



Asamblea General

Distr. general
26 de febrero de 2018
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

51^{er} período de sesiones

Nueva York, 25 de junio a 13 de julio de 2018

Alianzas público-privadas (APP): Propuestas de actualización de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (revisión de los capítulos I y II)

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Marco jurídico e institucional general	2
A. Observaciones generales	2
B. Principios rectores y opciones para la adopción de un marco jurídico de las APP	2
C. Poderes requeridos para establecer alianzas público-privadas	10
D. Coordinación administrativa	12
E. Reglamentación de los servicios de infraestructura	12
II. Planificación y preparación de proyectos	15
A. Observaciones generales	15
B. Evaluación del proyecto y opciones	15
C. Los riesgos del proyecto y su distribución	20
D. Coordinación administrativa	21
E. Respaldo público	24
F. Garantías emitidas por instituciones financieras internacionales	24
G. Garantías emitidas por organismos de crédito a la exportación y organismos de promoción de la inversión	24



I. Marco jurídico e institucional general

[Los párrs. 2, 5 (antiguo 4), y 8 (antiguo 5) figuraban en el cap. I, “Marco legal e institucional general”. Las adiciones y modificaciones se indican en el texto.]

A. Observaciones generales

1. Las alianzas público-privadas (APP) son una de las opciones de que disponen los Estados para desarrollar la infraestructura o para adquirir las instalaciones o sistemas necesarios para la prestación de servicios públicos o para uso de una entidad pública. Se necesita un marco jurídico adecuado para atraer la inversión privada hacia los proyectos que la administración pública considere conveniente ejecutar mediante APP. Tanto los países que consideren la posibilidad de aprobar nuevas leyes como los países donde ese marco jurídico ya existe deben velar por que las leyes y reglamentos pertinentes estén redactados con claridad, respeten los principios fundamentales de la buena gobernanza y el desarrollo sostenible y sean exhaustivos pero lo suficientemente flexibles para responder a los objetivos y políticas de desarrollo de la infraestructura del país y mantener el ritmo de las novedades tecnológicas y de los mercados en los diversos sectores relacionados con la realización de obras de infraestructura. El presente capítulo trata de algunas cuestiones generales que los legisladores nacionales deberían tener en cuenta al establecer o revisar el marco jurídico de las APP con el fin de lograr esos objetivos. En la sección B (párrs. ...) se examinan los principios rectores y las opciones disponibles para la adopción de un marco jurídico para las APP; la sección C (párrs ...) se refiere a los poderes requeridos para llevar a cabo proyectos de APP; y en la sección D (párrs. ...) se ofrece un panorama general de los arreglos institucionales y de procedimiento para la regulación de los sectores de infraestructura.

B. Principios rectores y opciones para la adopción de un marco jurídico de las APP

2. En la presente sección se examinan los principios rectores generales en los que se debe inspirar el marco jurídico de las APP. Además, se señalan las posibles consecuencias que puede tener el derecho constitucional del país receptor para la ejecución de algunos de esos proyectos. Por último, la presente sección se ocupa brevemente de las opciones disponibles respecto del nivel y el tipo de instrumento que tal vez sea necesario promulgar y su ámbito de aplicación.

1. Principios rectores generales de un marco jurídico de las APP

3. En los Objetivos de Desarrollo Sostenible se expresa el compromiso de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, entre otras cosas, a desarrollar infraestructuras fiables, sostenibles, resilientes y de calidad, incluidas infraestructuras regionales y transfronterizas, para apoyar el desarrollo económico y el bienestar humano, haciendo especial hincapié en el acceso asequible y equitativo para todos¹. El marco jurídico de las APP es uno de los instrumentos normativos que los países pueden utilizar para llevar a cabo su estrategia de desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos, y debe formularse y aplicarse de tal forma que sea consecuente con la estrategia del país y favorable al logro de sus objetivos.

4. Por lo tanto, al considerar la posibilidad de promulgar leyes y reglamentos para hacer posibles las APP o al examinar la idoneidad del marco jurídico existente, los legisladores y los organismos reguladores nacionales tal vez deseen tener en cuenta algunos principios internacionalmente reconocidos sobre buena gobernanza y desarrollo sostenible. La Asamblea General de las Naciones Unidas, por ejemplo, ha reconocido “la importancia de los marcos jurídicos justos, estables y previsibles para crear desarrollo, crecimiento económico y empleo inclusivos, sostenibles y equitativos,

¹ “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015), Objetivo 9.1.

generar inversiones y facilitar la actividad empresarial”². Del mismo modo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³, cuya aprobación es casi universal, los Estados Partes se comprometen a “formular y aplicar o mantener en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”. Estos y otros principios orientados más concretamente a obtener el máximo de beneficios de las APP, y que han inspirado la adopción de medidas legislativas en diversos países, se examinan brevemente en los párrafos que siguen.

a) Interés público

5. Debido a que las APP son un medio para aplicar las estrategias y políticas de los países en materia de desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos, el marco jurídico que las rige debe promover y proteger el interés público. En el contexto de las APP, el interés público se refiere, por una parte, a los intereses del Estado como proveedor y regulador de la infraestructura y los servicios públicos, y por la otra, como comprador, usuario y posible propietario o explotador de las instalaciones o sistemas creados en virtud de una APP o como parte del contrato de participación público-privada. El legislador debe tener debidamente en cuenta cada uno de esos aspectos. Aunque en la *Guía* la atención se centra en la función de la autoridad contratante como parte en el contrato de participación público-privada (la que se examina extensamente, en particular, en el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada” y en el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”), se presta atención también a la función de la administración pública en su calidad de reguladora de la infraestructura y los servicios públicos (véase, en particular, el presente cap., párrs. ..., y el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...), así como de administradora y fideicomisaria de los bienes y recursos públicos (véase, en particular, el cap. III, “Adjudicación de contratos”).

6. Por otra parte, el interés público en el contexto de las APP se refiere también a los intereses de los ciudadanos y las empresas como usuarios de la infraestructura, como consumidores y usuarios de los servicios o los bienes que esta genera o como beneficiarios de los servicios públicos que se prestan con el apoyo de las instalaciones o sistemas desarrollados en virtud de la APP. Desde ese punto de vista, el marco legislativo de las APP debe tener en cuenta el régimen regulatorio específico del sector de infraestructura o de servicios de que se trate y coordinarse con él (véase, en particular, el presente cap., párrs. ...; y el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...), y también las normas generales sobre protección del consumidor (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”).

b) Transparencia

7. Un marco jurídico transparente se caracteriza por contener normas claras y fácilmente accesibles y procedimientos eficientes para su aplicación. La transparencia de las normas y los procedimientos administrativos hace que exista previsibilidad, lo que permite al sector privado estimar los costos y los riesgos de una inversión y, por lo tanto, ofrecer las condiciones más ventajosas. La transparencia de las normas y procedimientos administrativos también puede fomentar la apertura si las disposiciones

² “Reconocemos la importancia de los marcos jurídicos justos, estables y previsibles para crear desarrollo, crecimiento económico y empleo inclusivos, sostenibles y equitativos, generar inversiones y facilitar la actividad empresarial, y, a este respecto, encomiamos la labor que realiza la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con objeto de modernizar y armonizar el derecho mercantil internacional”. (Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional, resolución 67/1 de la Asamblea General, de 24 de septiembre de 2012).

³ La Convención fue aprobada por resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003, y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

exigen la publicación de las resoluciones administrativas, así como, cuando proceda, la obligación de declarar las razones que les sirven de fundamento, y de dar a conocer otra información de importancia pública. La transparencia ayuda además a proteger contra la adopción de medidas o decisiones arbitrarias o indebidas por parte de la autoridad contratante o sus funcionarios, y contribuye así a fomentar la confianza en el programa de APP del país.

8. La existencia de normas y procedimientos transparentes ofrece un marco para el ejercicio de la discrecionalidad en la ejecución de proyectos de APP, limita esa discrecionalidad, si procede, y permite que pueda controlarse y, en caso necesario, que puedan impugnarse medidas. La transparencia de las normas y procedimientos administrativos es un elemento esencial para apoyar la obligación de la administración pública de rendir cuentas por las medidas o decisiones que adopta, lo que fomenta la integridad y la confianza pública. Un conjunto de normas y procedimientos administrativos transparentes que gobiernen la planificación y ejecución de proyectos de APP facilitará la evaluación del programa de APP de un país y de los distintos proyectos que comprende y su comparación con los resultados previstos.

9. Es necesario que las normas y los procedimientos administrativos sean transparentes durante todo el ciclo de vida de los proyectos ejecutados mediante APP, desde su planificación y formulación hasta la explotación de la infraestructura y la prestación de los servicios a los ciudadanos. Un marco jurídico transparente de las APP puede disponer, por ejemplo, la publicación de las decisiones más importantes sobre la ejecución de los proyectos, incluida la justificación de la elección de una APP en el caso concreto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). La transparencia en la adjudicación de los contratos de participación público-privada es particularmente importante, y en relación con ello se destacan en la *Guía* cinco aspectos principales, a saber, la divulgación pública del marco jurídico; la publicación de las oportunidades de proyectos; la elaboración y publicación previas de las principales condiciones del contrato en relación con el cual se han de evaluar las ofertas; el desarrollo visible del proceso de conformidad con las normas y procedimientos prescritos; y la existencia de un sistema que permita vigilar que se cumplan las normas aplicables y exigir su cumplimiento si es necesario (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, ...).

c) **Equidad, estabilidad y previsibilidad**

10. El requisito de que el marco jurídico de las APP sea equitativo, estable y previsible está estrechamente relacionado con el principio de transparencia. Las leyes y los reglamentos son los instrumentos de que se valen los Estados para regular y garantizar la prestación de servicios públicos a sus ciudadanos. Al mismo tiempo, son el medio de que disponen los proveedores de servicios públicos y sus clientes para proteger sus derechos. Un marco jurídico equitativo debe tener en cuenta los intereses diversos (y a veces contrapuestos) de la autoridad pública, y de los proveedores de servicios públicos y sus clientes y procurar lograr un justo equilibrio entre ellos. Las consideraciones comerciales del sector privado, el derecho de los usuarios a recibir servicios adecuados (tanto en términos de calidad como de precio), la responsabilidad de la autoridad pública de garantizar la prestación ininterrumpida de los servicios esenciales y su función en la promoción del desarrollo de la infraestructura nacional son solo algunos de los intereses que merecen ser debidamente reconocidos en la ley.

11. Un marco jurídico estable es especialmente importante para las APP, habida cuenta de que normalmente los proyectos de infraestructura son de duración prolongada. Los socios privados deben poder prever y evaluar los riesgos y los posibles cambios que se produzcan en el ciclo de vida del proyecto a fin de movilizar los recursos necesarios y tomar las medidas que se requieran para mitigar las consecuencias de los riesgos previstos. La autoridad contratante y también el público deberían poder confiar en la continuidad de los servicios y las condiciones en las que estos se prestan. Es indudable que es necesario que el marco jurídico de las APP pueda adaptarse para atender a las necesidades cambiantes (véase ...). Sin embargo, las modificaciones injustificadas, inoportunas o arbitrarias de las leyes y los reglamentos desestabilizan el desempeño del

socio privado, debilitan la confianza mutua que se necesita para que la APP dé buen resultado y, en última instancia, ponen en peligro los objetivos y las políticas de la administración pública en materia de desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos.

12. La estabilidad del marco jurídico de las APP permitiría predecir qué dispondrán las resoluciones administrativas o judiciales que se dicten, lo que tiene efectos positivos para todas las partes interesadas. El socio privado, por ejemplo, podrá planificar y gestionar el proyecto de manera más eficiente si puede basar sus decisiones en el resultado que previsiblemente tendrán diversos procedimientos administrativos que son necesarios durante la ejecución del proyecto (permisos de construcción y zonificación, inspecciones técnicas o decisiones reglamentarias). La propia autoridad contratante puede verse afectada por las consecuencias de las decisiones de otras autoridades y también se beneficiará si el proceso es previsible. También para el público resultará tranquilizador contar con un sistema que le permita prever, por ejemplo, que las decisiones que se tomen en relación con las condiciones que deben darse para la prestación del servicio público, cuando ese es el objeto de una APP, seguirán una pauta previsible, conforme a las leyes y reglamentos aplicables, en lugar de responder a consideraciones extrínsecas. Así como la existencia de normas racionales y claras es condición para garantizar la previsibilidad, también la eficiencia de los procedimientos administrativos y las calificaciones y la capacitación de los responsables son condición para hacer cumplir el marco jurídico.

d) Gestión adecuada, integridad y rendición de cuentas

13. Según el tipo de proyecto o la naturaleza de la instalación o sistema de que se trate, una APP podría entrañar la gestión de bienes públicos, el desembolso de fondos públicos, o ambas cosas. Por consiguiente, es esencial que en las leyes y los reglamentos aplicables se establezcan salvaguardias adecuadas para impedir la mala administración, la apropiación indebida u otras formas de gestión inapropiada de los fondos o bienes públicos. La mayoría de las disposiciones a tal efecto se encuentran en las leyes y reglamentos que rigen la propiedad pública o en los procedimientos administrativos, los controles presupuestarios y contables, y en las leyes penales (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...). En todo caso, habida cuenta de la magnitud de algunos proyectos de APP, la administración pública deberá cerciorarse de que las leyes administrativas y penales serán aplicables a las APP y que no se hará uso indebido de ellas para eludir controles. En lo que respecta a las leyes específicas sobre APP o sobre sectores de infraestructura en los que se puede concertar ese tipo de asociación, es importante velar por que las disposiciones sobre planificación de las APP, la adjudicación de contratos, el contenido de estos y la explotación de la instalación o sistema de infraestructura promuevan las mejores prácticas en materia de gestión de bienes y fondos públicos y no contengan lagunas jurídicas que fomenten conductas indebidas.

14. Estrechamente vinculada a la necesidad de evitar la mala gestión de los fondos o bienes públicos se encuentra la necesidad de velar por la integridad de la adjudicación y el cumplimiento de los contratos de participación público-privada. También en este caso correspondería normalmente a otros órganos legislativos establecer las normas sustantivas destinadas a defender la integridad en forma de disposiciones penales, normas de derecho administrativo y códigos de conducta. Una cuestión fundamental para promover la integridad es la necesidad de evitar los conflictos de intereses durante todas las etapas principales de las APP, desde la planificación y la licitación hasta la finalización de un proyecto. La magnitud de muchos de los proyectos de participación público-privada, su duración (normalmente prolongada), y la necesidad de una interacción constante entre los funcionarios gubernamentales, los agentes de la autoridad contratante y los empleados o agentes del socio privado pueden crear innumerables oportunidades de soborno, extorsión y otras prácticas corruptas y fomentarlas. Es imperioso velar por que los funcionarios de la autoridad contratante no se beneficien directa ni indirectamente del proyecto ni de su trato con el socio privado. El socio privado tampoco debería ejercer una influencia indebida sobre ningún funcionario involucrado en el diseño, la selección, la ejecución o la reglamentación de

los proyectos. Se deberían establecer salvaguardias apropiadas durante el diseño de los proyectos (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...), la adjudicación del contrato (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...) y el funcionamiento (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Además de los daños económicos y financieros, las prácticas corruptas en las APP pueden tener graves consecuencias negativas para el público en general, en particular en los casos en que la APP entraña la prestación de un servicio público o la gestión de una obra de infraestructura utilizada por el público. En efecto, las prácticas corruptas suelen terminar generando una tolerancia indebida a menores niveles de seguridad o de calidad, lo que puede ser causa de accidentes o entrañar otros riesgos que pueden causar daños a los bienes o poner en peligro la salud o la vida de los ciudadanos.

15. El cumplimiento de un sistema eficaz para mantener la integridad debe asegurarse mediante un sistema eficaz de rendición de cuentas. También en este caso se prevé que los mecanismos esenciales se encuentren en otros ámbitos del derecho, en particular en las leyes penales y reglamentos administrativos y las normas sobre la etapa de investigación y juicio en las causas penales (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...). Las leyes y los reglamentos que se refieren específicamente a las APP pueden contribuir a la rendición de cuentas estableciendo requisitos apropiados acerca de la presentación y divulgación de informes, así como la posibilidad de que la autoridad contratante o algún otro órgano público competente realice una auditoría de las cuentas o solicite al socio privado de algún otro modo razonable la información pertinente (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

e) Economía y eficiencia

16. En el marco jurídico y regulatorio se deberían establecer las condiciones necesarias para que los proyectos de participación público-privada sean económicos y eficientes durante todo su ciclo de vida. Se deberá exigir a la autoridad contratante que, antes de proceder a la selección de un socio para el proyecto, lleve a cabo una evaluación rigurosa de la planificación y la viabilidad del proyecto y que examine, en particular, la medida en que la APP optimiza el uso de los recursos para lograr los efectos previstos del proyecto de que se trate (es decir, debe realizarse una prueba de la relación entre calidad y precio). Solo debe seguirse adelante con los proyectos de participación público-privada si esos análisis demuestran, por ejemplo, a) que el proyecto ofrece una relación óptima entre el costo, el tiempo y otros recursos, y la calidad del objeto del proyecto; b) que, si está estructurado como APP, se prevé que el proyecto ofrezca el nivel necesario de servicios a un menor costo en dinero, en tiempo y en otros recursos, sin reducir la calidad de esos servicios, que si hubiera sido otro tipo de proyecto; y c) que una APP brindará un nivel de servicios mejor que el requerido o que logrará una mejor rentabilidad de la inversión en el proyecto en relación con el costo en dinero, en tiempo, y en otros recursos que habría entrañado otro tipo de proyecto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de los proyectos” ...).

f) Sostenibilidad a largo plazo

17. Son objetivos importantes de la política de desarrollo de la infraestructura de un país velar por la prestación a largo plazo de los servicios públicos, mejorar constantemente la calidad de la infraestructura y lograr la sostenibilidad económica, ambiental y social. Las APP son uno de los instrumentos que puede utilizar el país para aplicar su política y, por lo tanto, las leyes y los reglamentos que se refieren específicamente a las APP deberían contribuir a promover esos objetivos. Una planificación y preparación adecuadas son indispensables para que los proyectos de infraestructura sean sostenibles, en particular cuando se llevan a cabo como APP. Entre las medidas positivas, desde una perspectiva de política general, se cuentan la formulación de un plan maestro de desarrollo de la infraestructura, incluidos los servicios públicos, y el establecimiento de sectores, proyectos o tipos de proyecto prioritarios sobre la base de consideraciones socioeconómicas, y teniendo en cuenta las

consecuencias financieras, los efectos sobre el desarrollo sostenible y otros factores pertinentes.

18. La planificación y preparación adecuadas de los distintos proyectos exige una cuidadosa selección del tipo de proyecto, sobre la base de la capacidad financiera y de otra índole de la autoridad contratante (es decir, si será un proyecto de contratación y explotación públicas o un tipo determinado de APP). Las hipótesis poco realistas sobre las ventajas o los costos que tendría un modelo de APP pueden anular las expectativas de desarrollo de la infraestructura mediante APP, y deben evitarse en lo posible mediante una planificación cuidadosa y una evaluación de los proyectos en las etapas iniciales (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs...). En efecto, una planificación deficiente o una mala concepción de normas o procedimientos pueden dar lugar a acuerdos contractuales o reglamentarios inadecuados para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública, limitar severamente la eficiencia en todos los sectores de la infraestructura, reducir la calidad de los servicios y aumentar los costos para la administración pública o los usuarios (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Desde un punto de vista legislativo, es importante cerciorarse de que el país receptor tenga la capacidad institucional necesaria para llevar a cabo las diversas tareas encomendadas a las autoridades facultadas para concertar acuerdos de participación público-privada en todas las etapas de implementación (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). Una de las formas en que la administración pública puede determinar si sus instituciones están preparadas para encargarse de proyectos de participación público-privada es llevar a cabo una evaluación de su capacidad en materia de inversiones públicas, incluido un examen de las instituciones encargadas de la planificación nacional y sectorial, la preparación de presupuestos de inversión, la selección y evaluación preliminar de proyectos y la gestión y supervisión de la ejecución de proyectos, así como un examen de los procedimientos aplicables. Es esencial que todos los recursos institucionales y administrativos de un país sean eficaces para la sostenibilidad de los proyectos de participación público-privada y el país haría bien en seguir las mejores prácticas para evaluar esos recursos⁴.

g) Competencia

19. Otra medida para aumentar la sostenibilidad a largo plazo de las APP en el contexto de una política nacional de infraestructura es lograr un justo equilibrio entre la apertura a la competencia y el monopolio de la explotación de la infraestructura y la prestación de servicios públicos. La competencia puede reducir los gastos globales y dotar al público de proveedores sustitutos de servicios esenciales. En ciertos sectores, la competencia también ha contribuido a incrementar la productividad de la inversión en infraestructura, a que se tengan más en cuenta las necesidades de los clientes y a obtener servicios públicos de mejor calidad, mejorando así el entorno empresarial en todos los sectores de la economía. [*las tres últimas oraciones del antiguo párr. 6 del cap. II, trasladadas aquí*]

20. En lo que respecta a las leyes y reglamentos directamente relacionados con las APP, la competencia tiene dos dimensiones. Por una parte, el margen para la competencia que existe en el sector o actividad de que se trate es uno de los elementos que la autoridad contratante deberá examinar en la etapa de planificación del proyecto (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). La evaluación que realice la autoridad contratante servirá de base para determinar si el socio privado tendrá derecho exclusivo a explotar la infraestructura o a proporcionar los servicios pertinentes en relación con la APP, o si el sector o el mercado podrían beneficiarse de la competencia (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. ...; véase también el presente cap., párrs. ...). Por otra parte, la competencia suele ser uno de los elementos estructurales de los sistemas de contratación pública, y tiene por objeto lograr un máximo de economía (o una “relación entre calidad y precio” adecuada) para

⁴ El Fondo Monetario Internacional, por ejemplo, ha elaborado una Evaluación de la Gestión de la Inversión Pública (EGIP) para ayudar a los países a evaluar la solidez de las prácticas de gestión de la inversión pública (véase <http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5>).

el sector público. La competencia por los contratos de participación público-privada, que consiste en un riguroso concurso en el que participan los posibles inversionistas y las entidades privadas para tener la oportunidad de adjudicarse el contrato de participación público-privada, puede reducir los gastos globales y otras demandas de recursos, incrementar la productividad de la inversión en infraestructura, aumentar la capacidad de respuesta a las necesidades de los clientes y obtener así una mejor calidad de los servicios públicos. La competencia ofrece la posibilidad de mejorar la relación entre calidad y precio de las APP y de aumentar las probabilidades de lograr el resultado previsto del proyecto de que se trate. La competencia es además uno de los principios que deben servir de guía a los sistemas de contratación pública, de conformidad con el art. 9, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Por consiguiente, en la *Guía* se recomienda enérgicamente el uso de procedimientos competitivos para la adjudicación de contratos de participación público-privada (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...). El fomento de la participación de posibles inversionistas y de entidades privadas en las APP es un requisito previo esencial de la competencia por los contratos de participación público-privada. En los procedimientos de contratación que se recomiendan en la *Guía* se reconoce, sin embargo, que, en el contexto de proyectos de infraestructura complejos, la competencia es más eficaz si se limita el número de participantes. Hay dos razones que justifican esa aparente paradoja; en primer lugar, debido a la complejidad técnica, comercial y financiera de la mayoría de los proyectos de participación público-privada, a la autoridad contratante le resultaría excesivamente engorroso, y le exigiría mucho tiempo y recursos, tener que examinar un número posiblemente elevado de propuestas; en segundo lugar, los altos costos de participación en el procedimiento desalientan a las entidades privadas de participar a menos que crean tener probabilidades razonables de adjudicarse el contrato definitivo. Por consiguiente, los procedimientos de contratación recomendados en la *Guía* comienzan con un proceso de búsqueda de un número limitado de posibles socios altamente calificados (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs...).

2. El derecho constitucional y las APP

[*Los párrs. 19 a 34 (anteriormente 7 a 22) figuraban en el cap. I “Marco legal e institucional general”. Las adiciones y modificaciones se indican en el texto.*]

21. El derecho constitucional de varios países se refiere a la obligación del Estado de asegurar la prestación de servicios públicos. A veces se enumeran los sectores de infraestructura y servicios que son de responsabilidad del Estado, mientras que otras veces se encomienda al legislador la tarea de determinar esos sectores. En algunas constituciones nacionales la prestación de ciertos servicios públicos queda reservada exclusivamente al Estado o a entidades públicas especialmente creadas con ese propósito. Sin embargo, en otras se autoriza al Estado a contratar a entidades privadas para el desarrollo y la explotación de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos. En algunos países, se limita la participación de extranjeros en determinados sectores o se exige que el Estado participe en el capital de las empresas que prestan servicios públicos.

22. Es importante que los países que deseen recurrir a las APP para desarrollar la infraestructura y los servicios públicos examinen las normas constitucionales vigentes para determinar si existen restricciones a la ejecución de proyectos con arreglo a esa modalidad. En algunos países, la incertidumbre sobre el fundamento jurídico de las APP puede retrasar su aplicación. A veces, el temor de que las APP puedan contravenir las normas constitucionales sobre los monopolios estatales o sobre la prestación de servicios públicos, ha dado lugar a controversias judiciales, con el consiguiente efecto negativo en la ejecución de los proyectos.

23. Es importante además tener en cuenta las normas constitucionales relativas a la propiedad de la tierra o de las obras de infraestructura. En el derecho constitucional de algunos países se establecen limitaciones a la propiedad privada de la tierra y de ciertos medios de producción. En otros países, se reconoce la propiedad privada, pero la Constitución dispone que todos los tipos de infraestructura o algunos de ellos son de

propiedad del Estado. Las restricciones de esa índole pueden ser un obstáculo para la ejecución de proyectos que entrañen la explotación privada, o la explotación y la propiedad privadas, de la infraestructura de que se trate (véase también el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

3. Legislación general y sectorial

24. La ley desempeña un papel fundamental en el fomento de la confianza en las APP. El marco jurídico de las APP comprenderá generalmente una ley o un conjunto de leyes principales, y reglamentos o decretos secundarios, normas internas, y orientaciones, que se basan en las decisiones de política adoptadas por el legislador y la administración pública. La ley suele entrañar un compromiso político, otorga derechos específicos y puede representar una importante garantía de la estabilidad del régimen jurídico y reglamentario que establece las normas generales con arreglo a las cuales se adjudican y ejecutan los proyectos. Las leyes que rigen la adjudicación y ejecución de los proyectos de participación público-privada, incluidas las leyes sectoriales, generalmente se complementan y deberían coordinarse con las leyes y reglamentos sobre diversas otras cuestiones, entre ellas las obligaciones internacionales del país en materia tributaria o de protección de las inversiones (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”).

25. El derecho constitucional o la práctica legislativa de algunos países pueden requerir la promulgación de disposiciones legislativas especiales para determinados proyectos. En otros países con una arraigada tradición de adjudicación de concesiones al sector privado para la prestación de servicios públicos, la legislación general faculta a la administración pública para adjudicar al sector privado cualquiera actividad llevada a cabo por el sector público cuyo valor económico permita su explotación por entidades privadas. Una legislación general de ese tipo sienta las bases para dar un tratamiento uniforme a las cuestiones que sean comunes a los proyectos de participación público-privada de diversos sectores de infraestructura.

26. No obstante, por su propia naturaleza las normas de carácter general no son el medio indicado para regular las cuestiones peculiares de cada sector. Incluso en los países que ya disponen de legislación general en la que se abordan cuestiones intersectoriales, se ha podido constatar que una legislación sectorial suplementaria permite al legislador formular normas que tengan en cuenta la estructura del mercado en cada sector (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. ...). Cabe señalar que en muchos países la legislación sectorial fue aprobada en un momento en que gran parte o incluso la totalidad de la infraestructura nacional estaba en manos de monopolios estatales. Es aconsejable que los países interesados en promover la inversión privada en infraestructura examinen la legislación sectorial vigente para determinar si es adecuada para las APP. Los países que consideren la posibilidad de adoptar una ley general sobre las APP tal vez deseen aprovechar esa oportunidad para revisar y modificar, según corresponda, las leyes sectoriales vigentes, a fin de velar por su coherencia con la ley general sobre las APP, o de lo contrario, indicar claramente cuál de las leyes prevalecerá en caso de conflicto.

27. La legislación sectorial puede desempeñar además un papel importante en el establecimiento de un marco para la reglamentación de cada sector de infraestructura (véase más adelante, párrs. ...). Esa orientación legislativa es particularmente útil en los países que se encuentran en la fase inicial de creación o desarrollo de sus propias capacidades reguladoras. Esa legislación representa una valiosa garantía de que los reguladores no tendrán facultades discrecionales ilimitadas para ejercer sus funciones, sino que estarán sujetos a los parámetros establecidos por la ley. No obstante, por lo general es aconsejable evitar la promulgación de disposiciones legislativas rígidas o excesivamente detalladas para tratar los aspectos contractuales de la ejecución de proyectos financiados mediante APP, las que en la mayoría de los casos no serían adecuadas para la larga duración de esos proyectos (véase también el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-

privada”, párrs.). y el cap. V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”, párrs.).

28. Muchos países se han valido de leyes para establecer los principios generales de organización de los sectores de infraestructura y el marco normativo, institucional y reglamentario básico. Sin embargo, tal vez la ley no sea el mejor medio de establecer requisitos técnicos y financieros detallados. Muchos países han preferido promulgar reglamentos para pormenorizar el régimen de aplicación de las disposiciones generales de la legislación nacional sobre los proyectos de participación público-privada. Se ha determinado que es más fácil adaptar los reglamentos a un cambio del entorno, ya sea que el cambio obedezca a la transición a un régimen de mercado, o a factores externos, como el uso de nuevas tecnologías o la evolución de las condiciones económicas o de mercado. Como se destaca anteriormente en la *Guía* (véanse los párrs. ...), la estabilidad del marco jurídico es esencial para promover la confianza en la política de un país sobre las APP. Los países que optan por limitar la base legislativa de los principios generales y valerse de reglamentos para las cuestiones de detalle deben evitar las modificaciones demasiado frecuentes de los reglamentos o las discrepancias entre los reglamentos y las leyes en que se basan, ya que estas suelen ser fuente de incertidumbre y de controversias en materia de APP (véase también el cap. IV “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Sea cual fuere el instrumento utilizado, la claridad y la previsibilidad son indispensables.

C. Poderes requeridos para establecer alianzas público-privadas

29. El establecimiento de alianzas público-privadas puede requerir la promulgación de leyes o reglamentos especiales que autoricen expresamente al Estado a encomendar el desarrollo de infraestructura o el suministro de servicios a entidades privadas. La existencia de una autorización legislativa expresa puede ser una medida importante para fomentar la confianza de los posibles inversionistas, nacionales o extranjeros, en una política nacional de promoción de la inversión privada en infraestructura mediante alianzas público-privadas.

1. Organismos autorizados y ámbitos de actividad pertinentes

30. En algunos ordenamientos jurídicos, la responsabilidad de la administración pública en el desarrollo de la infraestructura o la prestación de servicios públicos no se puede delegar sin previa autorización legislativa. Para los países que deseen desarrollar la infraestructura o los servicios públicos mediante APP, es especialmente importante que la ley establezca claramente la autoridad para conceder a entidades distintas de las autoridades públicas del país receptor el derecho a prestar determinados servicios públicos. Una disposición general de esa naturaleza puede ser particularmente importante en los países en que los servicios públicos son monopolios estatales, o si se prevé confiar a entidades privadas la prestación de ciertos servicios que solían ser gratuitos para el público (véase también el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...).

31. Si se promulga una normativa general, es recomendable además indicar claramente qué autoridades públicas o niveles administrativos son competentes para adjudicar proyectos de infraestructura y para actuar como autoridades contratantes. A fin de evitar demoras innecesarias, es particularmente aconsejable tener normas establecidas que permitan determinar cuáles son las personas u oficinas que están facultadas para contraer compromisos por cuenta de la autoridad contratante (y, si procede, de otras autoridades públicas) en las distintas etapas de negociación y para firmar el contrato de participación público-privada. Es útil tener en cuenta la amplitud de los poderes que puedan necesitar las autoridades distintas de la administración central para llevar a cabo proyectos que sean de su competencia. En el caso de proyectos en los que intervengan oficinas u organismos de diferente nivel administrativo (por ejemplo, de nivel nacional, provincial o local), cuando no sea posible determinar de antemano todas las oficinas y organismos competentes involucrados, puede ser necesarias otras medidas para velar por una coordinación adecuada entre esas entidades (véase más adelante, párrs. ...).

32. Para mayor claridad, conviene indicar en la legislación general los sectores en los que se podrán otorgar concesiones. Si eso no se estima factible o conveniente, la ley podría señalar las actividades que no puedan ser objeto de concesión (por ejemplo, las actividades relacionadas con la defensa o la seguridad nacionales).

2. Finalidad y alcance de las APP

33. Tal vez convenga que la ley defina el carácter y la finalidad de los proyectos para cuya ejecución se pueden establecer APP en el país. Un posible criterio sería definir las diversas categorías de proyectos de conformidad con el alcance de los derechos y obligaciones del socio privado (por ejemplo, “construcción-explotación-traspaso”, “construcción-propiedad-explotación”, “construcción-traspaso-explotación” y “construcción-traspaso”). Sin embargo, habida cuenta de la gran variedad de fórmulas que pueden entrar en juego en relación con la inversión privada en infraestructura (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. ...), ese criterio no es aconsejable. Otra posibilidad sería que la ley dispusiera en general que se pueden concertar acuerdos de APP para el desarrollo de cualquier tipo o un tipo específico de infraestructura o servicios públicos. La ley podría aclarar que las APP pueden implicar la prestación directa de servicios al público por el socio privado en virtud de una concesión otorgada por la autoridad competente, o la gestión y explotación de una obra de infraestructura utilizada por la autoridad contratante u otro órgano gubernamental para la prestación de servicios públicos o para albergar sus propias actividades. La ley podría precisar además que la remuneración del socio privado podría consistir en el derecho a cobrar un precio por la utilización de la obra o los locales o por el servicio o los bienes que genera, o en otro tipo de pago o remuneración convenida por las partes. Por último, sería conveniente que la ley aclarara además que las APP se pueden utilizar para la construcción y explotación de una nueva obra o sistema de infraestructura o para el mantenimiento, la reparación, el reacondicionamiento, la modernización, la ampliación y la explotación de instalaciones o sistemas de infraestructura existentes, o solo para la gestión y prestación de un servicio público.

34. Otra cuestión importante es la naturaleza de los derechos conferidos al socio privado, concretamente la cuestión de si el derecho a prestar el servicio es exclusivo o si el socio privado se enfrentará a la competencia de otros proveedores de obras o servicios de infraestructura. La exclusividad puede referirse al derecho a prestar un servicio en una región geográfica determinada (por ejemplo, una empresa municipal de abastecimiento de agua potable) o abarcar todo el territorio del país (por ejemplo, una empresa nacional de ferrocarriles); puede referirse al derecho a suministrar un tipo particular de bienes o servicios a un cliente determinado (por ejemplo, un generador de energía que sea el proveedor regional exclusivo de una empresa de transmisión y distribución de electricidad) o a un grupo limitado de clientes (por ejemplo, una empresa nacional de comunicaciones telefónicas de larga distancia que proporcione conexiones con empresas telefónicas locales).

35. La decisión de conceder o no derechos exclusivos a un determinado proyecto o categoría de proyectos debería adoptarse teniendo en cuenta la política del país receptor respecto del sector de que se trate. Como se indicó anteriormente, el alcance de la competencia varía considerablemente de un sector de infraestructura a otro. Si bien algunos sectores, o segmentos de sectores, presentan características de monopolios naturales, en cuyo caso su apertura a la competencia no suele ser una opción económicamente viable, otros sectores de infraestructura se han abierto con éxito a la libre competencia (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. ...).

36. Conviene, por ello, ser flexible en lo relativo a la exclusividad. En lugar de excluir o prescribir las APP exclusivas, tal vez sea preferible que la ley autorice la concesión de derechos exclusivos cuando se considere que obedece a razones de interés público, como en los casos en que se justifica la exclusividad porque garantiza la viabilidad técnica o económica del proyecto. La autoridad contratante deberá indicar las razones para la concesión de exclusividad en la evaluación y los estudios que debe llevar a cabo antes de iniciar el procedimiento de selección del socio privado (véase el cap. II,

“Planificación y preparación de proyectos”, ...). Las leyes sectoriales también pueden reglamentar la cuestión de la exclusividad de manera apropiada para cada sector.

D. Coordinación administrativa

[La Secretaría propone que se trasladen los párrafos 23 a 29 de la sección D del cap. I al proyecto de cap. II revisado, que figura en el documento A/CN.9/939/Add.2.]

E. Reglamentación de los servicios de infraestructura

[Los párrs. 35 a 37 (anteriormente 30 a 32) figuraban en el cap. I “Marco legal e institucional general”. Las adiciones y modificaciones se indican en el texto.]

37. Los proyectos de APP que implican el suministro directo de bienes o servicios al público por el socio privado (“concesión mediante APP”) a menudo se refieren a sectores o actividades que están sujetos a reglamentación especial. El régimen reglamentario aplicable puede consistir en normas sustantivas, procedimientos, instrumentos e instituciones. Ese régimen constituye un importante medio de aplicación de la política oficial en el sector de que se trate (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. ...). En función de la estructura institucional del país de que se trate y de la distribución de poderes entre los diferentes niveles de administración pública, tal vez sea la legislación provincial o local la que rijan algunos sectores de infraestructura, en forma exclusiva o paralelamente con la legislación nacional.

38. La regulación de los servicios de infraestructura entraña una amplia variedad de cuestiones de orden general y sectorial, que pueden variar considerablemente en función de la realidad social, política, jurídica y económica de cada país receptor. Aunque algunos de los principales problemas de reglamentación con que se tropieza en un contexto similar en diferentes sectores (véase, por ejemplo, el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ... y ...) se examinan ocasionalmente en la *Guía*, esta no pretende tratar en forma exhaustiva las cuestiones jurídicas o normativas que se derivan de la reglamentación de diversos sectores de infraestructura. La expresión “organismos reguladores” se refiere a los mecanismos institucionales necesarios para aplicar y supervisar las normas que rigen las actividades de las empresas de infraestructura. Debido a que las normas aplicables a la explotación de obras de infraestructura suelen permitir cierto grado de discrecionalidad, se necesita un órgano que las interprete y aplique, supervise su cumplimiento, imponga sanciones y solucione las controversias que se deriven de su aplicación. La determinación de las tareas regulatorias concretas y del grado de discrecionalidad que implican corresponderá a las normas en cuestión, las que pueden variar considerablemente.

39. La *Guía* parte del supuesto de que un país que decide autorizar el establecimiento de APP en cualquiera de esos sectores se ha cerciorado de que cuenta con las estructuras institucionales y burocráticas adecuadas y los recursos humanos necesarios para hacerlo. No obstante, como ayuda a los órganos legislativos internos que consideren necesario y conveniente establecer organismos reguladores que se encarguen de supervisar la prestación de servicios públicos, en la presente sección se examinan algunas de las principales cuestiones institucionales y de procedimiento que puedan presentarse a ese respecto. El análisis que figura en la presente sección ilustra las distintas opciones que se han utilizado como medidas legislativas internas para establecer un régimen normativo de las APP, pero eso no significa que en la *Guía* se promueva el establecimiento de un modelo o estructura administrativa en particular. Se puede obtener información práctica y asesoramiento técnico de las instituciones financieras internacionales que llevan a cabo programas para ayudar a sus países miembros a establecer un marco normativo adecuado (como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo).

[La Secretaría no propone modificaciones sustantivas a los párrafos 33 a 51, sección E, del cap. I, que figuran en la Guía legislativa, a excepción de los cambios terminológicos que se indican en los párrs. 17 a 19 y 31 del documento A/CN.9/939, los que, de ser aprobados por la Comisión, serán incluidos por la Secretaría en la versión final de la Guía.]

Disposiciones generales

Disposición modelo 1. Principios rectores de la APP

Opción 1

CONSIDERANDO que el [Estado] [Parlamento] de [...] desea permitir que se haga uso de alianzas público-privadas para el desarrollo de la infraestructura y la prestación de servicios conexos al público;

CONSIDERANDO que, con estos propósitos, el [Estado] [Parlamento] estima conveniente reglamentar las alianzas público-privadas a fin de aumentar la transparencia, la equidad, la estabilidad y la previsibilidad; promover la gestión adecuada, la integridad, la competencia y la economía; y garantizar la sostenibilidad a largo plazo;

[Otros objetivos que el Estado promulgante tal vez desee enunciar];

Aprueba e incorpora al derecho interno el texto siguiente:

Opción 2

Por la presente ley se establecen los procedimientos necesarios para la aprobación, adjudicación y ejecución de proyectos de participación público-privada, de conformidad con los principios de transparencia, equidad, estabilidad, buena gestión, integridad, finalización, economía y sostenibilidad a largo plazo.

Disposición modelo 2. Definiciones

A efectos de la presente ley:

a) Se entenderá por “alianza público-privada” un acuerdo entre la autoridad contratante y una entidad privada para la ejecución de un proyecto de infraestructura, a cambio de pagos que serán efectuados por la autoridad contratante o los usuarios de la instalación;

b) Se entenderá por “infraestructura” u “obra de infraestructura” las instalaciones físicas y los sistemas a través de los cuales se presten directa o indirectamente servicios al público en general;

c) Se entenderá por “proyecto de infraestructura” la concepción, la construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas instalaciones de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de instalaciones de infraestructura ya existentes;

d) Se entenderá por “autoridad contratante” la autoridad pública facultada para celebrar un contrato de participación público-privada [*conforme a lo dispuesto en la presente ley*]¹;

e) Se entenderá por “socio privado” la entidad privada contratada por la autoridad contratante para llevar a cabo un proyecto en el marco de un contrato de participación público-privada;

f) Se entenderá por “contrato de participación público-privada” el acuerdo o los acuerdos mutuamente vinculantes concertados entre la autoridad contratante y el

¹ Cabe señalar que esta definición se refiere únicamente a la facultad de celebrar contratos de participación público-privada. Dependiendo del régimen de regulación del Estado promulgante, puede haber un órgano independiente, definido como “organismo regulador” en el apartado h), que esté facultado para emitir las normas y reglamentos que gobiernen la prestación del servicio pertinente.

socio privado en que se establezcan las condiciones para el establecimiento de una APP;

g) Se entenderá por “licitante” u “licitantes” las personas o los grupos de personas que participen en el procedimiento de selección para la adjudicación del contrato de participación público-privada²;

h) Se entenderá por “propuesta no solicitada” toda propuesta relativa a la ejecución de un proyecto de infraestructura que no se presente a raíz de una solicitud o de una convocatoria realizada por la autoridad contratante en el contexto de un procedimiento de selección;

i) Se entenderá por “organismo regulador” una autoridad pública facultada para emitir y hacer cumplir las normas y reglamentos que rijan la instalación de infraestructura o la prestación de los servicios pertinentes³.

Disposición modelo 3. Facultad para celebrar contratos de participación público-privada

Estarán facultadas para celebrar contratos de APP⁴ a efectos de la ejecución de proyectos de infraestructura comprendidos dentro de sus respectivas esferas de competencia, las siguientes autoridades públicas: *[el Estado promulgante enumerará aquí las autoridades públicas pertinentes del país receptor que pueden celebrar contratos de APP, por medio de una lista exhaustiva o indicativa de autoridades públicas, una lista de tipos o categorías de autoridades públicas o una lista en que se combinen ambos criterios]*⁵.

Disposición modelo 4. Sectores en que pueden requerirse o ejecutarse proyectos de infraestructura

Las autoridades competentes podrán celebrar contratos de APP en los siguientes sectores: *[el Estado promulgante indicará aquí los sectores pertinentes enumerándolos en una lista exhaustiva o indicativa]*⁶.

² La expresión “licitante” o “licitantes” comprende, según el contexto, a las personas que hayan solicitado una invitación para participar en el procedimiento de preselección o las personas que hayan presentado una propuesta a raíz del llamado a presentación de propuestas emitido por una autoridad de contratación.

³ Puede ser necesario establecer la composición, la estructura y las funciones de ese organismo regulador en una disposición legislativa especial (véanse los párrs. ...).

⁴ Es conveniente establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de expedir las aprobaciones, licencias, permisos o autorizaciones necesarias para la ejecución de proyectos de participación público-privada de conformidad con las disposiciones legislativas o reglamentarias sobre la construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto. (Véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...). Además, en el caso de los países que prevean la posibilidad de ofrecer formas específicas de apoyo de la administración pública a los proyectos de infraestructura, quizás sea útil que la normativa pertinente, por ejemplo, las leyes o reglamentos que regulan las actividades de las entidades autorizadas a ofrecer apoyo del Estado, establezcan claramente qué entidades están fomentadas a prestar ese apoyo y qué tipo de apoyo puede prestarse (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...).

⁵ En general, los Estados promulgantes tienen dos opciones para completar la redacción de esta disposición modelo. Una de ellas consiste en proporcionar una lista de autoridades facultadas para celebrar contratos de concesión, ya sea en la propia disposición modelo o en un anexo de esta. La otra opción consiste en que el Estado promulgante indique el rango de las autoridades que pueden celebrar esos contratos, aunque sin nombrarlas explícitamente. En un Estado federal, por ejemplo, esa cláusula de habilitación podría referirse a “la Unión, los estados [o provincias] y los municipios”. En cualquier caso, es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen incluir una lista exhaustiva de autoridades prevean mecanismos que permitan revisar la lista cuando sea necesario. Una posibilidad a ese efecto sería la de presentar la lista en un anexo de la ley o en los reglamentos que se adopten conforme a dicha ley.

⁶ Es aconsejable que los Estados promulgantes que deseen presentar una lista exhaustiva de los sectores prevean mecanismos que permitan revisar esa lista en caso necesario. Una posibilidad a ese efecto sería la de presentar la lista en un anexo de la ley o en los reglamentos que se adopten, conforme a dicha ley.

II. Planificación y preparación de proyectos

A. Observaciones generales

1. Las alianzas público-privadas son uno de los medios que utiliza la administración pública para desarrollar la infraestructura o los sistemas necesarios para prestar un servicio público o respaldar las funciones de una entidad pública. Si se conciben e implementan de manera adecuada, las APP ofrecen la posibilidad de reducir la cuantía de los fondos y otros recursos públicos que se destinan al desarrollo de la infraestructura o a la prestación de servicios públicos. También hacen posible transferir al sector privado una serie de riesgos que ese sector tal vez pueda controlar o atenuar en forma más eficiente o económica que la administración pública.

2. La medida en que los beneficios previstos se materialicen realmente dependerá de diversos factores. Estos son la idoneidad y estabilidad del marco jurídico y regulatorio general (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. ...), la selección de un socio privado calificado (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...), la viabilidad técnica y comercial del proyecto, la solidez de los arreglos contractuales y su idoneidad durante toda la vida del proyecto (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Si bien algunos de los factores que conforman esta ecuación tal vez estén fuera del control de las partes, es requisito previo esencial para el éxito de una APP que haya una etapa de planificación y preparación minuciosa, rigurosa y llevada a cabo en forma profesional, en la que se pongan a prueba las hipótesis de los proyectos y se prevean los riesgos y las contingencias durante todo el ciclo de vida de la APP.

3. Por lo tanto, como se indica en la sección B, el marco jurídico de las APP deberá requerir un examen obligatorio de las hipótesis del proyecto, y proporcionar los mecanismos necesarios para realizarlo, a fin de que las autoridades competentes puedan determinar con exactitud si una APP es la opción adecuada para el desarrollo de la infraestructura o servicio de que se trate, en comparación con su contratación, financiación y gestión directas por la administración pública (párrs. ...). En esos estudios preliminares también se deberán analizar los principales riesgos que presentan las APP, incluidas las soluciones contractuales comunes para la distribución de los riesgos, y el grado de flexibilidad necesario para que esa distribución sea eficiente (véase la sección C, párrs. ...). En la sección D, (párrs. ...), se examinan los aspectos institucionales y administrativos de la preparación y coordinación de los proyectos. En la sección E (párrs. ...) se enuncian las consideraciones de política que la administración pública tal vez desee tener en cuenta al considerar el nivel de respaldo público directo que se puede prestar a los proyectos de infraestructura, tales como el grado de interés público en la ejecución de un proyecto determinado y la necesidad de evitar que la administración pública asuma un pasivo contingente de límites indefinidos o excesivo. Por último, en las secciones F (párrs. ...) y G (párrs. ...) se describen las garantías y medidas de apoyo que pueden proporcionar los organismos de crédito a la exportación y los organismos de promoción de la inversión.

4. En otros capítulos de la presente *Guía* se tratan los aspectos relacionados con el régimen jurídico del país receptor que son pertinentes para el crédito y el análisis de los riesgos del proyecto. Se remite al lector, en particular, a los capítulos IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”; V, “Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada”; VI, “Solución de controversias”; y VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”. [*antiguo párr. 7 del cap. II*]

B. Evaluación del proyecto y opciones

5. Una medida importante para el éxito de la APP es exigir que la autoridad pública competente realice una evaluación preliminar de la viabilidad del proyecto, incluidos los aspectos económicos y financieros, tales como las ventajas económicas previstas del proyecto, los costos estimados y los posibles ingresos que reportará la explotación de la obra de infraestructura, así como las repercusiones económicas, sociales y ambientales

del proyecto. En particular, en los estudios que prepare la autoridad contratante se deberá indicar claramente el producto previsto del proyecto, dar razones suficientes para justificar la inversión, proponer una modalidad de participación del sector privado y exponer una solución concreta que permita obtener el producto requerido. [*el párr. 5 trasladado aquí del párr. 25, sección D del cap. I, "Marco legal e institucional general"*]

1. Evaluación de la economía y eficiencia ("relación entre calidad y precio")

6. Uno de los principales objetivos de todo sistema de adjudicación de contratos públicos, y una preocupación fundamental de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, por ejemplo, es alcanzar un máximo de economía y eficiencia. En la *Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo* se observa, a este respecto, que por "economía" (que se suele denominar "optimización de los recursos" o "mayor valor"), se entiende una relación óptima entre el precio y otros factores, en particular la calidad del objeto de la contratación, relación que se basa en el supuesto de que las necesidades de la entidad pública adquirente quedan realmente atendidas. En la contratación pública, se entiende por "eficiencia" una relación directamente proporcional entre el costo de la adjudicación, más el tiempo de tramitación administrativa de cada contratación, y el valor obtenido. El término "eficiencia" también abarca la idea de que los costos del sistema de adjudicación en su totalidad son proporcionales, asimismo, al valor de todos los contratos adjudicados por medio del sistema.

7. La economía y la eficiencia son objetivos fundamentales de todos los proyectos de APP. Algunos de ellos se inscriben en el ámbito de aplicación de la ley general de contratación pública, en particular aquellos en que la autoridad contratante se compromete a efectuar pagos directos al socio privado. Otros tipos de proyectos de APP, sin embargo, no entrañan el desembolso de fondos públicos para el pago de la entidad asociada del proyecto, y la función de la autoridad contratante, como entidad gestora global del proyecto, puede ser muy diferente de la función de la administración pública en la contratación pública tradicional. Esto significa que los conceptos de economía y eficiencia (o "relación entre calidad y precio") en la APP tienen un significado más amplio que en el contexto restringido de la contratación pública.

8. En efecto, en el contexto de las APP, en lugar de centrarse en el precio pagado por las obras realizadas o los servicios prestados por el socio privado, la administración pública debe estar en condiciones de demostrar que la ejecución del proyecto como APP no solo es una opción más económica, sino también más eficiente, por ejemplo, que la ejecución mediante la contratación pública de obras o servicios o la explotación pública de la infraestructura o el sistema de servicios. Los proyectos de APP mal concebidos o mal diseñados pueden conducir a su fracaso y a la disrupción del servicio público, dar origen a sobrecostos o al temor de que el sector privado obtenga utilidades indebidas a costa del interés público. Con miras a asegurar la transparencia y la buena gobernanza, la autoridad contratante debe demostrar que la ejecución del proyecto como APP, ofrece la mejor "relación entre calidad y precio". Por lo tanto, la ley debería exigir una evaluación exhaustiva de la economía y la eficiencia del proyecto ("relación entre calidad y precio") como paso obligatorio en el proceso de aprobación de los proyectos propuestos, y como condición previa para que la autoridad contratante inicie los preparativos de selección del socio del proyecto.

9. En general, la prueba deberá incluir un análisis cuantitativo y cualitativo de los costos, los beneficios y la calidad del proyecto, que demuestre de manera concluyente que la ejecución del proyecto como APP es la mejor opción disponible. Se considerará que un proyecto de APP ofrece una "relación entre calidad y precio" adecuada solo si la gestión del proyecto como APP daría como resultado una mejor calidad a un costo más bajo que la utilización de cualquier otro método o acuerdo para llevar a cabo el proyecto o lograr un resultado comparable. Incluso puede ser conveniente repetir la prueba después del proceso de licitación, a fin de lograr plena coherencia entre el método de cálculo y los resultados (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. ...).

10. La autoridad contratante podrá utilizar diversos mecanismos para realizar una evaluación de la relación entre calidad y precio. Un mecanismo común y ampliamente utilizado es el denominado “comparador del sector público”. Esta prueba consiste en una estimación del costo teórico de un proyecto del sector público durante todo su ciclo de vida si lo llevara a cabo la administración pública. El comparador del sector público utiliza la especificación del producto propuesta y la distribución de los riesgos propuesta como base para comparar la opción de APP con un modelo hipotético de los costos del proyecto si lo llevara a cabo el sector público con arreglo a la modalidad más eficiente de ejecución de proyectos que ofreciera el mismo nivel y calidad de servicios que se espera del sector privado, y teniendo en cuenta los riesgos del proyecto durante su ciclo de vida. El punto de partida es normalmente la mejor estimación de los costos de capital y de los gastos de explotación y mantenimiento mientras dure el proyecto si este es ejecutado por el sector público.

11. La metodología para llevar a cabo una prueba de la “relación entre calidad y precio” y la matriz exacta de factores que deben tenerse en cuenta pueden variar en función de la naturaleza del proyecto, y pueden evolucionar con el tiempo. Si existe una autoridad central con facultades de aprobación, coordinación o asesoramiento (véase la sección ...), el país receptor podría considerar la posibilidad de establecer estructuras especializadas en el examen periódico o sistemático de la metodología utilizada y establecer parámetros apropiados para ello. Cabe señalar, sin embargo, que la utilidad y exactitud de una evaluación de la relación entre calidad y precio depende de que se disponga de comparadores del sector público y de la fiabilidad de estos, que puede ser limitada en los países con poca experiencia en materia de alianzas público-privadas o de prácticas avanzadas de gestión y contabilidad públicas, como puede ocurrir en algunos países en desarrollo. Por otra parte, un análisis correcto de la “relación entre calidad y precio” tal vez esté fuera de la capacidad de algunas autoridades públicas, pues los datos necesarios para llevar a cabo la evaluación pueden ser insuficientes o incompletos. Además, la eficiencia de la entidad pública que se utilizará en la comparación influirá de manera considerable en los costos del proyecto, y la autoridad contratante tal vez no posea los conocimientos necesarios para incluir adecuadamente el desempeño del sector público como parte de un análisis comparativo. Esas posibles limitaciones ponen de relieve la importancia de que la autoridad contratante u otros órganos encargados de la planificación de las APP cuenten con los recursos humanos y técnicos necesarios para llevar a cabo la evaluación. Sería recomendable además que la administración pública se mantuviera al corriente de las normas y orientaciones internacionales vigentes para una evaluación adecuada de la relación entre calidad y precio⁵.

12. La necesidad de una confirmación precisa y realista del estudio de viabilidad del proyecto es aún más importante en vista de la estructura de financiación de la mayoría de los proyectos ejecutados por APP. Anteriormente, la financiación mediante deuda del desarrollo de la infraestructura se efectuaba con créditos de los patrocinadores de los proyectos, de organismos multilaterales y nacionales de crédito a la exportación, de fuentes públicas y de otros terceros. Esas fuentes tradicionales han resultado insuficientes para atender a las crecientes necesidades de capital para infraestructura. De hecho, los proyectos de APP se han venido financiando cada vez con más frecuencia

⁵ Para apoyar a los gobiernos en las primeras fases de la identificación y selección de proyectos aptos para ser ejecutados bajo la modalidad de APP, la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (CESPAP) preparó un instrumento en línea titulado *PPP qualitative value-for-money toolkit*, que permite a los gobiernos y a las autoridades públicas seleccionar el proyecto de participación público-privada adecuado, sobre la base de la relación entre calidad y precio. El instrumento se puede consultar en la siguiente dirección: <https://ppp.unescap.org/>. Véase también Banco Mundial, 2017. *Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3, Section 3.2.4 Assessing Value for Money of the PPP*. Banco Mundial, Washington, D.C. © Banco Mundial; Instituto del Banco Mundial; Servicio de Asesoramiento para Infraestructura Pública y Privada. 2013. *Value-for-Money Analysis-Practices and Challenges: How Governments Choose When to Use PPP to Deliver Public Infrastructure and Services*. Banco Mundial, Washington, D.C. © Banco Mundial.

con arreglo a la denominada financiación en función del proyecto. [*antiguo párr. 2 del cap. II*].

13. La financiación en función del proyecto es un método de financiación que procura establecer la capacidad crediticia de la sociedad del proyecto “por sus propios méritos”, aun antes de que se haya iniciado la construcción de las obras o de que se hayan generado ingresos, y obtener préstamos sobre la base de ese crédito. Algunos comentaristas han observado que la financiación en función del proyecto puede ser la clave para desbloquear las grandes reservas de capital teóricamente disponibles en los mercados de capitales para la inversión en infraestructura. Sin embargo, la financiación en función del proyecto tiene características distintivas y exigentes desde un punto de vista financiero. La principal de ellas es que, dentro de una estructura de financiación en función del proyecto, las partes financiadoras deben confiar principalmente, para su reembolso, en los activos y el flujo de efectivo de la sociedad del proyecto. Si el proyecto fracasa, no podrán recurrir para su reembolso, o solo podrán hacerlo en forma limitada, a los haberes financieros de una empresa promotora del proyecto o de un tercero (véase también “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. 54 y 55). [*antiguo párr. 3 del cap. II*]

14. La metodología financiera de la financiación en función del proyecto requiere una proyección precisa de los costos de capital, de los ingresos y costos previstos, y de los demás gastos, impuestos y deudas del proyecto. Con el fin de prever esas cifras con precisión y certeza, y para crear un modelo financiero del proyecto, suele ser necesario proyectar las cifras básicas de ingresos, costos y gastos de la sociedad del proyecto durante un largo período, generalmente de 20 años o más, para determinar la cuantía de deuda y de capital social que el proyecto podrá remunerar. Para ese análisis es esencial determinar los riesgos y cuantificarlos. Por ese motivo, la determinación, evaluación, distribución y atenuación de los riesgos son esenciales para la financiación de proyectos desde un punto de vista financiero. [*antiguo párr. 4, cap. II*] En efecto, la distribución de los riesgos es la base de toda APP, y una comprensión cabal de los acuerdos de distribución de los riesgos es condición previa fundamental para la redacción del contrato de participación público-privada. La aplicación adecuada de los principios de distribución de los riesgos es lo que determina si un proyecto de participación público-privada determinado será capaz de atraer financiación y si será sostenible durante todo su ciclo de vida. (Una breve exposición de los riesgos más comunes de las APP y un examen general de la distribución de los riesgos figuran en la sección B, párrs. ...).

2. Evaluación del riesgo fiscal

15. Otra razón importante para exigir una confirmación exacta y realista del estudio de viabilidad del proyecto como condición precedente para que el proyecto siga adelante como APP es la necesidad de evitar gastos imprevistos para el sector público (“riesgo fiscal”). En muchos países, los proyectos de inversión se han llevado a cabo como APP no por razones de eficiencia, sino para eludir las limitaciones presupuestarias y aplazar el registro de los costos fiscales derivados de la prestación de servicios de infraestructura. De ahí que algunas administraciones públicas terminaran llevando a cabo proyectos que, o no se podían financiar dentro de sus recursos presupuestarios, o exponían a las finanzas públicas a un riesgo fiscal excesivo. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante o cualquier entidad central responsable en general de la política relacionada con las APP (véase el párr. ... más adelante) evalúe en esta etapa los posibles costos y riesgos fiscales derivados de un proyecto de APP propuesto, si esa evaluación no es ya parte integrante de la evaluación obligatoria de la “relación entre calidad y precio” (véanse los párrs. ...). A fin de realizar una estimación cabal de los resultados previstos y las consecuencias presupuestarias del proyecto durante todo su ciclo de vida, en la evaluación se deberían tener en cuenta como mínimo las cuatro variables principales siguientes de los proyectos de participación público-privada:

a) *El promotor del proyecto*: Los efectos de los principales indicadores fiscales (es decir, el déficit y la deuda) varían según cuál sea la entidad pública responsable en

última instancia del proyecto (por ejemplo, autoridades centrales o locales, empresas estatales, etc.);

b) *Quién controla el activo*: El nivel probable y el alcance del riesgo fiscal varían en función de la capacidad de control que tenga la administración pública sobre el activo físico relacionado con la APP —ya sea mediante propiedad, arrendamiento, derecho de uso u otros derechos;

c) *Quién financia en último término la infraestructura*: La estructura de financiación del proyecto (es decir, si la administración pública financia la instalación o el sistema de infraestructura con fondos públicos; si el socio privado cobra derechos directamente a los usuarios de la instalación o sistema de infraestructura; o si existe una combinación de ambas cosas) es crucial para evaluar las consecuencias del proyecto sobre los principales agregados fiscales;

d) *Si la administración pública proporciona respaldo adicional al proyecto*. La administración pública no solo puede financiar los proyectos de participación público-privada directamente, sino que también puede respaldarlos por diversos medios, como garantías, capital social, o beneficios fiscales y aduaneros (véanse los párrs. ... más adelante). La evaluación anticipada de los efectos fiscales de todo respaldo público previsto para un proyecto de APP será esencial para evitar la exposición a pasivos sin límites definidos y garantizar un compromiso de recursos públicos a largo plazo que promueva la sostenibilidad de la estrategia y las políticas de desarrollo de la infraestructura del país.

16. La administración pública puede valerse de métodos e instrumentos diversos para llevar a cabo esa evaluación. El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial han elaborado un instrumento analítico para ayudar a los Estados a cuantificar las consecuencias macrofiscales de los proyectos ejecutados en el marco de una APP. Destinado a ser utilizado principalmente por las dependencias de APP de los ministerios de finanzas, el *PPP Fiscal Risk Assessment Model (P-FRAM)* utiliza programas informáticos estándar para procesar los datos macroeconómicos y sobre proyectos específicos y generar automáticamente resultados normalizados, entre otros los siguientes: a) los flujos de fondos del proyecto; b) cuadros y gráficos fiscales tanto en efectivo como en valores devengados; c) análisis de la sostenibilidad de la deuda con y sin el proyecto de participación público-privada; d) análisis de sensibilidad de los principales agregados fiscales a los cambios en los parámetros macroeconómicos y propios de los proyectos; y e) un resumen de la matriz de riesgos del proyecto⁶.

3. Evaluación del bienestar y los efectos sociales

17. El propósito de la prueba de la “relación entre calidad y precio” es permitir la adopción de una decisión preliminar fundamentada acerca de si la APP es una opción eficiente y económicamente justificable en comparación con otras formas de ejecución de proyectos mediante contratación pública. El hecho de que un proyecto propuesto no pase la prueba de la relación entre calidad y precio no significa necesariamente que el proyecto en sí no sea viable, pero debería incitar a la autoridad contratante a considerar otras opciones que son más asequibles que una APP. Asimismo, el hecho de que una propuesta de proyecto demuestre una relación entre calidad y precio adecuada no significa necesariamente que valga la pena continuar con el proyecto como APP. La administración pública debe cerciorarse de que el proyecto satisface sus necesidades y estrategias generales de desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos (véase el Cap. I ...), así como sus políticas económicas y sociales más amplias, teniendo debidamente en cuenta los compromisos contraídos para alcanzar sus objetivos de desarrollo sostenible.

18. En efecto, la prueba de la relación entre calidad y precio, que es esencial, pone de relieve los parámetros monetariamente cuantificables de la buena gobernanza en el desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos. A fin de evaluar cabalmente los beneficios —pero también los posibles riesgos— de una APP, la administración pública

⁶ <http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5>.

debería considerar la posibilidad de realizar una evaluación diferente del proyecto. En primer lugar, desde un punto de vista puramente financiero, las autoridades involucradas tal vez deseen calcular los efectos de la disponibilidad de la infraestructura de que se trata, y la rentabilidad fiscal de la inversión, además de la situación del flujo de efectivo. En segundo lugar, como los proyectos de APP son por naturaleza de gran importancia para el público debido a su tamaño y a los servicios que prestan, la autoridad pública debe abordar los efectos sociales del proyecto durante la fase preparatoria. Es especialmente importante que la administración pública examine en qué medida el proyecto, sea que se ejecute o no como APP, se ajusta a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. En general, se recomienda evaluar en la etapa de planificación del proyecto la sostenibilidad de este y sus efectos ambientales, económicos y sociales. Desde el punto de vista de la buena gobernanza y la transparencia, es recomendable además tener en cuenta en esa etapa los intereses de los asociados y partes interesadas no comerciales —posiblemente mediante un mecanismo de consulta adecuado— con el fin de fomentar el apoyo público para el proyecto y de reducir el riesgo de problemas o incluso de litigios en etapas posteriores.

4. La cuestión de la exclusividad

19. En la etapa de planificación la autoridad contratante deberá considerar, además, hasta qué punto deberá el socio privado obtener derechos exclusivos de explotación de la infraestructura o de prestación del servicio pertinente, o si el socio privado necesitará realmente esa exclusividad como garantía de recuperación de la inversión inicial. Al hacer esa evaluación preliminar se deberá tener en cuenta el alcance geográfico de la exclusividad —si esta se concede— y las políticas del país respecto del sector de que se trate (véase “Introducción e información general sobre las APP”, párrs. ... y el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. ...). La cuestión de la exclusividad no solo desempeñará un papel fundamental en la evaluación de la viabilidad financiera y comercial del proyecto y de sus efectos económicos y sociales, sino que, desde un punto de vista práctico, la exclusividad será una de las principales disposiciones del contrato (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada, párrs. ...), y repercutirá en el nivel de respaldo público que pueda necesitar el socio privado (véase la sección D, Respaldo público, f) Protección frente a la competencia).

20. La autoridad contratante deberá examinar minuciosamente los efectos macroeconómicos y las desventajas normativas que entraña la concesión de derechos exclusivos al socio privado, así como los costos globales en materia de bienestar de la eliminación de la competencia. Como es posible que los socios privados tengan gran interés en la exclusividad, el riesgo de confabulación y de corrupción en este contexto puede ser especialmente elevado. En las leyes y reglamentos se podrán establecer parámetros apropiados para la concesión de exclusividad, y en general se deberá exigir a la autoridad contratante que justifique su recomendación favorable a la exclusividad.

C. Los riesgos del proyecto y su distribución

21. La distribución precisa de los riesgos entre las distintas partes interesadas se decide normalmente después de examinar una serie de factores, como el interés público en el desarrollo de la infraestructura de que se trata y el nivel de riesgo a que se enfrentan la sociedad del proyecto, y otros inversionistas y prestamistas (y la medida de su capacidad y disposición para absorber esos riesgos a un costo aceptable). Una distribución adecuada de los riesgos es fundamental para reducir los costos del proyecto y garantizar el éxito de su ejecución. A la inversa, una distribución inapropiada de los riesgos del proyecto puede comprometer la viabilidad financiera de este o impedir su gestión eficiente, lo que aumenta el costo de los servicios. [*antiguo párr. 1 del cap. II*]

[*La Secretaría no propone modificaciones sustantivas importantes a los párrs. 8 a 29 de la sección B del cap. II, tal como figuran en la Guía legislativa, a excepción de los cambios terminológicos que se indican en los párrs. 17 a 19 y 31 del documento*

A/CN.9/939, los que, de ser aprobados por la Comisión, serán incluidos por la Secretaría en la versión final de la Guía.]

D. Coordinación administrativa

[Los párrs. 22 a 24 y 29 a 31 han sido trasladados aquí desde la sección D del cap. I, “Marco jurídico e institucional general”. Las adiciones y modificaciones se indican en el texto.]

22. La estructura administrativa del país receptor tal vez exija para las APP la participación de varias autoridades públicas, situadas a distintos niveles de la administración. Por ejemplo, la competencia para establecer normas y reglamentos relativos a la actividad de que se trate puede corresponder total o parcialmente a una autoridad pública de un nivel diferente a la que se encarga de prestar el servicio pertinente. También puede ocurrir que la función reguladora y la función operacional correspondan a una sola entidad, pero que la facultad de adjudicar contratos públicos corresponda a una autoridad pública diferente. En el caso de los proyectos en los que hay inversión extranjera, también puede ocurrir que determinadas competencias específicas correspondan al mandato de un organismo encargado de aprobar las propuestas de inversión extranjera.

23. La experiencia internacional ha demostrado la conveniencia de encomendar a una dependencia central de la administración del país receptor la responsabilidad general de formular políticas y ofrecer orientación práctica sobre las APP. Esa dependencia central también podrá encargarse además de coordinar las aportaciones de las principales autoridades públicas con las que deba colaborar la sociedad del proyecto. Sin embargo, se reconoce que un acuerdo de ese tipo tal vez no sea posible en algunos países, debido a su estructura administrativa particular. Cuando no sea factible establecer esa dependencia central, podrían considerarse otras medidas a fin de que haya un nivel adecuado de coordinación entre las diversas autoridades públicas interesadas, como se indica en los párrafos siguientes.

1. Coordinación de las medidas preparatorias

24. Una vez definido el futuro proyecto y tras haber decidido que la APP propuesta es la mejor opción para su ejecución, corresponde a la administración pública establecer la prioridad relativa del proyecto y asignar recursos humanos y de otra índole para su ejecución. En ese momento, es conveniente que la autoridad contratante examine los requisitos legales o reglamentarios para la explotación de instalaciones de infraestructura del tipo propuesto, con vistas a determinar cuáles son las principales autoridades públicas cuya colaboración será necesaria para la ejecución del proyecto. También es importante en esta etapa considerar qué medidas pueden ser necesarias para que la autoridad contratante y las demás autoridades públicas involucradas cumplan las obligaciones que quepa razonablemente prever en relación con el proyecto. Por ejemplo, la administración pública tal vez tenga que adoptar con antelación disposiciones presupuestarias que permitan a la autoridad contratante o a otras autoridades públicas cumplir los compromisos financieros que se extienden a lo largo de varios ciclos presupuestarios, como los compromisos a largo plazo para la compra del producto del proyecto (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”. párrs. ... y ...). Además, puede ser necesario adoptar una serie de medidas administrativas para poner en práctica determinadas formas de apoyo que se presten al proyecto, como exenciones tributarias y facilidades aduaneras (véase el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...), lo que puede requerir un tiempo considerable.

2. Preparativos para la selección del socio privado.

25. La elección del socio privado más capaz de desarrollar el proyecto a satisfacción de la autoridad contratante es la condición fundamental para el éxito del proyecto. Es por esa razón que la autoridad contratante debe dedicarse lo antes posible a preparar un procedimiento de selección apropiado para lograr ese resultado (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”). Al igual que la mayoría de las leyes modernas sobre la contratación pública, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública concede en general a la entidad adjudicadora la flexibilidad necesaria para determinar lo que constituirá un uso óptimo de los recursos en cada contratación y la forma de llevar a cabo el procedimiento de contratación a fin de lograrlo. En concreto, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública otorga a la entidad adjudicadora amplia discrecionalidad para decidir lo que será el objeto del contrato adjudicable, así como para determinar lo que se considerará que responde a las necesidades de la entidad adjudicadora (art. 10), quién puede participar y en qué condiciones (arts. 9, 18 y 49) y los criterios que se aplicarán para seleccionar la oferta ganadora (art. 11). Ese nivel de flexibilidad es recomendable también para la selección del socio privado para llevar a cabo un proyecto de participación público-privada.

26. La flexibilidad no significa, sin embargo, que la autoridad contratante pueda adoptar libremente esas decisiones en cualquier momento o alterar la naturaleza del procedimiento sin la debida justificación. Por el contrario, ya es esencial que en la etapa de planificación la autoridad contratante escoja y estudie en detalle el procedimiento de selección adecuado de entre los previstos en las leyes generales de contratación pública del país o en leyes específicas sobre las APP (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...). De hecho, la elección del procedimiento adecuado dependerá de una serie de aspectos prácticos que la autoridad contratante deberá tener en cuenta en conjunto en la etapa de preparación de los proyectos. En efecto, la elección de la modalidad de APP (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. ...), los acuerdos sobre propiedad y mantenimiento previstos para las instalaciones (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs.) la modalidad de pago (por ejemplo, el cobro de derechos a los usuarios o pagos de la administración pública) y otros elementos esenciales del diseño de los proyectos determinarán, por ejemplo, el grado de interés de la autoridad contratante en los aspectos físicos de la obra y, a su vez, podrán influir en la medida en que la autoridad contratante desee controlar los aspectos técnicos mediante la preparación de un conjunto de especificaciones, o en lugar de eso prefiera permitir a los licitantes proponer hasta el final sus propias soluciones para alcanzar el producto previsto. Puede haber diferentes procesos de selección para atender a las preferencias de la autoridad contratante (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...).

27. Ya en esa etapa la autoridad contratante deberá además examinar aspectos importantes del proceso de adjudicación de contratos. La autoridad contratante deberá considerar la necesidad o la conveniencia de establecer un proceso de preselección, teniendo en cuenta el nivel de competencia efectivamente disponible en el mercado y la necesidad de que el proceso de selección sea sólido y transparente. La autoridad contratante deberá examinar cuidadosamente los criterios de preselección teniendo en cuenta no solo el producto que se desea, sino también la naturaleza de la APP prevista. La autoridad contratante también deberá preparar criterios de evaluación apropiados a fin de permitir una clasificación de las propuestas que lleve a la selección del licitante que ofrezca la mejor relación entre calidad y precio. Desde un punto de vista práctico, la autoridad contratante deberá asegurarse de que podrá contar con los conocimientos necesarios para evaluar los aspectos técnicos y los aspectos financieros y comerciales de las propuestas.

28. Otro paso indispensable durante el proceso preparatorio es que la autoridad contratante refine las hipótesis sobre distribución de los riesgos que se consideran al realizar la prueba de la relación entre calidad y precio y determine las condiciones esenciales del contrato, incluidas las que no son negociables, ya que eso constituirá un elemento central del proceso de selección y una de las bases de comparación de las propuestas que se reciban (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...).

El tiempo necesario para concluir el contrato de participación público-privada después de seleccionado el socio privado suele ser excesivamente largo, lo que aumenta el costo total del proyecto. La autoridad contratante puede ayudar a abreviarlo y a que las negociaciones finales sean más estructuradas y eficientes utilizando en la mayor medida posible los documentos estándar en los que, a juzgar por la experiencia y la práctica anteriores, se recogen las condiciones esenciales de los contratos de APP (adaptadas, por supuesto, a las circunstancias del proyecto).

3. Disposiciones para facilitar la expedición de licencias y permisos

29. La legislación puede ser útil para facilitar la expedición de las licencias y permisos que puedan necesitarse en el curso de un proyecto (como las licencias que requiere la reglamentación cambiaria; las licencias de incorporación del socio privado; las autorizaciones para el empleo de extranjeros; los derechos de registro y de timbre para el uso o la propiedad de terrenos; las licencias de importación de equipo y suministros; las licencias de construcción; las licencias de instalación de cables o tuberías; las licencias para la puesta en servicio de la instalación; y la asignación de frecuencias para comunicaciones móviles). Las licencias o permisos necesarios pueden ser de la competencia de diversos órganos situados a distintos niveles de la administración, y su expedición puede llevar un tiempo considerable, especialmente si los órganos o las oficinas encargadas de aprobarlas no estuvieron involucrados inicialmente en el diseño del proyecto ni en la negociación de las condiciones de este. Las demoras de la puesta en funcionamiento de un proyecto de infraestructura debido a la falta de licencias o permisos por motivos no imputables al socio privado probablemente resulten en un aumento del costo del proyecto y del precio que pagan los usuarios.

30. Por lo tanto, es aconsejable prever desde un primer momento todo lo relativo a las licencias que se necesitan para un proyecto determinado a fin de evitar demoras en la fase de ejecución. Una medida que podría mejorar la coordinación de la emisión de licencias y permisos sería conferir a un órgano único la facultad de recibir las solicitudes de licencias y permisos, transmitirlos a los organismos competentes y hacer un seguimiento de la emisión de todas las licencias y permisos que se enumeran en el llamado a presentación de propuestas y de las demás licencias que pudieran ser necesarias debido a regulaciones posteriores. La ley también puede autorizar a los organismos competentes a expedir licencias y permisos provisionales y fijar un plazo después de transcurrido el cual se estimará que esas licencias y permisos han sido concedidos a menos que hayan sido rechazados por escrito.

31. Sin embargo, cabe señalar que la distribución de las facultades administrativas entre diversos niveles de la administración pública (por ejemplo, local, regional y central) suele ser reflejo de los principios fundamentales de la organización política del país. Por consiguiente, hay casos en que la administración pública central no estaría en condiciones de asumir la responsabilidad de la expedición de todas las licencias y permisos o de encomendar a un órgano único esa función coordinadora. En esos casos, es importante introducir medidas para prevenir las posibles demoras que podrían resultar de esa distribución de las facultades administrativas, por ejemplo, la concertación de acuerdos entre la autoridad contratante y las demás autoridades públicas interesadas para facilitar los procedimientos relativos a un proyecto determinado, u otras medidas destinadas a asegurar una coordinación adecuada entre las diversas autoridades públicas involucradas y a hacer más transparente y eficiente el proceso de obtención de licencias. Además, la administración pública podría considerar la posibilidad de ofrecer alguna garantía de que prestará la mayor asistencia posible al socio privado para la obtención de las licencias que exige el derecho interno, por ejemplo, proporcionando información y asistencia a los licitantes respecto de las licencias que se requieren, así como de los procedimientos y las condiciones pertinentes. Desde un punto de vista práctico, además de la coordinación entre los distintos niveles de gobierno y las diversas autoridades públicas, es necesario velar por la aplicación uniforme de los criterios relativos a la concesión de licencias y a la transparencia del proceso administrativo.

E. Respaldo público

[La Secretaría no propone modificaciones sustantivas importantes a los párrs. 30 a 60 de la Sección C del cap. II de la Guía legislativa, a excepción de los cambios terminológicos que se indican en los párrs. 17 a 19 y 31 del documento [A/CN.9/939](#), los que, de ser aprobados por la Comisión, serán incluidos por la Secretaría en la versión final de la Guía.]

F. Garantías emitidas por instituciones financieras internacionales

[La Secretaría no propone modificaciones sustantivas importantes a los párrs. 61 a 71 de la Sección C del cap. II de la Guía legislativa, a excepción de los cambios terminológicos que se indican en los párrs. 17 a 19 y 31 del documento [A/CN.9/939](#), los que, de ser aprobados por la Comisión, serán incluidos por la Secretaría en la versión final de la Guía.]

G. Garantías emitidas por organismos de crédito a la exportación y organismos de promoción de la inversión

[La Secretaría no propone modificaciones sustantivas importantes a los párrs. 72 a 74 de la Sección C del cap. II, de la Guía legislativa, a excepción de los cambios terminológicos que se indican en los párrs. 17 a 19 y 31 del documento [A/CN.9/939](#), los que, de ser aprobados por la Comisión, serán incluidos por la Secretaría en la versión final de la Guía.]

Disposiciones legislativas modelo

II. Planificación y preparación de proyectos

Disposición modelo 5. Propuestas de proyectos ejecutados como APP

1. La autoridad contratante que prevea el desarrollo de infraestructura o la prestación de servicios mediante una APP llevará a cabo o contratará un estudio de viabilidad para determinar si el proyecto reúne las condiciones necesarias para su aprobación establecidas en [las presentes disposiciones]
2. En el estudio de viabilidad se deberá:
 - a) Indicar las necesidades de infraestructura o servicios públicos que deberá satisfacer el proyecto de participación público-privada propuesto y la forma en que el proyecto cumple las prioridades nacionales o locales pertinentes para el desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos;
 - b) Evaluar las diversas opciones de que dispone la autoridad contratante para atender a esas necesidades y demostrar de manera concluyente la ventaja comparativa, y los beneficios estratégicos y operacionales de la ejecución del proyecto como APP, en particular que el proyecto:
 - i) ofrece una solución más económica y eficiente si se ejecuta como APP que si hubiera de ser contratado y llevado a cabo por la autoridad contratante u otro órgano público (“relación entre calidad y precio”); y
 - ii) no dará lugar a obligaciones financieras imprevistas para el sector público (“riesgo fiscal”).

3. Además del estudio de viabilidad, en la solicitud de aprobación de un proyecto de participación público-privada se deberá:
- a) Evaluar los efectos sociales, económicos y ambientales del proyecto;
 - b) Determinar las necesidades técnicas y los insumos y entregables previstos;
 - c) Examinar la medida en que las actividades del proyecto pueden ser desempeñadas por un socio privado en virtud de un contrato celebrado con la autoridad contratante;
 - d) Determinar las licencias, permisos o autorizaciones que tal vez deba emitir la autoridad contratante o cualquiera otra autoridad pública en relación con la aprobación o la ejecución del proyecto;
 - e) Determinar y evaluar los principales riesgos del proyecto y describir la distribución de los riesgos propuesta en relación con el contrato;
 - f) Indicar toda forma de respaldo público propuesta para la ejecución del proyecto;
 - g) Determinar la capacidad de la autoridad contratante para hacer cumplir efectivamente el contrato, incluida la capacidad de supervisar y reglamentar la ejecución del proyecto y el desempeño del socio privado;
 - h) Determinar el procedimiento apropiado para la adjudicación del contrato.

Disposición modelo 6. Aprobación de las propuestas de proyectos ejecutados por APP

1. El [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*] será responsable de [*aprobar las propuestas de proyectos de participación público-privada que le sean presentadas por las autoridades contratantes*] [*asesorar a [el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente]*] acerca de si un proyecto de APP propuesto cumple las condiciones enunciadas en [*las presentes disposiciones*] para su aprobación.
2. El [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*] será responsable, en particular de:
 - a) Examinar las propuestas de proyectos de participación público-privada y los estudios de viabilidad presentados por la autoridad contratante, a los efectos de determinar si merece la pena llevar a cabo un proyecto propuesto como APP y si este cumple los requisitos enunciados en [*las presentes disposiciones*];
 - b) Examinar la capacidad de la autoridad contratante para llevar a cabo el proyecto y formular recomendaciones apropiadas;
 - c) Examinar los borradores de las solicitudes de propuestas preparadas por la autoridad contratante para verificar su conformidad con la propuesta y el estudio de viabilidad aprobados;
 - d) Asesorar a la administración pública sobre los procedimientos administrativos relativos a las APP;
 - e) Elaborar directrices relativas a las APP;
 - f) Asesorar a las autoridades contratantes sobre la metodología para la realización de estudios de viabilidad y otros estudios;
 - g) Preparar los documentos estándar de licitación y contrato para uso de las autoridades contratantes;

h) Prestar asesoramiento en relación con la ejecución de los proyectos de participación público-privada;

i) Prestar asistencia a las autoridades contratantes, según sea necesario, a fin de que las APP se lleven a cabo de conformidad con [*las presentes disposiciones*]; y

j) Desempeñar cualesquiera otras funciones relacionadas con las APP que [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente para dictar reglamentos de aplicación de las disposiciones modelo*] le asigne.

Disposición modelo 7. Coordinación administrativa

El [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*] [establecerá] [propondrá a [*el Estado promulgante indicará aquí el órgano competente*] el establecimiento de] mecanismos institucionales de coordinación de las actividades de las autoridades públicas encargadas de emitir las aprobaciones, licencias, permisos o autorizaciones que se necesitan para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de APP de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias sobre construcción y explotación de instalaciones de infraestructura del tipo de que se trata.