artículo 26 de la Ley prevé que se deberá especificar en el contrato APP los bienes que permanecerán siendo propiedad del participante privado y aquellos que serán transferidos al gobierno.</li> </ul>
<p><b>14</b></p> <p>Transparencia y rendición de cuentas</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las convocatorias públicas de APP, la precalificación, los proyectos de contrato y cualquier modificación a los mismos deberán ser publicados en línea (Artículos 4 y 18 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Uno de los lineamientos de la contratación de APP es la transparencia en los procedimientos y decisiones (Artículo 4 de la Ley y Artículo 4 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Todos los proyectos deberán ser aprobados, así como cualquier modificación al contrato (Artículo 23 de la ley).</li> </ul>

## ANEXO 13 PANAMÁ



PANAMÁ

### Legislación analizada:

Ley No. 22/2006 y Ley No. 5/1988

### Fecha del análisis:

14 de agosto de 2018

1

Marco  
jurídico e  
institucional

■ Únicamente existe una regulación acerca de las APP, que prevé su uso en el sector carretero. Establece el sistema de concesión administrativa para la ejecución de obras públicas de interés público, aplicable a la construcción, mejoramiento, mantenimiento y exploración de carreteras u otras obras que el Consejo de Gabinete clasifique como obras de interés público (Ley No. 5/1988).

■ En el sistema de concesión administrativa, una persona moral se compromete, bajo su propio riesgo, a ejecutar obras públicas a cambio de tarifas o derechos (Artículo 2, Ley No. 5/1988).

■ Las entidades privadas pueden ser personas morales o compañías propiedad del estado (Artículo 4 de la Ley No. 5/1988).

■ La Ley No. 22/2006 establece los lineamientos para los contratos públicos y el proceso de licitación, y también aplica a “concesiones y otros contratos no regulados por una ley especial” (Artículo 1 de la Ley).

■ La Ley No. 22/2006 aplica al Gobierno Central, a entidades autónomas y semiautónomas y compañías propiedad del estado (Artículo 1 de la Ley).

■ La Ley No. 22/2006 es aplicable secundariamente a los Municipios, consejos comunitarios, consejos locales y a la caja de seguro social (Artículo 1 de la Ley).

■ Panamá no cuenta con un órgano especializado que sea responsable de los proyectos de APP.

2

Sectores y  
actividades  
aplicables

■ La legislación no establece restricciones sobre los sectores a los que se puede aplicar la APP.

<p><b>3</b></p> <p>Supervisión y regulación de la APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La Ley 22/2006 creó la Dirección General de Contrataciones Públicas, el órgano que regula, fiscaliza y asiste los procesos de licitación (Artículo 8 de la Ley).</li> <li>■ La Dirección General de Contrataciones Públicas es fiscalizada por la Contraloría General de la República y las políticas del Órgano Ejecutivo (Artículo 8 de la Ley No. 22/2006).</li> <li>■ Los contratos de APP surten efectos a partir de la autorización de la Contraloría General de la República, que también es responsable de fiscalizar los contratos públicos (Artículo 65 de la Ley No. 22/2006).</li> <li>■ La entidad pública podrá imponer multas a los contratistas por la demora en el cumplimiento del contrato (Artículo 96 de la Ley No. 22/2006).</li> <li>■ El Consejo Económico Nacional es responsable de supervisar todos los asuntos financieros que involucren al Gobierno, como lo establece el Artículo 131 de la Ley No. 22/2006.</li> </ul>
<p><b>4</b></p> <p>Modelación de los proyectos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La Dirección General de Contrataciones Públicas deberá determinar las condiciones generales que servirán como base para todos los procedimientos de selección (Artículo 25).</li> </ul>
<p><b>5</b></p> <p>Contratación de proyectos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La legislación prevé los puntos que deben ser incluidos en el aviso de convocatoria (Artículo 24).</li> <li>■ Dos compañías podrán, en un consorcio, presentar una propuesta en caso de que la autoridad pública lo considere beneficios para el proyecto (Artículo 5 de la Ley No. 5/1988).</li> <li>■ El aviso de convocatoria deberá ser publicado en el Sistema Electrónico de Compras Públicas (PanamaCompra).</li> <li>■ Cuando el objeto del proyecto sea complejo, la entidad pública deberá publicar un aviso de convocatoria con anticipación para dar oportunidad a que se preparen las propuestas.</li> </ul>

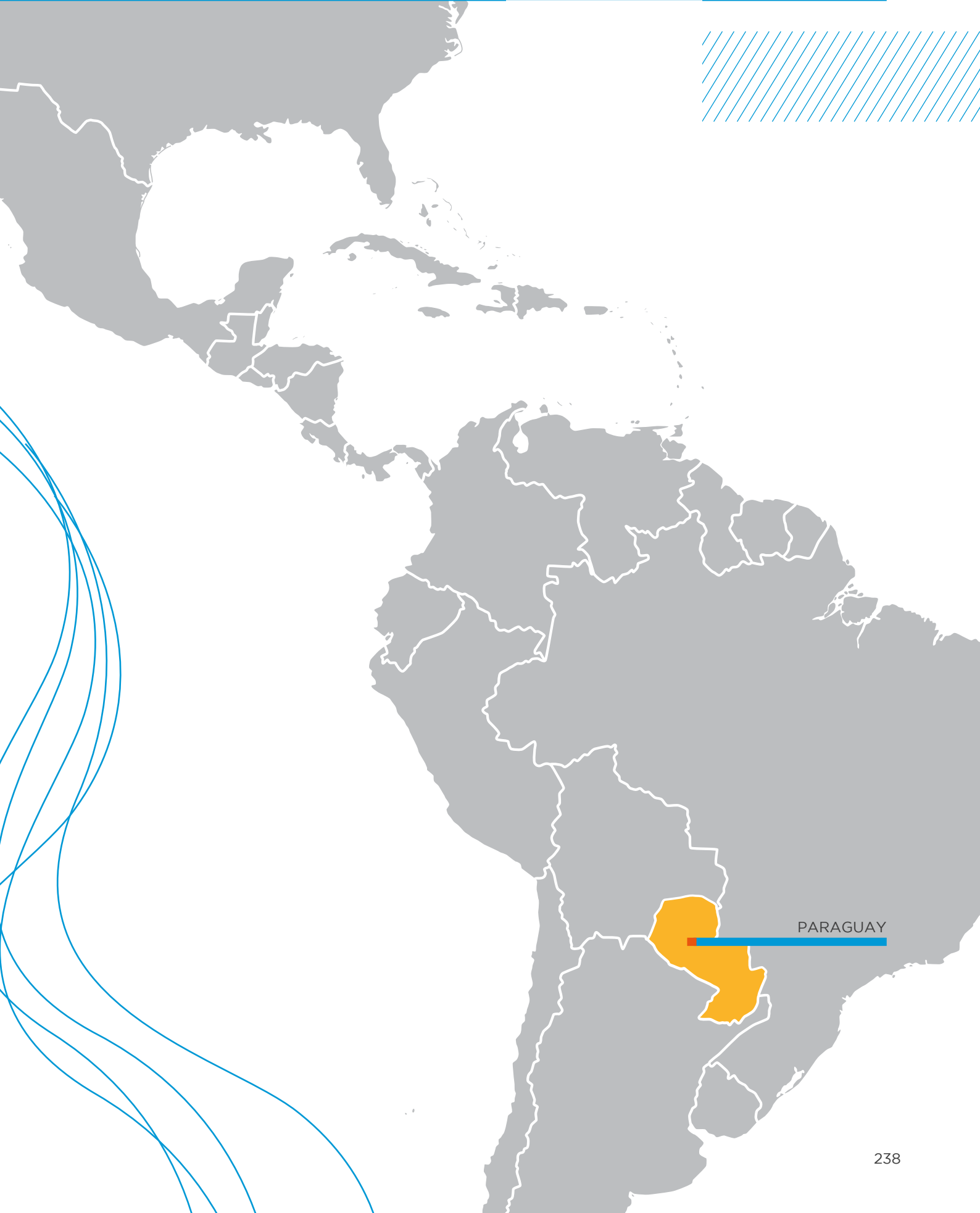
<p><b>5</b></p> <p>Contratación de proyectos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ En caso de que el valor del contrato exceda 175 mil balboas, la entidad pública y aquellos interesados en el proyecto se reunirán para presentar sus propuestas. Las partes interesadas firmarán un documento en el que manifiesten su acuerdo con todas las condiciones del proyecto y con los términos del aviso de la convocatoria (Artículo 33).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La propuesta deberá ser presentada en español a través del sistema de PanamaCompra (Artículo 37).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las propuestas serán evaluadas únicamente de conformidad con los criterios publicados, que pueden incluir muchas variables (Artículo 38).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Dependiendo del valor y la complejidad del proyecto, el Consejo de Gabinete podrá instalar un proceso de precalificación (Artículo 45).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El comité de evaluación analizará las propuestas de acuerdo con los criterios previstos en el aviso de la convocatoria. (Artículo 48).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El director de la entidad publica adjudicará el proyecto objeto del procedimiento de licitación (Artículo 49).</li> </ul>
<p><b>6</b></p> <p>Ingresos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Ministerio de Economía y Finanzas deberá autorizar la celebración de un contrato que implique el desembolso de recursos por más de un período fiscal (Artículo 23).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Cada tipo de contrato tiene una disposición diferente en materia de pago que será estipulada en el propio contrato (Artículo 70). El Artículo 73 prevé que la entidad pública podrá pagar un bono en caso de cumplimiento anticipado del contrato.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La Ley 5/1988 establece en su artículo 9 que el contrato puede establecer una metodología detallada para fiscalizar la recuperación de las inversiones del contratista. Para hacerlo, la metodología deberá establecer cálculos periódicos.</li> </ul>
<p><b>7</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Artículo 104 de la Ley 22/2006 prevé la creación de un Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas que estará ubicado en la Ciudad de Panamá para las discusiones relacionadas con los procedimientos de licitación.</li> </ul>



<p><b>7</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La legislación no prevé cualquier otro mecanismo de resolución de conflictos.</li> </ul>
<p><b>8</b></p> <p>Manejo de los cambios</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos de largo plazo pueden incluir cláusulas para mantener su equilibrio. En caso de que ocurra una situación extraordinaria o imprevista, el contrato podrá ser modificado para reestablecer su equilibrio (Artículo 20).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La entidad pública podrá cambiar los términos del contrato con miras al interés público. El valor total del contrato podrá ser revisado siempre y cuando no exceda el 25% del valor inicial (Artículo 68).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La entidad pública podrá establecer cláusulas de ajuste de previo en caso de variación de los costos (Artículo 71).</li> </ul>
<p><b>9</b></p> <p>Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Gobierno podrá realizar las siguientes contribuciones en favor del contratante: pagos por la disponibilidad de infraestructura, fletes que reduzcan el costo de los peajes, derechos sobre bienes inmuebles del Estado y cualquier otro mecanismo que haga a la concesión financieramente viable (Artículo 2 de la Ley 5/88).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Gobierno podrá convenir con el contratante la construcción y explotación de nuevas áreas comerciales o de vivienda para garantizar el financiamiento del proyecto (Artículo 2A de la Ley 5/88).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El contratante podrá hipotecar la concesión o los derechos y obligaciones derivados del contrato a las entidades financieras del proyecto como garantía, siempre y cuando obtenga autorización del Gobierno (Artículo 24A de la Ley 5/88).</li> </ul>
<p><b>10</b></p> <p>Eventos extraordinarios</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las demoras causadas por eventos de fuerza mayor podrán extender la vigencia del contrato (Artículo 72).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Artículo 16 de la Ley 5/88 establece que el contrato podrá ser terminado en caso de eventos extraordinarios.</li> </ul>

<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La entidad pública deberá establecer cláusulas de terminación y la posibilidad de modificar unilateralmente los términos del contrato (Artículo 63).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La entidad pública podrá terminar anticipadamente el contrato cuando existan circunstancias de interés público. En este caso, el contratista será compensado.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Consejo de Gabinete deberá convenir la terminación anticipada de contratos cuyo valor supere los 3 millones de balboas.</li> </ul>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ De conformidad con el Artículo 2 de la Ley 5/88, el contrato debe prever la distribución de los riesgos.</li> </ul>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ El contrato de APP puede ser terminado: <ul style="list-style-type: none"> <li>• en caso de que el contratista incumpla el contrato;</li> <li>• debido a la quiebra o la disolución del contratista;</li> <li>• en caso de transferencia del contrato o de los bienes involucrados en el proyecto sin la autorización correspondiente. Cuando el contrato sea terminado debido a un incumplimiento del contratista, éste deberá compensar al gobierno (Artículo 16 de la Ley 5/88).</li> </ul> </li> </ul>
<p><b>14</b></p> <p>Transparencia y rendición de cuentas</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Todos los contratos, independientemente de su valor, deberán ser publicados en el sistema de PanamaCompra (Artículo 65).</li> </ul>

## ANEXO 14 PARAGUAY



PARAGUAY

### Legislación analizada:

Ley 5102 (Ley de APP), Decreto 1350 (Reglamento), Ley 1618 (Reglas de Concesión) y Ley 2051/03 (Reglas Generales del Proceso de Licitación).

### Fecha del análisis:

14 de agosto de 2018.



Marco  
jurídico e  
institucional

■ Las APP están reguladas por la Ley 5102, que prevé los lineamientos para los contratos y su proceso de licitación.

■ Las APP se encuentran secundariamente reguladas por la Ley 2051 (Reglas Generales del Proceso de Licitación).

■ Los proyectos de APP son aquellos en los que la autoridad contratante junto con una compañía privada participa en una relación a largo plazo distribuyendo obligaciones, riesgos y beneficios entre ellos. El principal propósito de los proyectos de APP es hacer inversiones en infraestructura pública y la prestación de servicios de interés público, así como la producción de bienes y/o servicios prestados por organismos, entidades, empresas y sociedades en las que el Estado sea parte. (Artículo 3 de la Ley de APP).

■ El organismo especializado responsable de las APP es la Unidad de Proyectos de APP (Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada) que es una dependencia especializada de la Secretaría Técnica de Planificación – STP (Artículo 7 de la Ley de APP), como lo establece el Artículo 9 de la Ley de APP.

■ Son funciones de la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada:

- promover y coordinar con las autoridades y organismos públicos competentes, los planes, políticas y normas para el desarrollo y buen funcionamiento de las modalidades de APP;
- coordinar e impulsar los proyectos de APP con las Administraciones Contratantes, y asesorar a éstas en la estructuración, selección, adjudicación, celebración y ejecución de los contratos de APP;
- identificar oportunidades y promover mecanismos para prestar servicios públicos o actividades de interés general entre las Administraciones Contratantes;
- promover proyectos de APP entre los inversionistas y financistas potenciales y en la comunidad en general;
- elaborar pliegos generales de bases y condiciones y asesorar a las Administraciones Contratantes en la preparación de los pliegos particulares y en los procesos de selección de oferentes;

### 1

#### Marco jurídico e institucional

- llevar el Registro Público de Proyectos de APP;
- publicar toda la información relacionada con los proyectos, los contratos y su ejecución; y
- mantener una amplia política de información pública y rendición de cuentas.

### 2

#### Sectores y actividades aplicables

■ Los contratos de APP no podrán ser ejecutados si su monto total es menor a 12,500 salarios mínimos, equivalente aproximadamente a USD 4 millones (Artículo 2 de la Ley No. 11079/2004).

■ Los siguientes sectores podrán ser objeto de un proyecto de APP:

- Hidrovías, dragado, señalización y mantenimiento de la navegabilidad del Río Paraguay y otros ríos navegables;
- aeropuertos internacionales;
- construcción, rehabilitación y mantenimiento de rutas y autopistas nacionales;
- construcción, extensión y operación del servicio de líneas ferroviarias;
- construcción y mantenimiento de puentes nacionales e internacionales;
- provisión de agua potable y servicios de saneamiento y tratamiento de efluentes;
- generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica;
- la infraestructura vial de la capital de la República y su área metropolitana;
- infraestructura social, hospitales, centros de salud, centros educativos;
- penitenciarías;
- mejoramiento, equipamiento y desarrollo urbano en los cuales participen las Administraciones Contratantes;
- acueductos, poliductos, oleoductos, alcoductos, gasoductos;
- producción de bienes y prestación de servicios que sean propios del objeto de las empresas y sociedades en las que el Estado sea parte;
- producción y comercialización de cemento;
- producción, refinamiento y comercialización de hidrocarburos, combustibles y lubricantes; y
- servicios de telecomunicaciones (Artículo 52 de la Ley de APP).

### 3

#### Supervisión y regulación de la APP

■ La Unidad de APP y el Ministerio de Hacienda son responsables de supervisar el proyecto (Artículos 9 y 10 de la Ley de APP). La Unidad de APP y las Administraciones Contratantes supervisan las actividades de los Participantes Privados (Artículo 75 del Reglamento).

3

Supervisión  
y regulación  
de la APP

■ El Ministerio de Hacienda deberá contratar una auditoría externa cada 4 años para evaluar el proyecto (Artículo 10).

■ Las Administraciones Contratantes designarán a un supervisor del proyecto para las fases de construcción y operación (Artículos 81, 82 y 90 del Reglamento). Después de recibir la asesoría del supervisor, las Administraciones Contratantes podrán aplicar sanciones a los Participantes Privados en caso de incumplimiento o infracción del contrato (Artículo 93 del Reglamento).

■ La Contraloría General de la República y el Consejo de Compañías Públicas y otras autoridades también podrán supervisar el proyecto (Artículo 120 del Reglamento).

4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ Las Autoridades podrán modelar los proyectos de distintas maneras:

- de forma independiente, utilizando su propio organismo técnico; o
- recolectando contribuciones del sector privado (Artículo 16 de la Ley de APP).

■ El Participante Privado interesado en iniciar un proyecto de APP deberá presentar los estudios del proyecto (Artículo 49 de la Ley de APP y Artículos 39 y 135 del Reglamento). Después de que las Administraciones Contratantes hubieran aceptado la propuesta de la compañía, podrán optar por una precalificación (obligatoria en los casos previstos por el Artículo 39 del Reglamento). Se publicará una invitación para presentar estudios y cualquier parte interesada también podrá presentar sus estudios para modelar el proyecto con el propósito de mejorar el proyecto presentado. De cualquier forma, las compañías interesadas deben cumplir con los requerimientos de la invitación para presentar los estudios. Es común que las compañías interesadas sean requeridas a presentar una autorización en la que manifiesten sus cualidades y experiencia y demuestren su programa de trabajo para presentar sus estudios. Las compañías privadas recibirán el reembolso de los costos de los estudios en caso de que sus estudios fueran seleccionados por las autoridades, pero el proyecto no les hubiera sido adjudicado. En caso de un proceso de licitación exitoso, en el que el proponente sea adjudicado, dicho proponente será responsable de pagar el costo de los estudios.

■ Independientemente de la forma en que sea modelado el proyecto, la definición de los estudios técnicos tiene un ámbito común, esencial para estructurar un proyecto de concesión o una APP. Este ámbito cubre:

- estudios de ingeniería y técnicos operativos;
- estudios ambientales;
- estudios económicos y modelo de negocios;
- evaluación de riesgos y su definición.

4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ Para que un proyecto de APP sea publicado, deberá incluir, cuando menos, un análisis de la relación calidad – precio, el impacto fiscal estimado, el impacto social y los estudios ambientales del proyecto (Artículo 32 del Reglamento).

■ Las Administraciones Contratantes, la Unidad de APP y el Ministerio de Hacienda podrán trabajar conjuntamente en la modelación para acortar las fechas límite y hacer sus funciones más eficientes (Artículo 34 del Reglamento).

5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ Las compañías extranjeras podrán participar en procesos de licitación de APP (Artículo 45 del Reglamento).

■ Podrá haber una etapa de precalificación (Artículo 21 de la Ley).

■ El dictamen podrá ser precedido de una etapa de calificación de las propuestas técnicas. Los licitantes que no alcancen la calificación mínima serán descalificados y no participarán en las siguientes etapas (Artículo 51 del Reglamento).

■ Existen varios criterios de dictaminación que podrán ser utilizados para evaluar las propuestas, pero dichos criterios deben ser claros y ser establecidos antes de la presentación de las propuestas (en las bases de la licitación) (Artículos 23 y 24 de la Ley).

■ La examinación de las propuestas técnicas, para fines de calificación o dictaminación, se hará mediante un acto motivado, con base en los requerimientos, parámetros e indicadores de resultados pertinentes al objeto, definidos con claridad y objetividad en la convocatoria del procedimiento competitivo. (Artículo 55 del Reglamento).

■ Los participantes deberán presentar una fianza de licitación para participar en el procedimiento competitivo (Artículo 53 del Reglamento).

■ Antes de la ejecución de cualquier contrato de APP, se deberá constituir una sociedad de objeto específico para administrar el proyecto (Artículo 27 de la Ley).

6

Ingresos  
de APP

■ En los contratos de participación público-privada, el gobierno podrá realizar aportes con recursos obtenidos de ingresos públicos, garantías de financiación del proyecto, garantías de obtención de ingresos mínimos, exoneraciones fiscales previstas en las leyes, aportes para la capitalización de sociedades de propósito especial, créditos, entre otros (Artículo 28 de la Ley de APP).



<p><b>6</b></p> <p>Ingresos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ La contraprestación del participante privado será determinada en cada contrato acorde con el tipo y características del proyecto. Se pueden prever diferentes modalidades de retribución, tales como otorgamiento de derechos de cobro a usuarios, aportes públicos u otras fuentes de ingresos. Los mecanismos de remuneración podrán estar relacionados con la disponibilidad y los niveles de servicio (Artículo 28 de la Ley de APP).</li> </ul>
<p><b>7</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Existen “niveles” de resolución de conflictos. El primer nivel es la conciliación, el segundo es la mediación por parte de un panel técnico; y el tercero es el arbitraje (Artículo 103 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los procedimientos para todos los “niveles” se establecen en los artículos siguientes al artículo 103.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El arbitraje podrá ser institucional o “ad hoc” y debe celebrarse en la ciudad de Asunción, excepto en caso de factores relevantes (Artículo 110 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ En caso de que hubiera un participante extranjero, el arbitraje se considerará arbitraje internacional.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ En caso de que no se llegara a un acuerdo en el arbitraje o si éste fuera considerado inválido, la disputa será sometida al Poder Judicial (en la ciudad de Asunción) (Artículo 111 del Reglamento).</li> </ul>
<p><b>8</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos públicos pueden ser modificados unilateralmente por el Gobierno cuando el proyecto o sus especificaciones sean modificadas para una mejor adecuación técnica a sus objetivos, limitado al 15% del valor inicial del contrato y antes de que hubieran transcurrido 2/3 partes de la vigencia del contrato (Artículo 94 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos de APP podrán ser modificados de mutuo acuerdo, limitado al 30% del valor inicial del contrato (Artículo 95 del Reglamento).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Cualquier cambio hecho por el Gobierno deberá ser calculado y compensado, ya sea que se hubiera hecho unilateralmente o de mutuo acuerdo.</li> </ul>

9

Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías

■ El Participante Privado podrá financiar el desarrollo de los proyectos de APP, a través de las modalidades, instrumentos y operaciones financieras reconocidas y regularmente utilizadas en mercados financieros nacionales o internacionales. Podrá constituir, en beneficio de sus acreedores y para asegurar obligaciones que guarden relación directa con el desarrollo de su contrato, una garantía especial consistente en una prenda o constitución de fideicomiso de garantía respecto de los derechos emergentes del contrato, incluyendo el flujo futuro de fondos generados por el proyecto, y las acciones representativas del paquete accionario de la sociedad que actúe como participante privado. (Artículo 38 de la Ley de APP).

■ La Ley de APP creó un fondo fiduciario de garantía y liquidez para cumplir con las obligaciones derivadas de los compromisos firmes y contingentes cuantificables a que se podría obligar el Estado y de los costos que le corresponden por la solución de controversias por medio de la suscripción de los contratos de APP (Artículo 11 de la Ley de APP).

10

Eventos extraordinarios

■ Los riesgos en los eventos extraordinarios generalmente son compartidos. Los riesgos extraordinarios son manejados por el Gobierno al mantener el equilibrio económico-financiero de la contratación pública. Este mecanismo asegura que las condiciones económicas y financieras en las que se han basado las partes para celebrar el contrato serán mantenidas hasta su terminación (Artículo 6 del Reglamento).

■ Los contratos de APP podrán ser modificados para restablecer la relación inicialmente convenida por las partes con respecto a las obligaciones del contratista y adjudicadas por el gobierno. Esto podrá hacerse modificando la remuneración por las obras, servicios o suministros. El objetivo es mantener el equilibrio económico y financiero inicial del contrato:

- en caso de que ocurran eventos imprevistos o previsibles cuyas consecuencias no puedan ser estimadas;
- en caso de que las consecuencias causen una demora o eviten el cumplimiento total de los términos del contrato; o
- en caso de eventos de fuerza mayor o caso fortuito que pudieran resultar en pérdidas financieras o responsabilidad por daños económicos no establecidos en el contrato (Artículo 96 del Reglamento).

11

Prerrogativas de la autoridad pública

■ El Gobierno podrá modificar unilateralmente los contratos para adecuarlos mejor a los fines de interés público, respetando los derechos del contratista (Artículo 94 del Reglamento).

<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ El Gobierno podrá terminar unilateralmente los contratos en distintos casos. Por ejemplo, cuando el participante privado no cumpla con el contrato (Artículos 100 y 101 del Reglamento).</p>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<p>■ Los riesgos en las APP deberán ser objetivamente distribuidos en el contrato, incluyendo aquellos relacionados con caso fortuito, eventos de fuerza mayor, actos del gobierno que afecten el contrato y riesgos económicos extraordinarios (Artículos 5 y 6 de la Ley de APP).</p>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<p>■ Casos de terminación anticipada (Artículos 100 y 101 del Reglamento):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• incumplimiento grave atribuible al participante privado;</li> <li>• no satisfacción de las necesidades públicas que motivaron el proyecto;</li> <li>• la necesidad de invertir más del 30% del valor inicial del contrato, siempre y cuando este costo extra no cubra los beneficios económicos y sociales.</li> </ul> <p>.....</p> <p>■ A partir de la terminación del contrato, el participante privado deberá transferir todos los bienes reversibles (utilizados para llevar a cabo las actividades contratadas) al Gobierno y, dependiendo del caso, se podría pagar una compensación (Artículo 99 del Reglamento).</p>
<p><b>14</b></p> <p>Transparencia y rendición de cuentas</p>	<p>■ Las convocatorias de APP y pliegos de llamados a licitación, precalificación, los contratos y sus modificaciones deberán difundirse en línea (Artículo 15 de la Ley de APP). El Artículo 27 del Reglamento establece el plazo para la revelación de dicha información.</p> <p>.....</p> <p>■ El Registro Público de APP, todos los informes de gestión y reportes de auditoría deberán difundirse en línea (Artículo 119 del Reglamento).</p> <p>.....</p> <p>■ La Unidad de APP deberá preparar un informe anual sobre la gestión de los contratos de APP, incluyendo los objetivos alcanzados (Artículo 118 del Reglamento).</p> <p>.....</p> <p>■ Uno de los lineamientos de la contratación de APP es tener procedimientos y decisiones transparentes (Artículo 2 de la Ley de APP).</p>

## ANEXO 15 PERÚ



PERÚ

**Legislación analizada:**

Decreto Legislativo 1362 (Ley de APP) y Decreto Supremo 240-2018-EF (Reglamento de la Ley de APP).

**Fecha del análisis:**

15 de junio de 2018. Revisado el 19 de febrero de 2019.



Marco  
jurídico e  
institucional

■ El Decreto Legislativo 1362 se encuentra regulado por el Decreto Supremo 240-2018-EF. Ambos son la base del marco jurídico de la APP.

■ El Decreto Legislativo 1362 establece que la APP es un dispositivo de participación de la inversión privada y el Decreto Supremo 240-2018-EF prevé la regulación e información más detallada.

■ Las Asociaciones Público-Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados. Mediante las APP se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. En las APP se distribuyen riesgos y recursos, en este último caso, preferentemente privados. (Artículo 20 de la Ley de APP).

■ El Ministerio de Economía y Finanzas establece la política de promoción de la inversión privada (Artículo 5.3 de la Ley de APP).

■ La Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN es el órgano del gobierno nacional peruano que promueve la inversión privada (Artículo 12 del Decreto Legislativo 1362).

■ Es posible tener una APP para proyectos nacionales, regionales y locales.

■ El diseño, conducción y conclusión de los procesos se encuentra a cargo de los Organismos de Promoción de la Inversión Privada – OPIP (Artículo 8.1 del Decreto Legislativo 1362).

■ En el caso del Gobierno Nacional, PROINVERSIÓN y los Ministerios tienen el carácter de OPIP, a través de sus Comités para la Promoción de la Inversión Privada (Artículo 8.2 del Decreto Legislativo 1362).



Marco  
jurídico e  
institucional

■ En el caso de los Gobiernos Regionales y Locales, dichos gobiernos tienen el carácter de OPIP, también a través de sus Comités para la Promoción de la Inversión Privada. El órgano máximo de estos comités es el Consejo Regional y el Concejo Municipal, respectivamente. (Artículo 8.3 del Decreto Legislativo 1362).

■ PROINVERSIÓN es responsable de los proyectos de APP:

- de competencia nacional originados por iniciativa estatal que sean multisectoriales;
- de competencia nacional originados por iniciativa estatal que tengan un Costo Total de Inversión superior a cuarenta mil (40,000) UIT, y en el caso de proyectos de Asociación Público Privada que no contengan un componente de inversión que tenga un Costo Total de Inversión superior a cuarenta mil (40,000) UIT;
- de competencia nacional originados por la iniciativa privada autofinanciada;
- proyectos de competencia de las entidades públicas habilitadas mediante ley expresa, originados por la iniciativa privada autofinanciada;
- proyectos de todos los niveles de Gobierno y de las entidades públicas habilitadas mediante ley expresa originados por iniciativa privada cofinanciada;
- proyectos que se desarrollen mediante el mecanismo de Diálogo Competitivo;
- que sean asignados a PROINVERSIÓN por disposición legal expresa; y
- asignados a PROINVERSIÓN por la entidad pública que sea titular del proyecto (Artículos 13 y 15 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ Los proyectos de competencia de los Ministerios son aquellos de competencia nacional no mencionados anteriormente (Artículo 14 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ Es posible tener más de un Comité para la Promoción de la Inversión Privada en un Ministerio o Gobierno Regional o Gobierno Local. Tratándose de Ministerios, esto es posible si tienen a su cargo dos o más sectores. En el caso de los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, esto es posible considerando las materias, complejidad de los proyectos y las economías de escala dentro de su entidad (Artículo 17 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

## 2

## Sectores y actividades aplicables

■ Las APP pueden incluir infraestructura pública en general, incluyendo redes viales, redes multimodales, vías férreas, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura urbana de recreación y cultural, infraestructura penitenciaria, de riesgo, de salud y de educación. Servicios públicos incluyendo telecomunicaciones, energía y alumbrado, de agua y saneamiento y otros de interés social, relacionados a la educación, la salud y el ambiente, como el tratamiento y procesamiento de residuos. Servicios vinculados a la infraestructura pública y servicios públicos que requiere brindar el Estado, incluyendo los sistemas de recaudación de peajes y tarifas y Centros de Mejor Atención al Ciudadano – MAC; y el desarrollo de proyectos de investigación aplicada y de innovación tecnológica (Artículo 29.3 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ Excepciones: No serán de APP los proyectos cuyo único alcance sea:

- la provisión de mano de obra;
- oferta e instalación de equipos;
- construcción o ejecución de obras públicas;
- explotación y/o mantenimiento de activos de dominio privado del Estado (Artículo 29.8 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

## 3

## Supervisión y regulación de la APP

■ Todas las disposiciones para asegurar la supervisión oportuna y eficiente deberán estar previstas en el contrato de APP.

■ El contrato deberá establecer obligaciones para que el inversionista permita el ejercicio de las actividades de supervisión, y obligaciones para el supervisor privado primariamente relacionadas con la supervisión de los niveles de servicio (Artículo 118 del Reglamento de la Ley de APP).

■ Las entidades públicas titulares de proyectos serán responsables de administrar los contratos de APP. Adicionalmente, las entidades públicas que sean responsables de administrar proyectos de APP cuyo costo acumulado total de inversión exceda trescientos mil (300,000) UIT, podrán implementar uno o más órganos especializados para la implementación de los proyectos bajo su competencia (Artículo 18.1 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ La supervisión de proyectos en sectores regulados se encuentra sujeta a las disposiciones de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (Ley 27332).



## 4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ Las APP se clasifican como: cofinanciadas o autofinanciadas.

■ Una APP puede ser iniciada por el sector público o el sector privado.

■ Los proyectos autosostenidos o autofinanciados son aquellos financiados por las cuotas pagadas por los usuarios o por los precios, peajes u otros tipos similares de recuperación de la inversión. No requieren el uso de recursos públicos. Los proyectos cofinanciados requieren de un cofinanciamiento, garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos (Artículo 30 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ Los proyectos de APP, independientemente de su clasificación como cofinanciados o autofinanciados, son desarrollados en cinco fases:

- planeación y programación;
- formulación;
- estructuración;
- transacción; y
- ejecución contractual (Artículo 30 del Decreto Legislativo 1362).

■ En la fase de planeación y programación, se planean los proyectos y compromisos del proyecto. La fase de planeación se refleja en el Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público- Privadas. El Informe Multianual de Inversiones en SPP es la reserva del proyecto preparado por cada Ministerio, Gobierno Regional o Local que identifica los proyectos potenciales de APP. (Artículo 6.1. del Decreto Legislativo 1362). Este informe tiene una validez de tres años.

■ En la fase de formulación, el proyecto es diseñado y evaluado. En esta fase, se prepara el Informe de Evaluación, el cual contiene la información necesaria para definir si es conveniente desarrollar el proyecto, se estructura el proyecto y se detectan contingencias significativas y también se definen las competencias de gestión de la entidad pública.

■ El Ministerio de Economía y Finanzas emite una opinión sobre el informe de evaluación y, con su opinión favorable, el Organismo de Promoción de la Inversión Privada incorporará el proyecto al proceso de promoción.

■ Cuando la preparación del Informe de Evaluación es encargada a PROINVERSIÓN, el informe deberá ser enviado a la entidad pública titular del proyecto para su aprobación. Si después de 30 días hábiles la entidad no emite su opinión, se considerará otorgada la autorización correspondiente (Artículo 45 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

## 4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ En la fase de estructuración, el proyecto es diseñado como una APP, incluyendo su estructuración económica y financiera, los mecanismos de compensación, la distribución del riesgo y el diseño del contrato. Durante esta fase, el OPIP convoca a la entidad pública titular del proyecto, el órgano regulador y el Ministerio de Economía y Finanzas para que coordinen reuniones para recibir comentarios, sugerencias y evaluaciones generales sobre el diseño del contrato y su correcta ejecución. En esta fase se prepara la versión inicial del contrato. En el caso de Iniciativas Privadas, en esta fase se emite la declaratoria de interés, la cual contiene un resumen del proyecto, los requerimientos de precalificación del proceso de selección, el factor de competencia, la versión inicial del contrato y la información técnica del proyecto. Esta declaratoria de interés deberá ser publicada en el sitio web institucional del OPIP y en el Diario Oficial.

■ En la fase de transacción se abre el proyecto al mercado.

■ Procedimiento de contratación de APP para iniciativas privadas. En caso de que no hubiera otras partes interesadas transcurrido el plazo definido para dicho propósito, se podrá realizar la adjudicación directa (Artículo 47 del Decreto Legislativo 1362).

■ La autoridad contratante podrá contratar a un consultor privado para preparar los estudios de los que se generarán las bases del procedimiento (Artículo 33 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ Procedimiento de veto y/o análisis de prefactibilidad de propuestas de iniciativa privada.

■ La evaluación comparativa (análisis de relación calidad-precio) es obligatoria (Artículo 4.2 del Decreto Legislativo 1362).

■ Los proyectos de APP por iniciativa del Estado se refieren a la prestación de servicios relacionados con infraestructura pública y/o servicios públicos que requiere brindar el Estado, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, así como proyectos de APP que no tengan un componente de inversión, estarán sujetos a un procedimiento simplificado (Artículo 43 del Decreto Legislativo 1362).

■ La versión final del contrato de Asociación Público-Privada requiere la opinión favorable de la entidad pública titular del proyecto bajo el marco de su competencia, una opinión no vinculatoria del órgano regulador correspondiente, la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas y un informe no vinculatorio de la Contraloría General de la República antes de su adjudicación y firma. (Artículo 41 del Decreto Legislativo 1362 y Artículo 55 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ El proyecto del contrato podrá ser modificado como resultado de los comentarios y preguntas recibidas durante la fase de Transacción (Artículo 54 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ La convocatoria debe ser publicada en el portal institucional de la entidad titular del proyecto y en el Diario Oficial “El Peruano” por dos días consecutivos, indicando el enlace donde se pueden obtener las bases del procedimiento. La convocatoria debe incluir el monto y la forma de pago del derecho de participación y los criterios de selección aplicables al proceso de selección (Artículo 54 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ Las propuestas serán presentadas en sobres cerrados por una persona autorizada por el postor. La recepción de las propuestas técnica y/o económica, así como el otorgamiento de la Buena Pro son realizadas en acto público con la participación de un Notario Público que certifique la documentación presentada y que da fe de dicho acto (Artículo 56 del Decreto Supremo).

5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ La Buena Pro es otorgada a la mejor propuesta, de acuerdo con el sistema de evaluación preestablecido. El Comité Especial, por razones de interés público, podrá rechazar todas las propuestas presentadas. No existe obligación alguna de pagar una compensación a los postores (Artículo 58 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ Existe un proceso simplificado con reglas especiales que es aplicable a APP iniciadas por el gobierno. El costo total del proyecto debe ser menor a quince mil (15,000) UIT. Asimismo, dicho proceso simplificado aplica a proyectos que se refieran a la prestación de servicios relacionados con infraestructura pública y/o servicios públicos que requiera prestar el Gobierno, investigación aplicada y/o innovación tecnológica cuyo costo de inversión total no exceda de 50,000 UIT, así como a APP que no contengan un componente de inversión, cuando el costo total del proyecto no exceda de 50,000 UIT (Artículo 60 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ Las compañías extranjeras pueden participar en el proceso de promoción de APP.

6

Ingresos  
de APP

■ Los ingresos varían dependiendo de si la APP es cofinanciada o autofinanciada. Si es cofinanciada, el ingreso depende de los fondos públicos (Artículo 12 del Decreto Supremo).

## 6

Ingresos  
de APP

■ El contrato de APP puede establecer derechos en favor de los acreedores autorizados del inversionista, cuyos derechos y obligaciones se encuentran regidos por la ley privada (Artículo 113.1 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ El participante privado debe otorgar una garantía para asegurar la adecuada ejecución del proyecto y el cumplimiento de sus respectivas obligaciones (Artículo 117 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

## 7

Resolución  
de conflictos

■ Puede haber un mediador que deberá ser un tercero neutral llamado “Amigable Componedor” para resolver las controversias. Únicamente los conflictos que pueden ser sometidos a arbitraje se podrán resolver por el procedimiento del Amigable Componedor. Esto puede ocurrir en cualquier momento de la etapa de Trato Directo o en una etapa similar (Artículos 119 y 120 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ En caso de que las inversiones en el contrato excedan de 80,000 (ochenta mil) UIT, una Junta de Resolución de Disputas podrá resolver el conflicto. Más aún, esta junta podrá ser establecida al inicio del cumplimiento del contrato para resolver dudas y dar recomendaciones en caso de que las partes lo requieran (Artículo 130 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes. El contrato deberá prever expresamente que éste es un mecanismo de resolución de controversias (Artículo 132 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ El arbitraje no podrá ser utilizado como mecanismo de resolución de controversias si la reclamación se refiere a decisiones administrativas emitidas por órganos reguladores u otras entidades (Artículo 133.1 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ Las controversias de naturaleza técnica podrán someterse a arbitraje de conciencia (los árbitros no son abogados). Las controversias de naturaleza no técnica deberán ser sometidas a arbitraje de derecho o de conciencia cuando resulte conveniente (Artículo 132.1 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

## 8

## Manejo de los cambios

■ Las partes podrán convenir la modificación del contrato de APP manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. Se deberá sustentar el valor por dinero a favor del Estado (Artículo 134 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ **Modificaciones y renegociación del contrato.** El gobierno, en acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de APP manteniendo su equilibrio económico y financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, de conformidad con las condiciones y requerimientos establecidos en el Reglamento. Dentro de los 10 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de modificación, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local convocarán a las entidades públicas a emitir una opinión sobre la modificación propuesta. Ellos revisarán el caso y también podrán convocar al inversionista. El órgano responsable de la regulación del sector deberá emitir una opinión no vinculatoria y el Ministerio de Economía y Finanzas deberá emitir una opinión favorable en caso de que se involucren materias de la competencia de este último (Artículo 55 de la Ley).

■ La participación de la Contraloría General de la República también es obligatoria, en caso de que las modificaciones alteren el estatus de cofinanciamiento o las garantías del contrato (Artículo 55 del Decreto Legislativo 1362 y Artículo 138 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ No podrán suscribirse modificaciones contractuales dentro de los tres primeros años desde la firma del contrato, salvo que se trate de corrección de errores materiales, hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro que generen modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto, precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato y el restablecimiento del equilibrio económico y financiero (Artículo 135 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ En caso de que la modificación al contrato de APP involucre inversiones superiores al 15% del valor total del contrato, la entidad pública titular del proyecto evaluará la posibilidad y conveniencia de realizar un nuevo proceso de promoción como una alternativa para negociar las modificaciones al contrato (Artículo 137.2 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

## 9

## Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías

■ En caso de que el proyecto sea cofinanciado, el gobierno y el promotor fondearán el proyecto (Artículo 30 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ El contrato de APP podrá establecer derechos en favor de los acreedores del inversionista; estos derechos y obligaciones serán regidos por el derecho privado (Artículo 113.1 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

<p><b>9</b></p> <p>Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías</p>	<p>■ Los derechos de cobro del inversionista derivados de los contratos de APP podrán ser transferidos sin previa autorización del Gobierno, salvo que el contrato establezca algo distinto (Artículo 113.2 del Decreto Supremo 240-2018-EF).</p>
<p><b>10</b></p> <p>Eventos extraordinarios</p>	<p>■ Cuando el incumplimiento de los plazos obedeciera a una acción u omisión del Gobierno o a eventos de fuerza mayor, el término del contrato de APP será extendido de conformidad con las disposiciones del contrato (Artículo 38.3 del decreto Supremo 240-2018-EF).</p>
<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ El contrato de APP podrá ser suspendido por:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• En caso de guerra, guerra civil o eventos de fuerza mayor que impidan la ejecución del contrato o la prestación de los servicios.</li> <li>• Cuando la infraestructura pública o sus elementos sean parcialmente destruidos, de modo que resulte imposible su utilización por un determinado período, en los términos señalados en el contrato correspondiente. Durante el período de suspensión se interrumpirá el término del contrato (Artículo 111 del Decreto Supremo 240-2018-EF).</li> </ul>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<p>■ Asignación adecuada del riesgo: los riesgos son asignados a la parte que tiene una mayor capacidad de administrarlos a un menor costo, considerando el interés público y el perfil del proyecto (Artículo 4.2 del Decreto Supremo 1362).</p>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<p>■ El fundamento para terminar los contratos de APP y sus consecuencias se encuentran consignadas en el Artículo 63 del Decreto Supremo 240-2018-EF:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• expiración del contrato;</li> <li>• incumplimiento grave del inversionista o del gobierno, de acuerdo a lo previsto en el contrato;</li> <li>• acuerdo de las partes;</li> <li>• resolución del Estado por motivos de interés público como la destrucción total de la infraestructura pública; y</li> <li>• otras razones previstas en el contrato.</li> </ul>

13

Terminación  
de APP

■ Article 53 of Legislative Decree 1362 provides the assets regulation.

14

Transpa-  
rencia  
y rendición  
de cuentas

■ Toda la información que se utilice para la toma de decisiones durante la evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas de un proyecto, es de conocimiento público, bajo el principio de publicidad establecido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Artículo 4.1 del Decreto Legislativo 1362).

■ El Consejo Directivo de PROINVERSIÓN, a través de un acuerdo publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, deberá aprobar todos los actos relativos a la modalidad de promoción de inversión privada y sus modificaciones y el Plan de Promoción de Inversión Privada y sus modificaciones, en caso de proyectos que se encuentren bajo la competencia de PROINVERSIÓN (Artículo 18 del Decreto Legislativo 1362).

■ Los terceros interesados podrán acceder a las bases y condiciones del procedimiento y podrán hacer comentarios y sugerencias a la versión inicial del contrato. Dichos terceros podrán solicitar reuniones y acceso a la documentación pública del proyecto que se encuentra disponible, relacionada con el proyecto, la propuesta de iniciativa privada y sus modificaciones. El Organismo de Promoción de la Inversión Privada deberá evaluar cada consulta y responderla a través de una comunicación escrita (Artículo 91 del Decreto Supremo 240-2018-EF).

■ Se podrá mantener confidencial cierta información específica (Artículos 70.2 y 139 del Decreto Supremo 240-2018-EF y Primera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1362).

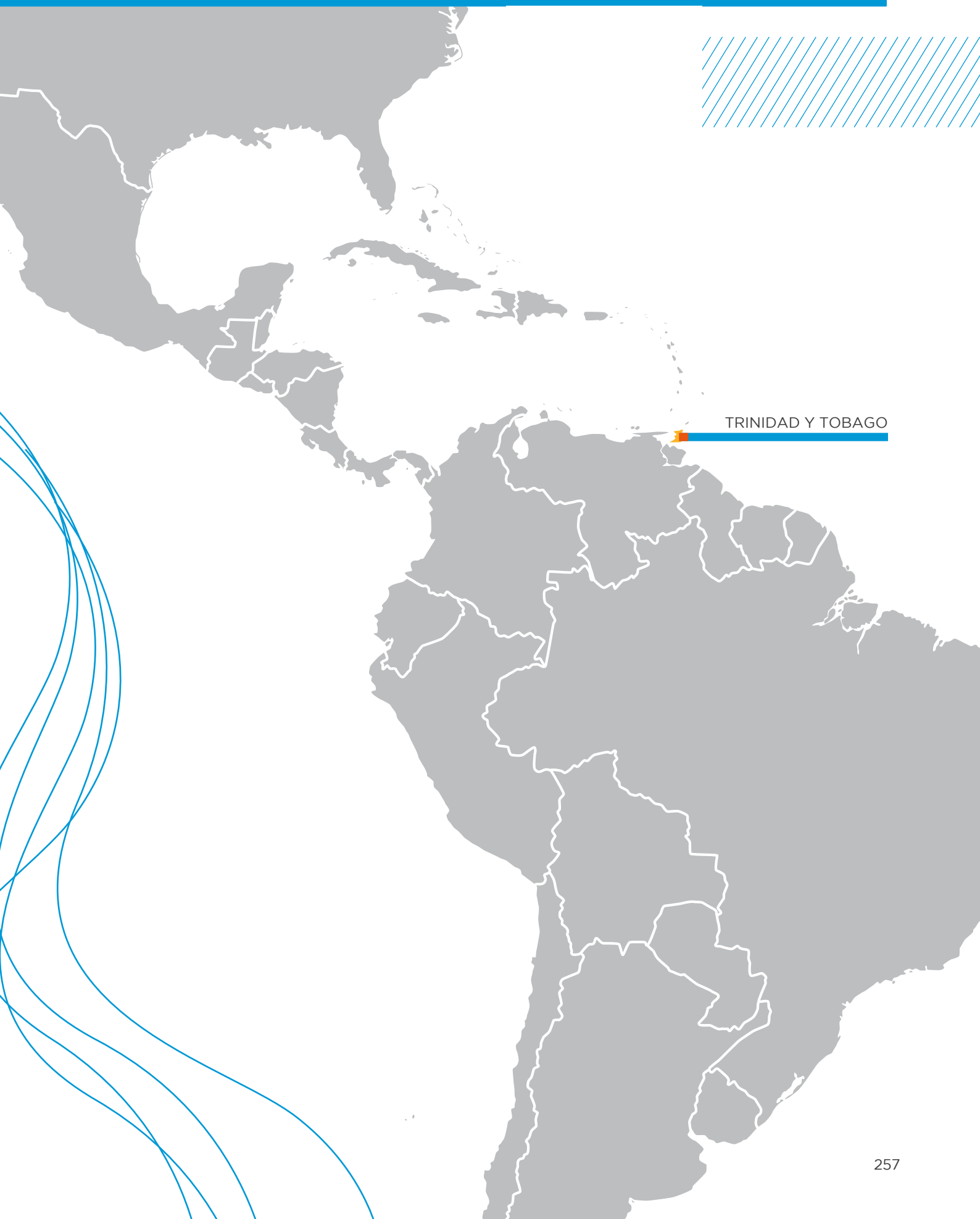
15

Otros  
comentarios

■ El Artículo 39 del Decreto Supremo 240-2018-EF establece la obligación de incluir una cláusula anticorrupción en todos los contratos.



## ANEXO 16 TRINIDAD Y TOBAGO



### Legislación analizada:

Ley No. 1/2015 (Ley de Contratación Pública y Disposición de Propiedad Pública de 2015) y el Proyecto de Política de APP del Gobierno de la República de Trinidad y Tobago, de mayo de 2012 (Política de APP de GORTT).

### Fecha del análisis:

20 de agosto de 2018.



#### Marco jurídico e institucional

■ No existe una ley específica de APP, pero existe una ley general (Ley de Contratación Pública y Disposición de Propiedad Pública) y un proyecto de política de APP.

■ Las APP son acuerdos entre un organismo público y una parte del sector privado bajo los cuales:

- la parte del sector privado se compromete a realizar una actividad pública o prestar un servicio en nombre del organismo público;
- la parte del sector privado recibe un beneficio por realizar la actividad o prestar el servicio; y
- la parte del sector privado generalmente es responsable de los riesgos derivados de la realización de la actividad o de la prestación de los servicios dependiendo de los términos del acuerdo. Esto puede implicar el financiamiento, diseño, construcción, operación y mantenimiento de infraestructura y servicios asociados, o algunas de estas funciones.

■ La entidad gubernamental puede ser un Ministerio, una Empresa del Estado, un Consejo o cualquier otra autoridad contratante del gobierno (Política).

■ La Oficina de Regulación de las Contrataciones (“la Oficina”) es el organismo responsable de las APP y depende del Ministerio de Finanzas, División de Inversiones (Parte II – 9 de la Ley).



#### Sectores y actividades aplicables

■ Los bienes y servicios públicos pueden ser parte de un proyecto de infraestructura nueva o pueden involucrar bienes y servicios de infraestructura existente. Las APP se pueden utilizar en varios sectores y para distintos servicios, siempre que el sector público tenga interés en la prestación de dichos servicios.

3

Supervisión  
y regulación  
de la APP

■ La Oficina audita y revisa el sistema de contratación y disposición de bienes públicos para asegurar el cumplimiento. El Consejo de Revisión de las Contrataciones podrá revisar las decisiones tomadas por la Oficina (Ley No. 5 de 2016).

■ El Regulador de Contratos presenta cada año informes al Presidente de la Cámara de Representantes, el Presidente del Senado y el Ministerio. Este informe incluye:

- el valor total de los contratos adjudicados por los organismos públicos;
- el número de contratos adjudicados y no ejecutados;
- un resumen de las transacciones, por cada organismo público, especificando la contratación pública;
- un resumen de las transacciones con respecto a cada organismo público con relación a la disposición de bienes públicos.

■ La entidad contratante deberá presentar un informe acerca de todos los contratos adjudicados durante el trimestre a la Oficina, a más tardar 3 semanas después del cierre de cada trimestre.

■ Se podrán imponer sanciones por el incumplimiento de los estándares especificados en el contrato.

■ En caso de que no se cumpla con los requerimientos de desempeño, se podrán reducir los pagos en favor de la parte del sector privado o se podrán aplicar sanciones financieras.

■ La agencia del gobierno es responsable de asegurar la calidad de los servicios prestados, mediante la administración cuidadosa del contrato de APP.

■ La administración en las APP se enfoca en la prestación del servicio, libre de objetivos de competitividad o restricciones típicas en el sector público.

■ Cuando la transacción de APP sea objeto de cierre financiero, se designará un Equipo de Administración del Contrato por parte del Ministerio o Agencia Gubernamental responsable, para que administre el contrato de APP durante su vigencia. El Equipo de Administración del Contrato podrá acudir al Comité Ministerial de APP para proveer la guía necesaria para administrar los cambios que tomen lugar durante la vida del contrato.

### 4

#### Modelación de los proyectos de APP

■ La Oficina prepara, actualiza y emite manuales de modelación, incorporando bases estandarizadas de licitación, formatos procedimentales y documentos relevantes a ser utilizados en la contratación pública y el uso de la propiedad pública.

■ La entidad contratante deberá publicar en su página web o en cualquier formato electrónico, a más tardar 6 semanas después de la aprobación del Presupuesto Nacional, información relativa a todas las actividades de contratación planeadas para los siguientes 12 meses.

■ Los proyectos de APP deben ser implementados de tal forma que logren una correcta relación calidad-precio, mediante la capitalización del valor. El impacto fiscal de los proyectos de APP deberá ser bien comprendido, asequible y el nivel del riesgo fiscal deberá ser aceptable. Las APP deberán ser transparentemente identificadas, desarrolladas, contratadas y administradas. El impacto ambiental y social de los proyectos de APP debe ser cuidadosamente evaluado y adecuadamente manejado.

■ Para asegurar que se logren los objetivos del programa de APP y los potenciales beneficios de usar una APP, el gobierno asegurará que todos los proyectos de APP cumplirán con los siguientes cuatro criterios:

- factibilidad y viabilidad económica del proyecto;
- viabilidad comercial;
- relación calidad-precio;
- responsabilidad fiscal.

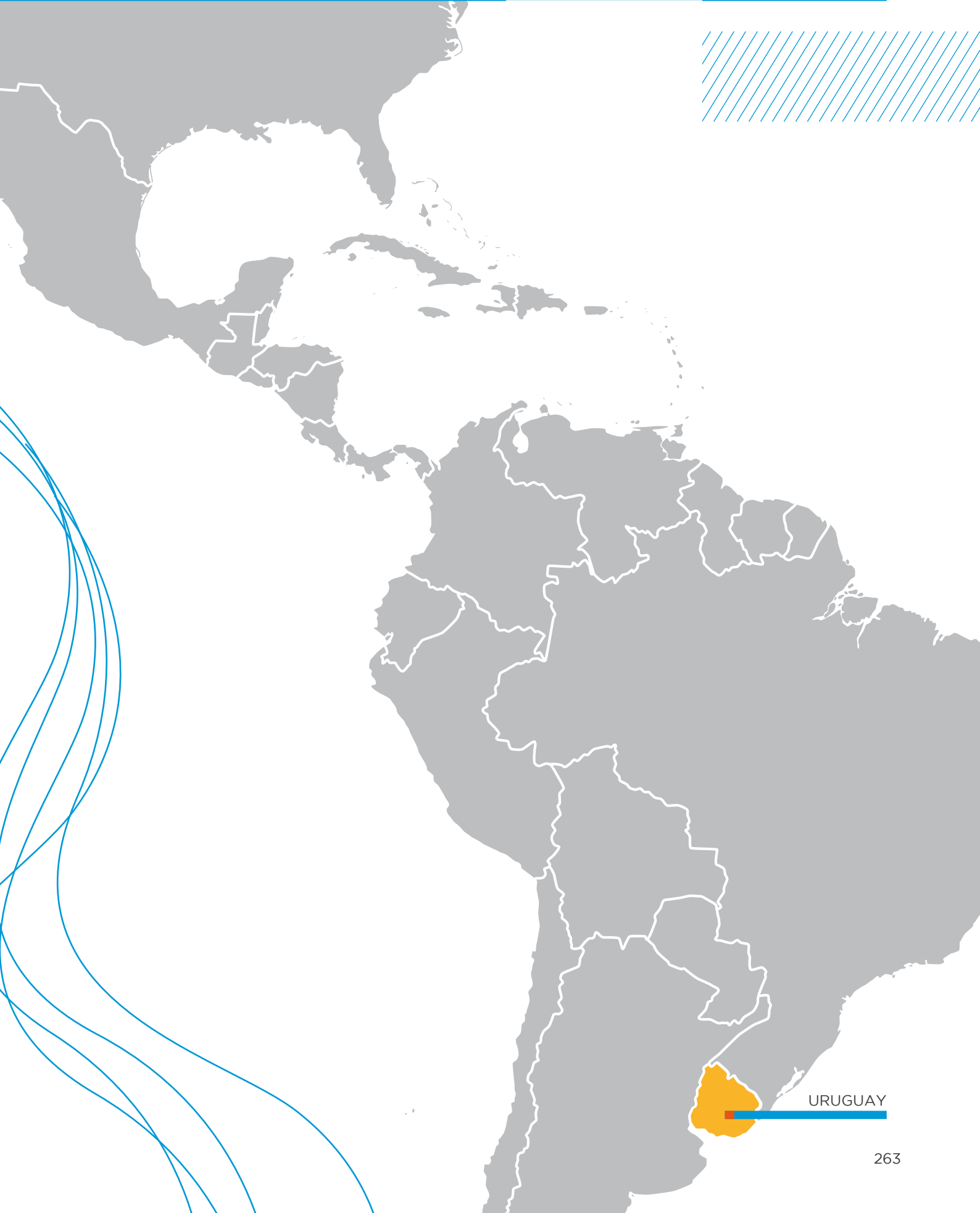
■ Se establecerá un Equipo de Ejecución de APP para cada proyecto seleccionado para ser desarrollado como proyecto APP, el cual reportará al Comité Ministerial de APP. El Equipo de Ejecución de APP será responsable de desarrollar un Modelo de Negocio para el proyecto, y para implementar la Transacción de APP, con apoyo de asesores experimentados. Cada Equipo de Ejecución de APP será guiado por el Ministerio o agencia gubernamental responsable, e incluirá a representantes del Ministerio de Finanzas, la Unidad de APP y otras entidades gubernamentales relevantes.

■ El Modelo de Negocios contiene una valoración detallada que informa la decisión del Gabinete de implementar una APP. Antes de ser presentado al Gabinete, el Modelo de Negocios de cada APP propuesta deberá ser revisada detalladamente por el Ministerio de Finanzas y otras entidades gubernamentales relevantes, según sea el caso. Los resultados de estas revisiones estarán incluidos en la presentación que se haga al Gabinete. La Unidad de APP será responsable de coordinar el proceso de revisión.

<p><b>5</b></p> <p>Contratación de proyectos de APP</p>	<p>■ La entidad contratante evaluará las cualidades de los proveedores o contratistas de conformidad con los criterios de calificación especificados y los procedimientos previstos en los documentos de precalificación o preselección, en su caso, y los documentos de solicitud de propuestas.</p> <p>.....</p> <p>■ Después de un cierto período de espera o, si no lo hubiere, sin demora después de la presentación exitosa de la propuesta, la entidad contratante enviará la notificación de aceptación al proveedor o contratista, salvo que la Oficina ordene algo distinto.</p> <p>.....</p> <p>■ Un proveedor o contratista podrá solicitar a la Oficina la revisión de una decisión o acción llevada a cabo por una entidad contratante en los procedimientos de contratación.</p>
<p><b>6</b></p> <p>Ingresos de APP</p>	<p>■ La parte del sector privado podrá ser remunerada de cualquiera de las siguientes formas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• recibiendo una contraprestación de un fondo público;</li> <li>• los montos cobrados por concepto de cargos o cuotas a los usuarios de los servicios; o</li> <li>• una combinación de ambos.</li> </ul> <p>.....</p> <p>■ La remuneración de la parte del sector privado depende de los resultados obtenidos, tales como la disponibilidad de los bienes y la prestación de los servicios determinados con base en estándares de desempeño claramente definidos. El pago a la parte del sector privado por los bienes y servicios prestados podrá ser hecho por los usuarios, el gobierno o una combinación de ambos.</p>
<p><b>7</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<p>■ No informado.</p>
<p><b>8</b></p> <p>Manejo de los cambios</p>	<p>■ No informado.</p>

<p><b>9</b></p> <p>Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías</p>	<p>■ Las APP pueden movilizar financiamiento adicional y fuentes de financiamiento para la infraestructura. Las APP proveen fuentes alternativas de financiamiento para inversiones en infraestructura. Cobrar a los usuarios por los servicios también puede aportar mayores ingresos para fondear la infraestructura, y en ocasiones podrá ser hecho de una mejor manera y más fácilmente con la operación privada que si se hiciera por el sector público. Las APP pueden mejorar la previsibilidad y transparencia de los costos y el financiamiento de la infraestructura. El costo de una APP incluye el costo de proveer bienes y servicios de infraestructura por un período de tiempo significativo, incluyendo cualquier requerimiento de modernización. Esto provee previsibilidad al presupuesto durante la vida de los bienes y reduce el riesgo de un financiamiento de mantenimiento inadecuado con el paso del tiempo.</p>
<p><b>11</b></p> <p>Eventos extraordinarios</p>	<p>■ No informado.</p>
<p><b>10</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ No informado.</p>
<p><b>12</b></p> <p>Distribución del Riesgo</p>	<p>■ Los riesgos son claramente distribuidos entre las partes pública y privada y de forma tal que se logre obtener una buena relación calidad -precio, asegurando que cada parte corra con los riesgos para cuyo manejo se encuentran mejor preparados.</p>
<p><b>13</b></p> <p>Terminación de APP</p>	<p>■ No informado.</p>
<p><b>14</b></p> <p>Transparencia y rendición de cuentas</p>	<p>■ Rendición de cuentas, integridad, transparencia y una adecuada relación calidad-precio son los principios que guían las APP.</p> <p>.....</p> <p>■ Los nombres de todos los miembros del Consejo, desde su primera conformación, han sido publicados en el Diario Oficial y en, al menos, un periódico de circulación diaria en Trinidad y Tobago.</p> <p>.....</p> <p>■ Una APP debe ser aprobada por el Gabinete en dos etapas clave: el Modelo de Negocios (aprobación para implementar la transacción de APP) y Transacción (aprobación para ejecutar el contrato de APP).</p>

# ANEXO 17 URUGUAY



URUGUAY



**Legislación analizada:**

Ley 18786 y Decretos 17/2012, 280/2012 y 251/2015\*

**Fecha del análisis:**

6 de junio de 2018



Marco  
jurídico e  
institucional

■ La Ley 18786 es la Ley uruguaya en materia de APP.

■ Los contratos de participación público-privada son aquellos en los que una Administración Pública encarga a una persona de derecho privado, por un período de hasta 35 años, el diseño, la construcción y la operación (DBO) de infraestructura o sus servicios, y también el financiamiento del proyecto (Artículo 2 de la Ley 18786).

■ Todas las autoridades públicas podrán celebrar contratos de APP, incluyendo a los gobiernos locales, el parlamento, las cortes judiciales y administrativas, compañías propiedad del estado y otras entidades gubernamentales que presten servicios públicos (Artículo 3 de la Ley 18786).

■ La Unidad de APP de Uruguay le reporta directamente al Ministerio de Economía y Finanzas. La Unidad de APP se encarga del tratamiento fiscal y presupuestario de los proyectos de APP y analiza y autoriza los proyectos de APP y los lineamientos preparados por la Corporación Nacional para el Desarrollo – CND. También supervisa los aspectos fiscales y presupuestarios de la ejecución de los contratos de APP (Artículo 13 de la Ley 18786).

■ Es responsabilidad de la Unidad de APP, de conformidad con el artículo 9 de la Ley:

- Desarrollar y fomentar la ejecución de proyectos de Participación Público-Privada mediante la aplicación de los mejores criterios técnicos y el apego a los principios y orientaciones contenidos en la presente ley.

\* Este análisis también se basa en la información prevista en la Norma sobre Adquisiciones Públicas del Banco Mundial de 2018.

## 1

Marco  
jurídico e  
institucional

- Elaborar los lineamientos técnicos aplicables a proyectos de Participación Público-Privada a través de la confección de guías de mejores prácticas recomendadas, uniformización de procedimientos y preparación de manuales, modelos e instrumentos que contribuyan al diseño y ejecución de los referidos proyectos en forma más eficaz y eficiente. La difusión de los mismos requerirá la aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas, previo informe de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.
- Asesorar en la identificación, concepción, diseño, estudio, estructuración, promoción, selección y contratación de los proyectos de Participación Público-Privada, en los términos y condiciones que se acuerden mediante convenio con las Administraciones Públicas contratantes.
- Contribuir al fortalecimiento de capacidades de las Administraciones Públicas contratantes en el diseño e implementación de proyectos de Participación Público-Privada.
- Asesorar al poder ejecutivo a identificar y priorizar proyectos susceptibles de ser ejecutados mediante el sistema de Participación Público-Privada.
- Facilitar a las Administraciones Públicas contratantes la coordinación interinstitucional de sus actividades relacionadas con proyectos de Participación Público-Privada.
- Crear o adquirir sociedades comerciales de cualquier naturaleza, así como instrumentos financieros, cuando ello se entienda necesario para el mejor desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada.

## 2

Sectores y  
actividades  
aplicables

■ Los contratos de APP se encuentran disponibles para los siguientes sectores: obras viales, ferroviarias, portuarias y aeroportuarias, infraestructura energética, obras de disposición y tratamiento de residuos, obras de infraestructura social, incluyendo cárceles, centros de salud, centros de educación, viviendas de interés social, complejos deportivos y obras de mejoramiento, equipamiento y desarrollo urbano, así como para la protección de patrimonio histórico (como Colonia del Sacramento) (Artículo 3 de la Ley 18786).

■ Los contratos de APP no serán aplicables a

- servicios de enseñanza en las escuelas;
- servicios de sanitización en centros de salud;
- servicios de seguridad, sanitización y resocialización en las cárceles (Artículo 3 de la Ley 18786).

## 3

Supervisión  
y regulación  
de la APP

■ La autoridad contratante supervisará la ejecución del contrato de APP (Artículo 7 de la Ley 18786).

■ Para cada proyecto la Administración Pública contratante designará una Comisión Técnica que asesorará en todas las etapas del procedimiento de contratación. No todos los miembros de dicho Comité deberán ser funcionarios de la Administración Pública contratante, pero deberán presentar una declaración jurada acerca de su idoneidad técnica en la materia objeto de la contratación (Artículo 8 de la Ley 18786).

■ Las partes de derecho privado en los contratos de APP deben presentar periódicamente sus hojas de balance auditadas (Artículo 17 de la Ley 18786).

■ Cada 6 meses, las Administraciones Públicas contratantes deberán presentar – para el análisis de la Unidad de APP – información acerca de la ejecución del contrato. La información acerca de las modificaciones, renegociación y modificación unilateral del contrato de APP deberá ser presentada a la Unidad de APP.

■ El cumplimiento es evaluado con base en los criterios establecidos. La parte de derecho privado provee información periódica. Las autoridades contratantes reúnen la información.

■ Existe un sistema para supervisar el progreso y la conclusión de las obras de construcción.

■ Todas las autoridades públicas en los contratos de APP deberán presentar un informe presupuestal sobre cada contrato de APP al Ministerio de Economía y Finanzas cada año (Artículo 87 del Decreto 17/2012).

■ Las agencias regulatorias también podrán supervisar y regular las APP bajo su competencia.

## 4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ El Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Unidad de APP, deberá crear un registro nacional de APP con información acerca de todos los contratos de APP celebrados en Uruguay (Artículo 14 de la Ley 18786).

## 4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ La Corporación Nacional para el Desarrollo – CND de Uruguay funciona como una entidad de fomento de APP, la cual provee capacitación a otras autoridades, elabora las guías de mejores prácticas y prepara los proyectos de contrato de APP y las convocatorias a procedimientos de contratación (Artículo 9 de la Ley 18,786). Antes de su publicación, el Ministerio de Economía y Finanzas deberá aprobar los lineamientos y los proyectos, los cuales deberán ser analizados por la Oficina de Planeación. CND también asesora a las autoridades locales en la modelación de los proyectos de APP y facilita el diálogo institucional, y las asesora sobre el procedimiento de contratación. Las autoridades podrán contratar con la CND sin necesidad de seguir un proceso de contratación pública.

■ La CND podrá desarrollar el proyecto de APP, a partir de la autorización de la autoridad a cargo del mismo, en caso de que el proyecto no exceda de 850 millones de unidades monetarias específicas, y la CND adjudicará el proyecto a una parte de derecho privado dentro de los 36 meses siguientes al inicio de la operación (Artículo 9 de la Ley 18786).

■ Las autoridades contarán con un período fijo para presentar estudios de factibilidad que justifiquen el proyecto de APP frente al Ministerio de Economía y Finanzas. También se deberán entregar los estudios a la Oficina de Planeación (Artículo 15 del Decreto 17/2012).

■ Las autoridades contratantes deberán presentar la convocatoria para la aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Planeación (Artículo 18 de la Ley 18786).

■ Las compañías o entidades del mismo grupo económico que asesoren a las autoridades contratantes durante la modelación del proyecto de APP no podrán participar en la contratación (Artículo 88 del Decreto 17/2012).

■ Las propuestas de iniciativa privada se regulan por los términos del artículo 35 de la Ley 18,786. Las partes de derecho privado que estén interesadas en desarrollar un contrato de APP podrán presentar estudios de (pre)factibilidad a la CND. La CND podrá solicitar que se hagan ajustes a los estudios dentro de los 15 días siguientes. La decisión de aceptar el proyecto de APP será de la autoridad contratante que podrá usar el análisis de la CND como referencia (La opinión de la CND no es vinculatoria).

■ Se requiere presentar una fianza de contratación para presentar una propuesta de iniciativa privada (Artículo 43 del Decreto 17/2012).

4

Modelación  
de los  
proyectos  
de APP

■ De acuerdo con el artículo 37 de la Ley 18786, el proponente que presente una propuesta de iniciativa privada podrá ser reembolsado y podrá beneficiarse de un margen preferencial del 10% sobre su oferta en el proceso de contratación.

■ La evaluación comparativa (relación calidad-precio) es obligatoria (Artículo 2 de la Ley 18786).

■ El procedimiento específico para la priorización de las APP de acuerdo con la priorización de la inversión pública no se encuentra regulado.

5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ Las autoridades contratantes podrán adoptar cualquier tipo de procedimiento de contratación para celebrar un contrato de APP (Artículo 19 de la Ley 18786).

■ Las autoridades contratantes podrán adoptar un mecanismo de diálogo competitivo en el procedimiento de contratación (Artículo 20 de la Ley 18786). En este caso, la autoridad contratante regulará los términos del diálogo competitivo en la convocatoria del procedimiento, incluyendo las ventajas de los proponentes que participen en el procedimiento.

■ Las autoridades contratantes pudieran requerir el otorgamiento de fianzas de contratación, que podrán ser presentadas en moneda local o extranjera (Artículo 25 del Decreto 17/2012), de acuerdo a las condiciones establecidas en la convocatoria del procedimiento.

■ La legislación establece criterios detallados de selección para llevar a cabo la selección de los contratistas participantes.

■ Las compañías extranjeras podrán participar en procedimientos de contratación.

■ Las autoridades contratantes publicarán el llamado público en línea cuando menos 90 días antes de la presentación de las propuestas (Artículo 21 del Decreto 17/2012). Las autoridades contratantes también podrán publicar el llamado público en periódicos y otros medios, para una mayor transparencia del procedimiento de contratación.

## 5

Contratación  
de proyectos  
de APP

■ Existen varios procedimientos de contratación para APP, tales como el procedimiento de oferta (una sola etapa), procedimiento restringido (procedimiento competitivo con una etapa de precalificación), diálogo competitivo y/o procedimiento competitivo de varias etapas.

■ El pliego de condiciones particulares detalla el procedimiento de contratación.

■ El pliego de condiciones particulares especifica los criterios de precalificación/preselección.

■ El modelo financiero deberá ser presentado junto con la propuesta.

■ De acuerdo con el artículo 22 de la Ley 18,786, las propuestas serán evaluadas únicamente de conformidad con los criterios publicados, los cuales podrán incluir múltiples variables (criterios técnicos, calidad, precios, período para completar las obras y otras).

■ La autoridad contratante notificará a los participantes los resultados del procedimiento de contratación de APP, incluyendo los fundamentos de la selección (Artículo 31 del Decreto 17, 2012). Tanto la autoridad contratante como la Unidad de APP analizarán las propuestas.

■ Existe un plazo para la formalización del contrato previsto en el artículo 24 de la Ley 18786. Los participantes también podrán presentar recursos administrativos en contra del acto de adjudicación del contrato en otras etapas del procedimiento de contratación.

■ Podrán existir negociaciones restringidas con el contratante seleccionado.

■ Todos los procedimientos de contratación serán revisados por el Tribunal de Cuentas después de que las propuestas sean evaluadas y de que la autoridad contratante hubiera publicado los resultados del procedimiento (Artículo 23 de la Ley 17876). El Tribunal de Cuentas tendrá 30 días para analizar el procedimiento de contratación; en caso de que no emitiera una opinión dentro de dicho plazo, el procedimiento se considerará aprobado.

■ Las partes interesadas podrán recurrir todos los actos de contratación de las autoridades durante el procedimiento de contratación (Artículo 31 de la Ley 18,786). Los recursos normalmente no suspenden el procedimiento, pero las autoridades podrán suspender el procedimiento de contratación en caso de que les fuera solicitado y si lo juzgaran necesario.

<p><b>6</b></p> <p>Ingresos de APP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los ingresos de APP incluyen las cuotas pagadas por los usuarios, pagos directos de las autoridades y una combinación de ambos (Artículo 5 de la Ley 18786).</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ La evaluación del cumplimiento se hará con base en los criterios establecidos. Podrá haber una reducción en los pagos en caso de incumplimiento.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las compañías extranjeras podrán repatriar los ingresos.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ El Artículo 29 del Decreto 12/2012 y el Artículo 25 de la Ley 18786 establecen que la autoridad contratante deberá solicitar fianzas de cumplimiento del contrato, las cuales podrán ser presentadas en moneda local o extranjera (Artículo 37 del Decreto 17/2012).</li> </ul>
<p><b>7</b></p> <p>Resolución de conflictos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Existe regulación acerca del arbitraje local, arbitraje internacional y solución de controversias entre inversionistas y el estado (ISDS). El Artículo 54 de la Ley 18786 establece que las controversias que surjan de los contratos de APP deberán ser sometidas a arbitraje.</li> </ul>
<p><b>8</b></p> <p>Manejo de los cambios</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos de APP deberán contener disposiciones para mantener su equilibrio económico y financiero (Artículo 17 de la Ley 18786) y deberán regular las condiciones en que dichos contratos podrán ser modificados/renegociados.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Las autoridades tendrán el derecho de modificar unilateralmente los contratos de APP, siempre y cuando esto se encuentre previsto en el contrato de APP y sujeto a la autorización del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Oficina de Planeación (el Tribunal de Cuentas también deberá ser notificado antes de realizar la modificación) (Artículo 47 de la Ley 18786). Aun cuando la regulación establece que cada contrato de APP podrá establecer los límites de las modificaciones (particularmente con respecto al alcance del contrato) y que las autoridades pueden modificar unilateralmente el contrato, existe un límite CAPEX del 20% y un límite OPEX del 20%. En dichos casos, el contratista recibirá una compensación económica.</li> </ul> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Los contratos de APP podrán regular su revisión (Artículo 48). En todo caso, los cambios al contrato deberán cumplir con los límites previstos en la regulación: 50% para nuevas inversiones durante la etapa de operación del proyecto y 30% para nuevas inversiones durante la etapa de las obras. El Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Planeación deberán realizar un análisis previo respecto de la revisión del contrato.</li> </ul>



## 8

## Manejo de los cambios

■ Los casos en los que se permite que el contrato de APP sea renegociado (Artículo 49) incluyen:

- cambios en los costos por parte de las autoridades públicas, cuando dichos cambios afecten el equilibrio económico y financiero del contrato y cuando tengan un impacto en el propio contrato (no es una política en otras situaciones);
- eventos de fuerza mayor o caso fortuito (Artículo 73 del Decreto 17/2012 establece que es obligatorio que se encuentren previstos en el contrato); y
- en cualquier caso previsto en el contrato de APP. En caso de que las partes no llegaran a un acuerdo para renegociar el contrato de APP, podrán demandar los daños correspondientes ante los tribunales competentes. El Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Planeación deberán realizar un análisis previo respecto de la revisión del contrato.

■ El contrato de APP debe prever un período en el que no se pueda renegociar o modificar el contrato a partir de la celebración del mismo (Artículo 74 del Decreto 17/2012).

■ Se encuentra regulado el cambio en la estructura (composición accionaria) del contratista y/o la cesión del contrato de APP. La entidad sustituta deberá cumplir con los requisitos y condiciones necesarias.

■ Se podrá realizar un nuevo llamado público durante los últimos 5 años de vigencia del contrato de APP (Artículo 53). Si el contratista no resultara adjudicatario, el contrato se extinguirá y será compensado por el plazo restante.

## 9

## Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías

■ El financiamiento es responsabilidad del contratista y puede ser utilizado como criterio para adjudicar un contrato de APP.

■ El contratista deberá proporcionar información acerca del financiamiento del proyecto de APP (Artículo 34 del Decreto 12/2012). El Ministerio de Economía y Finanzas deberá autorizar el esquema de financiamiento propuesto, que también incluye la modificación y renegociación de los contratos de financiamiento.

■ Los contratistas podrán dar garantías con base en los ingresos obtenidos de los contratos de APP (Artículo 55 de la Ley 18786).

■ El Artículo 80 del Decreto 17/2012 prevé la existencia de los derechos de intervención de los acreedores. Dichos derechos deberán estar previstos en el contrato de APP. Las autoridades contratantes deberán autorizar la sustitución del contratista, aun cuando ésta ocurra como resultado de los derechos de intervención.

<p><b>9</b></p> <p>Financiamiento y Fondeo de contratos APP y Garantías</p>	<p>■ El contratista podrá otorgar garantías con base en los bienes e ingresos de los contratos de APP. Las entidades financieras podrán ejecutar las garantías a través de la autoridad contratante, quien hará un llamado al procedimiento de contratación para sustituir al contratista para pagar las deudas (Artículo 58-60 de la Ley 18786).</p> <p>.....</p> <p>■ Los Artículos 59 y 62 establecen el tratamiento fiscal y presupuestario de las APP, de acuerdo con las disposiciones de cada contrato relativas a la distribución del riesgo, y algunas limitaciones que tienen las autoridades públicas para celebrar contratos de APP (un límite total y un límite anual para nuevos proyectos).</p> <p>.....</p> <p>■ De acuerdo con las características específicas de cada proyecto y con el propósito de hacerlo viable, el contrato podrá establecer que se realicen contribuciones por parte de la Administración Pública, tales como contribuciones pecuniarias, otorgamiento de subvenciones, créditos, garantías para el financiamiento del proyecto, garantías de obtención de ingresos mínimos y exoneraciones fiscales, entre otras. De estas contribuciones, las que lo requieran, deberán contar con el decreto del Poder Ejecutivo correspondiente (Artículo 6 de la Ley 18786).</p>
<p><b>10</b></p> <p>Eventos extraordinarios</p>	<p>■ Los eventos de fuerza mayor, acción material adversa del gobierno y subcontratación se encuentran previstos en el contrato de APP (Artículos 49 y 50 de la Ley 18786).</p>
<p><b>11</b></p> <p>Prerrogativas de la autoridad pública</p>	<p>■ Las autoridades podrán modificar unilateralmente el contrato de APP, en caso de que así lo previera el contrato de APP y siempre y cuando el Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Planeación autoricen dicha modificación (el Tribunal de Cuentas también es notificado previamente a la modificación) (Artículo 47 de la Ley 18786). Aun cuando la regulación establece que cada contrato de APP podrá establecer los límites de las modificaciones hechas unilateralmente por las autoridades, la legislación establece un límite CAPEX del 20% y un límite OPEX del 20%. En dichos casos, el contratista recibirá una compensación económica.</p> <p>.....</p> <p>■ Las autoridades contratantes podrán terminar unilateralmente los contratos de APP, con base en el interés público (Artículo 51 de la Ley 18786).</p>

<b>11</b> Prerrogativas de la autoridad pública	<p>■ Las autoridades públicas podrán asumir temporalmente la ejecución del contrato en caso de que el contratista abandone los servicios o incumpla el contrato de APP (Artículo 52 de la Ley 18786) por un período no mayor a 24 meses. En este caso, las autoridades contratantes podrán realizar una nueva adjudicación, celebrar una nueva subasta pública o terminar el contrato.</p>
<b>12</b> Distribución del Riesgo	<p>■ Los contratos de APP deberán describir la distribución del riesgo, dando especial consideración a los costos y la demanda (Artículo 17 de la Ley 18786).</p>
<b>13</b> Terminación de APP	<p>■ Las causas de la terminación del contrato de APP y sus consecuencias se encuentran expresamente reguladas (Artículo 51 de la Ley 18786). Los contratos pueden terminar debido a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• el vencimiento del plazo señalado para su vigencia;</li> <li>• abandono del proyecto o incumplimiento del contrato;</li> <li>• caso fortuito o fuerza mayor;</li> <li>• interés público (terminación anticipada);</li> <li>• mutuo consentimiento;</li> <li>• quiebra;</li> <li>• otras disposiciones del contrato.</li> </ul> <p>.....</p> <p>■ En caso de que el contrato termine debido al incumplimiento de sus términos y condiciones por parte del contratista, se deberá indemnizar a las autoridades públicas mediante la ejecución de la garantía de cumplimiento correspondiente (Artículo 44 de la Ley 18786).</p>
<b>14</b> Transparencia y rendición de cuentas	<p>■ Las declaraciones del Equipo de Administración de la APP deben ser entregadas públicamente a un Comité de Ética y Transparencia (Artículo 2 del Decreto 17/2012).</p> <p>.....</p> <p>■ Las autoridades contratantes deberán publicar el llamado al procedimiento en línea. Las autoridades contratantes también podrán publicar el llamado al procedimiento en periódicos u otros medios para la transparencia del procedimiento de contratación (Artículo 21 del Decreto 17/2012).</p>

14

Transpa-  
rencia  
y rendición  
de cuentas

■ El procedimiento de diálogo competitivo será publicado en línea y las autoridades contratantes podrán publicar los pliegos en periódicos u otros medios para una mayor transparencia del procedimiento de contratación (Artículo 56 del Decreto 17/2012). Las autoridades contratantes deberán publicar el pliego del diálogo competitivo entre 30 y 45 días antes de la presentación de las propuestas para participar en dicho procedimiento. Todos los estudios gubernamentales que sean intercambiados entre las partes durante el diálogo competitivo deberán ser revelados a los demás proponentes. No obstante ello, los estudios presentados por un proponente durante el procedimiento serán confidenciales para los demás proponentes.

■ La evaluación y los estudios del proyecto no serán puestos a disposición del público.

■ El llamado al procedimiento de contratación de APP emitido por la autoridad contratante se encontrará disponible en línea, incluyendo el proyecto de contrato de APP.

■ Las preguntas aclaratorias acerca del llamado al procedimiento serán reveladas públicamente.

■ La adjudicación del procedimiento será publicada en línea.

■ El contrato será publicado en línea.

15

Otros  
comentarios

■ Los contratos de APP deberán observar algunos lineamientos, incluyendo los lineamientos en materia ambiental (Artículo 4 de la Ley 18786).

■ Todos los procedimientos de contratación que den lugar a un contrato de APP requieren información relativa a la estructura corporativa del proponente y su fuente de financiamiento, cuya información será revelada para evitar la comisión de actos terroristas y lavado de dinero (Artículo 22 del Decreto 17/2012). Las autoridades contratantes deberán consultar al Banco Central de Uruguay antes de celebrar un contrato de APP para tratar estas inquietudes.

