



Principios Orientadores de Asociaciones Público Privadas de la Alianza del Pacífico

Consejo de Ministros
de Finanzas
Presidencia Pro Tempore
Perú 2018 - 2019

Introducción

El fomento de las inversiones en infraestructura es un factor crucial para el crecimiento económico, así como para el alcance de objetivos nacionales y globales para el desarrollo sostenible de países y regiones. Asimismo, la infraestructura resulta esencial para impulsar el desarrollo social y económico, combatir la pobreza, incrementar la conectividad y satisfacer necesidades de la colectividad.

El desarrollo efectivo de proyectos de infraestructura requiere de marcos legales y regulatorios sólidos y claros que otorguen certeza jurídica a quienes participan en dichos proyectos, en las contrataciones públicas, promoviendo a su vez la transparencia y rendición de cuentas durante todo el proceso de contratación, ejecución y puesta en operación de los proyectos.

En ese sentido, los países miembros de la Alianza del Pacífico reconocen que la contratación pública debidamente normada, eficiente y transparente es vital para los propósitos centrales de los gobiernos, incluida la inversión en infraestructura y la prestación de servicios esenciales a los ciudadanos.

Las Asociaciones Público Privadas ("APP") constituyen un esquema cada vez más prominente y eficiente para el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios públicos clave, en la medida en que se implementen legislaciones y normatividades claras, así como las capacidades y los procesos institucionales adecuados. Asimismo, constituyen una herramienta para alinear los incentivos entre el sector público y el sector privado. Los gobiernos enfrentan desafíos al asegurar que las APP cuenten con una legislación y normatividad clara, instituciones públicas sólidas sustentadas en dicha legislación y normatividad, sean asequibles, generen valor por dinero y se traten transparentemente en el proceso del presupuesto nacional, específicamente con relación a la asignación de recursos para su desarrollo.

Los países miembros de la Alianza del Pacífico reconocen que el marco que regula las APP debe establecerse y monitorearse al más alto nivel institucional, de modo que los gobiernos garanticen la asequibilidad, la transparencia, la integridad y el valor por dinero, además de certeza jurídica en la ejecución de los proyectos. Asimismo, reconocen que los esfuerzos para mejorar la transparencia y la integridad en la contratación pública contribuyen a una gestión eficiente y efectiva en el manejo de los recursos públicos y, por lo tanto, del dinero de los contribuyentes.

Principios

Con el objetivo de fortalecer la cooperación en materias de inversión en infraestructura, especialmente en el desarrollo de proyectos bajo el esquema de APP, y considerando que pueden existir diferencias en cuanto a los objetivos de las políticas para el desarrollo e implementación de las mismas en cada país miembro, la Alianza del Pacífico señala como principios comunes de las APP en la región los siguientes:

2.1. Mantener un marco legal e institucional de APP que sea claro, previsible y estable.

Un marco legal e institucional sólido es necesario para atraer inversiones privadas a largo plazo para desarrollar y operar proyectos de infraestructura y para ayudar a promover y generar la seguridad jurídica antes, durante y después de la ejecución de los proyectos. Asimismo, dicho marco legal debe fomentar la transparencia y rendición de cuentas de todos los involucrados en el desarrollo de dichos proyectos.

La legislación desempeña un papel central en la promoción y captación de la inversión privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, especialmente bajo los esquemas de APP. La legislación incorpora derechos y obligaciones específicos tanto para el sector público como el privado. De esta manera, cuanto más claro, previsible y estable sea un marco legal, más propicio será el contexto para desarrollar un proyecto de APP.

Las reglas claras, la imparcialidad y la transparencia en la adjudicación de los proyectos pueden ayudar a crear un entorno atractivo para la inversión.

2.2. Los contratos de APP contarán con una adecuada distribución de riesgos de manera que sean asignados a la parte con mayor capacidad de administrarlos.

Una justificación para desarrollar proyectos bajo el esquema de APP es que la correcta asignación de riesgos entre el sector público y el privado genera mejores resultados para las partes y los usuarios finales. Dado que los contratos de APP son más complejos que aquellos utilizados para proyectos convencionales de contratación pública, las APP requieren una preparación y planificación más detallada del proyecto, estructuras de transacciones complejas, funcionarios capaces de entenderlas y una gestión adecuada en la licitación para fomentar la competencia entre los postores. También requieren un diseño de contrato cuidadoso para establecer estándares de servicio, asignar riesgos de forma adecuada, determinar obligaciones específicas de las partes y alcanzar un equilibrio aceptable entre los riesgos del proyecto y los rendimientos esperados del mismo para atraer inversión privada a largo plazo.

El riesgo debe ser identificado, medido y asignado a la parte con mayor capacidad de administrarlo. La medición y asignación de riesgos es esencial para la ejecución de proyectos de APP viables. La asignación de riesgos impacta en la estructura de obligaciones, responsabilidades y funciones entre las partes contratantes. Esto causa varios efectos diferentes y no es una actividad legal separada sino multidisciplinaria. La asignación de riesgos debe incluir considera-

ciones técnicas, económicas y financieras relacionadas con la viabilidad del proyecto seguido de una evaluación legal relacionada con regulaciones y normatividad relevantes aplicables al proyecto durante su preparación y ejecución, así como las estructuras contractuales que serán implementadas para desarrollarlo. La asignación inadecuada del riesgo puede llevar al fracaso del proyecto o a la inviabilidad del mismo.

2.3. El proceso de selección tendrá reglas claras de participación, que garanticen la igualdad de condiciones de todos los participantes y fomenten la competencia.

Los procedimientos formales y regidos por las leyes aplicables en la materia, la objetividad en la evaluación de las ofertas y la previsibilidad caracterizan un proceso de selección competitivo. Esto generalmente proporciona mejores condiciones para la competencia, la transparencia y la eficiencia.

El proceso de selección pretende asegurar igualdad de condiciones a todos los que quieran realizar un contrato con la Administración Pública, la cual debe establecer criterios objetivos de selección de las propuestas de contratación que recibe, siempre en beneficio del interés público, todo ello en el marco de leyes y normas específicas incluidas en la legislación y regulación aplicable.

2.4. La Administración Pública contemplará el análisis de valor por dinero para decidir la contratación de una APP y la ecuación económica debería buscar mantenerse por toda la ejecución contractual.

Es responsabilidad de la Administración Pública priorizar los proyectos sobre la base de criterios técnicos y considerando las prioridades estratégicas. La decisión de invertir en un proyecto debe basarse en un análisis integral a nivel gubernamental y mantenerse separada de la forma de contratación y de financiamiento del mismo. No debe existir un sesgo a nivel institucional, procedimental o contable, a favor o en contra, de seleccionar la modalidad de APP para desarrollar un proyecto. Para ello, los países miembros utilizan un análisis de valor por dinero para determinar la forma de contratación más adecuada, considerando la transferencia de riesgos a la parte que pueda administrarlos mejor.

Por otro lado, las APP son acuerdos y esquemas de contratación a largo plazo y las circunstancias del proyecto pueden cambiar, afectando su ejecución. Estos cambios pueden o no ser previsibles. Algunos cambios, por su naturaleza, no pueden incluirse y/o implementarse fácilmente a través de un mecanismo de ajuste automático o las partes pueden preferir excluirlos de dicho mecanismo.

La ecuación económica del acuerdo de APP puede ser reequilibrada a través de varios mecanismos, dependiendo de la naturaleza del contrato. Cualquier situación en la que haya impacto en dicha ecuación económica del proyecto de APP, deberá analizarse a fondo entre las partes para preservar el interés público y la ecuación acordada en el contrato.

2.5. Promover que existan métodos adicionales de resolución de conflictos en los contratos de APP con reglas previas, claras y transparentes.

Las disputas que surjan de los contratos de APP deben resolverse de manera oportuna para que no comprometan la prestación del servicio público o al objeto del contrato de que se trate. Al mismo tiempo, es importante reconocer que los proyectos involucran problemas técnicos complejos que pueden no ser fáciles de resolver o que muy posiblemente requerirán de expertos en la materia. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son una opción que puede abordar ambas preocupaciones y que pueden evitar atrasos importantes en la resolución de los mismos.

Para propiciar no solo el uso de arbitraje, sino de otros métodos para la resolución de disputas, como los consejos de mediación y técnicos, es de suma importancia que la legislación y normatividad aplicable proporcione reglas claras anteriores al proyecto y, de ser posible, que el propio contrato incluya cláusulas específicas y claras previendo dichas alternativas como métodos de

solución de controversias derivadas de los propios proyectos de APP. Además, tanto las reglas como el contrato en sí debieran señalar que el mecanismo de resolución sea ejecutable, señalando en qué medida este es vinculante para todas las partes. Por ello, se resalta que la utilización de estos métodos debe estar de acuerdo con la legislación de cada país miembro.

2.6. Todos los compromisos asumidos por la Administración Pública deberán estar considerados en el presupuesto público.

Cada proyecto de APP debe ser tratado de manera transparente en el proceso presupuestario de asignación de recursos. La documentación del presupuesto para este tipo de proyectos debe revelar todos los costos y pasivos contingentes, incluyendo el hecho de si un proyecto en específico prevé asignaciones presupuestales plurianuales. Se debe tener especial cuidado para que la transparencia presupuestaria de las APP se realice en los diferentes niveles del sector público.

Las APP son esquemas que generan efectos fiscales en el presupuesto público. Así, es esencial que los compromisos asumidos sean sostenibles. Si no hay un planeamiento cuidadoso de los proyectos que se requieren ejecutar a través de este esquema, las contrataciones, del presupuesto público y el análisis respecto sobre si es posible para el gobierno asumir los compromisos de una APP, el Estado se vuelve insostenible y, por tanto, las contrataciones al amparo de estos esquemas resultan inviables.

De acuerdo con la política fiscal del gobierno de cada país, la autoridad debe asegurar que el proyecto sea asequible y que la inversión general sea fiscalmente sostenible. La documentación del presupuesto debe revelar todos los costos y pasivos contingentes identificados que implica o podría implicar el proyecto.

Una práctica que podrá ser adoptada por los países para ayudar en la sostenibilidad fiscal del proyecto es la publicación de los recursos comprometidos a futuro con APP, no sólo en el próximo año fiscal pero en los siguientes también. Con eso, es posible verificar todos los recursos que serán utilizados a largo plazo.

2.7. El marco institucional deberá promover estándares de conducta para asegurar la transparencia y la integridad de las partes contratantes.

La transparencia pública es una característica importante de la gobernanza moderna. Además, la transparencia y la responsabilidad son también componentes cruciales para la implementación y desarrollo exitoso de los proyectos de APP. La transparencia pública constituye una medida para que los ciudadanos puedan acceder a la información del gobierno, fomentando que las relaciones entre el gobierno y la sociedad civil sean más cercanas y más democráticas.

El derecho a la información pública es una garantía fundamental para la promoción de la transparencia y la rendición de cuentas de los administradores públicos, y es esencial para el proceso democrático. Asimismo, estas directrices son instrumentos poderosos y efectivos en la lucha contra la corrupción ya que existe un mayor control y supervisión no sólo por parte del gobierno, sino precisamente por parte de la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad civil interesadas por un manejo transparente de los recursos públicos y la Administración Pública.

Las reglas claras, la imparcialidad y la transparencia en el manejo de la información en todos los órdenes de gobierno pueden promover un entorno atractivo para los inversores privados y otros socios potenciales del gobierno. La transparencia, el acceso y el intercambio de información también pueden eliminar potenciales conflictos causados o derivados por un conocimiento incompleto, parcial o distorsionado de los hechos.

Las informaciones del proyecto, las normas que regirán el proyecto, el procedimiento de contratación y de ejecución del contrato deben estar disponibles en todo momento y desde un inicio para la sociedad, quien es el mayor interesado en la buena ejecución del servicio y/u obra.



**Principios
Orientadores de
Asociaciones Público
Privadas de la
Alianza del Pacífico**