

TRADE UNION ADVISORY COMMITTEE
TO THE ORGANISATION FOR ECONOMIC
COOPERATION AND DEVELOPMENT
COMMISSION SYNDICALE CONSULTATIVE
AUPRÈS DE L'ORGANISATION DE COOPÉRATION
ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

LISTA DE VERIFICACIÓN SINDICAL PARA ALIANZAS PÚBLICO- PRIVADAS (APP)

**BASADO EN LOS PRINCIPIOS DE LA OCDE PARA LA
GOBERNANZA PÚBLICA DE ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS**

**SECRETARÍA DEL COMITÉ CONSULTIVO SINDICAL DE LA OCDE (TUAC),
PARÍS - JUNIO 2014**

Introducción	1
¿Qué es una APP?	2
Acerca de los Principios	2
<hr/>	
La Lista de Verificación	3
Cartographie d'un PPP	3
<hr/>	
Anotaciones	5
Actores principales y responsabilidades	5
Consulta a las partes interesadas	6
Acceso a la información y transparencia	6
Decisión de invertir y chequeo de la opción de contratación	7
Identificación de los riesgos y transferencia de los riesgos	7
Medición y control de la exposición del sector público	8
Garantizar la competencia y una conducta empresarial responsable	9
Supervisión	9
Negociación y renegociación del contrato	10

Introducción

El movimiento sindical tiene serias inquietudes sobre el régimen de las Alianzas Público-Privadas (APP) para la financiación de infraestructura y servicios debido a la complejidad de los mecanismos contractuales (en comparación con la contratación pública tradicional), la distribución desigual e incierta de los riesgos entre el gobierno y los inversores privados y, sobre todo, a causa de las amenazas a los servicios públicos. En la práctica, frecuentemente las APP han demostrado generar precios excesivos de los servicios públicos, así como situaciones en las que se privatizan las ganancias a la par que se socializan las pérdidas.

Los gobiernos y la ciudadanía en general deben estar atentos y no bajar la guardia cuando fondos públicos quedan en manos privadas o cuando un contrato prevé que un operador *con fines de lucro* provea un producto *sin fines de lucro* como en el caso de una APP. Aquí es donde los Principios de la OCDE para la Gobernanza Pública de las Alianzas Público-Privadas¹ (en adelante "los Principios") pueden ser de valor para los sindicatos que participan en las discusiones y negociaciones sobre política pública para el régimen de alianzas público-privadas. Ciertamente los Principios no reflejan ni transmiten cabalmente las inquietudes de los sindicatos, pero de todos modos podría decirse que proporcionan un buen punto de partida para entablar una negociación APP

.....
¹ <http://www.oecd.org/gov/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>

o participar en un debate público sobre las APP.

¿Qué es una APP?

Un régimen APP es un contrato a largo plazo entre una entidad gubernamental y un socio privado por medio del cual este último provee y financia servicios públicos con activo de capital y compartiendo los riesgos asociados. En virtud de un contrato APP, el inversor privado suele ocuparse del diseño, construcción, financiación y operación (es decir 'DCFO') de un activo de capital requerido para la prestación de servicios, así como la prestación de un servicio al gobierno o al público, utilizando ese activo.

Tal es la definición de las APP que provee la OCDE. La definición se centra en la financiación de infraestructura con un claro objetivo de servicio público, incluyendo transporte, agua y saneamiento, energía, salud, educación y seguridad. Los Principios de la OCDE cubren ciertos regímenes concesionarios con fines de lucro diseñados para prestar un servicio público, pero excluyen otros tipos de concesiones, tales como licencias para aprovechar activos del gobierno (como suele ser el caso en el sector extractivo). La definición de la OCDE también excluye los mecanismos con los que las organizaciones no gubernamentales, tales como organizaciones de la sociedad civil, fundaciones, grupos religiosos, etc. sin fines de lucro participan en el desarrollo y prestación de servicios públicos o semi-públicos.

Es importante destacar que la definición de la OCDE hace una distinción entre las APP y los contratos públicos "tradicionales". Y la razón es que las APP son y deben ser tratadas como solución alternativa a la contratación pública y, tal como se muestra a continuación, deben ser comparadas con esta última opción (como parte del chequeo del "comparador del sector público").

Acerca de los Principios

Los Principios de la OCDE son recomendaciones no vinculantes refrendadas por los 34 estados miembros de la OCDE. Hasta la fecha, constituyen el único conjunto de lineamientos internacionales para las APP.

Los borradores de propuestas de los Principios fueron elaborados por la Dirección de Gobernanza Pública de la Secretaría de la OCDE y compartidos con la Red de Altos Funcionarios de Presupuesto de la OCDE para Alianzas Público-Privadas, incluyendo a representantes de estados miembros de los ministerios de finanzas, organismos públicos de APP, bancos de desarrollo -tales como el Banco Europeo de Inversiones-, el FMI, el Banco Mundial, así como representantes de economías emergentes, entre ellos Sudáfrica, Indonesia y Rusia.

El contenido de los Principios provee orientación en tres ámbitos:

Parte A. sobre el marco institucional, incluyendo el "conocimiento público" de los costos, beneficios y riesgos de las APP y la "consulta activa y participación de las partes interesadas" (Principio A1), mandatos claros y recursos suficientes para las autoridades contratantes, Unidad APP, la Autoridad Presupuestaria Central, la Autoridad Fiscalizadora Suprema y los entes reguladores del sector (A2), transparencia de la regulación y reducción de la burocracia (A3).

Parte B sobre la selección de las APP basada en el principio de la mejor relación calidad-precio, incluyendo "cero preferencia a favor o en contra de las APP" (B4), "la realización de un chequeo de la opción de contratación" y "cuando proceda" un Comparador del Sector Público (B5), "transferir los riesgos a aquellas [partes públicas o privadas] que mejor los gestionen" (B6), vigilancia "de las autoridades contratantes durante la fase operativa (B7) y renegociación del contrato (B8) y garantizar "suficiente competencia en el mercado" (B9).

Parte C sobre la transparencia e integridad presupuestaria del proceso de contratación, incluyendo la responsabilidad de la Autoridad Presupuestaria Central (frecuentemente situada en el Ministerio de Finanzas/Hacienda) para garantizar la “asequibilidad” del proyecto (B10), la transparencia y divulgación de las repercusiones presupuestarias (B11) y las medidas de integridad y anticorrupción (B12).

Los Principios tienen una nota contextual anexada que incluyen una definición de las APP y una lista de “desafíos específicos”, incluyendo cómo aplicar el principio de la mejor relación calidad-precio; garantizar la transferencia apropiada de los riesgos; garantizar las competencias de negociación de contratos; garantizar la asequibilidad; cumplir con la “flexibilidad presupuestaria”; y considerar el impacto fiscal de las APP.

La Lista de Verificación

La lista de verificación se basa en los Principios de la OCDE y realiza una lectura sindical de sus recomendaciones principales, prestando especial atención a inquietudes sindicales específicas, incluyendo una consulta con las partes interesadas, transparencia financiera y rendición de cuentas.

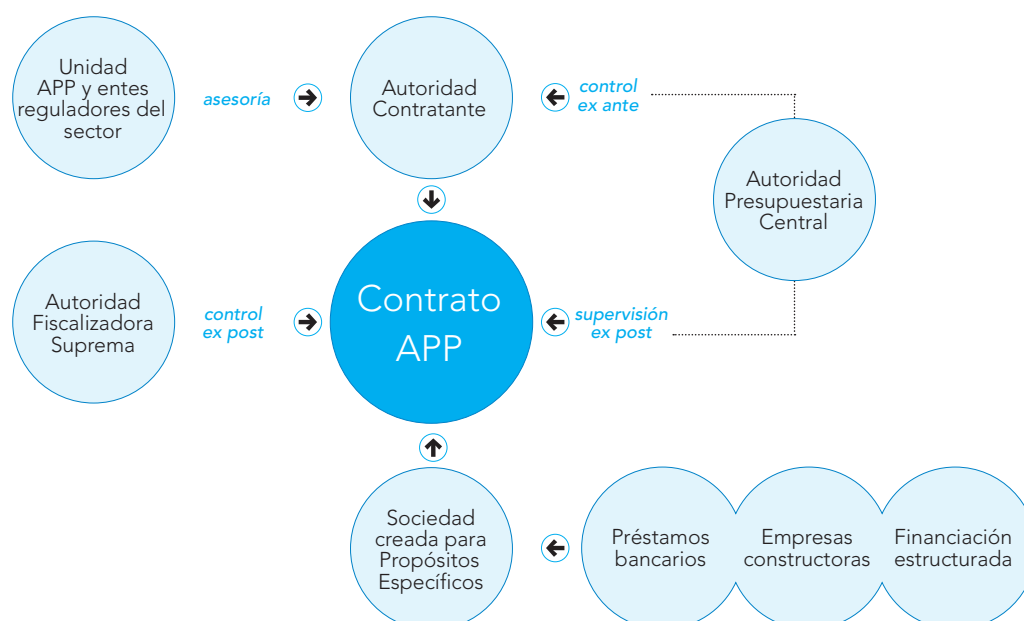
La lista de verificación cuenta con de 8 capítulos, primero centrándose en:

- Identificación de los principales actores y sus responsabilidades;
- Consulta con las partes interesadas;

Y a partir de ahí, analiza los pasos fundamentales del proceso de contratación:

- Decisión de invertir y chequeo de la opción de contratación;
- Identificación de los riesgos y transferencia de los riesgos;
- Medición y control de la exposición del sector público;
- Garantizar la competencia y una conducta empresarial responsable;
- Supervisión; y
- Negociación y renegociación del contrato.

Identificación de los principales actores y sus responsabilidades



Consulta a las partes interesadas

- Se consulta a sindicatos, ONG y comunidades locales (Principio A1 de la OCDE).
- Las consultas cubren cualquier cambio en las condiciones laborales, la "cultura del lugar de trabajo y oportunidades de ascenso", otras consecuencias sociales y ambientales, impacto en los derechos de grupos minoritarios (A1) así como cualquier transferencia de riesgos a los trabajadores y las comunidades locales (B5).
- Se consulta a los usuarios finales respecto de la definición del proyecto y la especificación de su producción y sobre la supervisión de la calidad del servicio una vez iniciadas las operaciones del proyecto (A1).

Acceso a la información y transparencia

- Se ponen a disposición del público las evaluaciones de costo-beneficio y el ranking de los diferentes proyectos de un proceso de licitación (B4).
- Se ponen a disposición del público todos los costos y pasivos contingentes -incluyendo las garantías públicas sobre financiación privada- y el flujo de pagos del gobierno ("qué y cuándo pagará el gobierno") (C11).
- Se pone a disposición del público cualquier renegociación de un contrato APP que "modifica sustancialmente" el contrato original (B8).

Decisión de invertir y chequeo de la opción de contratación

- La decisión de la autoridad contratante de invertir es independiente de cómo se contratará y financiará el proyecto (B4).
- La Unidad APP no es la entidad que debe decidir si la APP debe proseguir (A2).
- La Autoridad Presupuestaria Central garantiza que la inversión está alineada con las metas de estabilidad macroeconómica a corto y mediano plazo (A2).
- Una vez tomada la decisión, la Autoridad Contratante realiza un "chequeo de la opción de contratación". "Si procede", el proyecto APP debe cotejarse por medio de un "comparador del sector público" (B5).
- No debe haber preferencia institucional, de procedimiento o contable, ya sea a favor o en contra de las APP (B4), incluso en el diseño del comparador del sector público (nota contextual).

Identificación de los riesgos y transferencia de los riesgos

- Los riesgos del proyecto están claramente definidos, identificados y medidos (B5).
- Las categorías de riesgo incluyen comercial (demanda), proyecto (operativo) y riesgos crediticios, así como: política pública, tecnología, riesgos de las partes interesadas, incluidos los trabajadores y las comunidades locales (B5 y nota contextual).
- No se pueden transferir los riesgos asociados con responsabilidades establecidas por ley de mantener los servicios a los inversores privados (B6).

Medición y control de la exposición del sector público

- Se identifican los riesgos de fracaso y los costos asociados para el sector público (B5).
- La Autoridad Presupuestaria Central (y no la Autoridad Contratante) garantiza que el proyecto está dentro de las posibilidades financieras del gobierno (C10).
- Se tiene en cuenta la imposición de topes a las existencias y flujos anuales de las APP para ayudar a contener los costos fiscales y las obligaciones totales del sector público a largo plazo (C10).
- Se controla toda garantía implícita o expresa del gobierno central a los gobiernos sub-nacionales y a las empresas públicas por medio de reglas para las existencias y flujos de las APP (C11).

Garantizar la competencia y una conducta empresarial responsable

- Hay suficiente competencia en el mercado para garantizar un proceso licitatorio competitivo o, por lo menos, para permitir que operadores nuevos ingresen en el mercado (B9).
- Los inversores seleccionados gozan de un historial de buena prestación de servicios y de conducta empresarial responsable tal como definido en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (B5 y B7).

Supervisión

- La Autoridad Contratante está lista para la fase operativa y dedica la "misma intensidad" que la requerida en la fase pre-operativa (B7).
- La Autoridad Contratante garantiza que el inversor privado actúa de acuerdo con las normas de conducta empresarial responsable definidas en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (B7).
- Los usuarios finales participan en la supervisión (A1).
- Hay una supervisión pública independiente de la ejecución del proyecto a fin de garantizar una mejor rendición de cuentas y "control social" (A1).
- La Autoridad Fiscalizadora Suprema audita y evalúa la APP ex-post, informa al Parlamento y, para dicho propósito, debe conservar suficiente capacidad (A2).

Negociación y renegociación del contrato

- En los términos específicos de un contrato se define la asignación de riesgos entre el sector público y el inversor privado y el método de repartición de estos riesgos en caso de que se concreten (B6).
- El gobierno considerará indemnizar al sector privado solamente si las condiciones cambian por causa de acciones discrecionales de política pública (B8).
- La materialización de un riesgo no califica como genuino cambio imprevisto de las circunstancias que permitiría la indemnización del inversor privado (B8).

Hay seis instituciones que desempeñan un rol en una APP: la Autoridad Contratante, la Sociedad para creada Propósitos Específicos (representando al operador privado e inversor), la Autoridad Presupuestaria Central, la Unidad APP (organismo público), la Autoridad Fiscalizadora Suprema y los entes reguladores del sector. El siguiente gráfico ilustra cómo deben interactuar entre sí – sobre la base de los Principios – a fin de garantizar una gobernanza y supervisión apropiados a lo largo del proceso. En este sentido es importante tener en cuenta:

- La función de asesoramiento de la Unidad APP; en ningún caso debe la Unidad APP participar en el proceso de decisión;
- El rol fundamental de la autoridad presupuestaria central a lo largo del proceso;
- La importancia de que la institución fiscalizadora suprema verifique la actuación y el cumplimiento del proceso durante la fase de implementación.

Anotaciones

Actores principales y responsabilidades

Si bien las responsabilidades y roles difieren entre ellos, como se describe a continuación, los Principios enfatizan la necesidad de que todas las partes “mantengan un nivel adecuado de apropiación del proyecto” y que “se debe prestar atención especial a los términos contractuales y a la capacidad de supervisión en las fases posteriores del proyecto a fin de garantizar que los incentivos no se deterioren a medida que el costo de incumplimiento disminuye” (B7).

La **Autoridad Contratante** (incluyendo el departamento de la administración central, la municipalidad local o regional, el organismo público, otras instituciones independientes del gobierno central) es la institución “en última instancia responsable del proyecto” (A2) en representación de parte pública -si bien y como se indica a continuación, la Autoridad Presupuestaria Central debe tener la última palabra en la decisión y respecto de los pasivos a largo plazo para el presupuesto público.

La **Sociedad creada para Propósitos Específicos** (SPE) es la contraparte del sector privado con la cual la Autoridad Contratante suscribe el contrato APP. La SPE es responsable de llevar a cabo el proyecto APP. A menudo se trata de un consorcio de empresas del sector privado para la construcción y la prestación de servicios y de bancos e inversores institucionales (incluyendo fondos de pensiones de trabajadores), así como bancos de desarrollo públicos y regionales.

La **Autoridad Presupuestaria Central** es la administración dentro del gobierno responsable del presupuesto y la financiación de la deuda pública. Su función principal es supervisar cada fase de una APP, desde la decisión de invertir hasta su operación efectiva. Sin embargo y sobre todo, también debe “garantizar” que las inversiones de capital de la APP estén “alineadas con las metas de estabilidad macroeconómica a corto y medio plazo del gobierno” (A2) y “que el proyecto sea asequible y que el plan global de inversiones sea sustentable” (C10). Si bien en última instancia la Autoridad Contratante es responsable de la APP, la Autoridad Presupuestaria Central debe tener la última palabra en la decisión de invertir.

La **Unidad APP** es el organismo público encargado de proveer los conocimientos especializados y el apoyo técnico a la Autoridad Contratante al momento de participar en una APP y, de esta manera, “puede cerrar las brechas en materia de competencias específicas, falta de coordinación o altos costos de transacción” (A2). Desempeña una función exclusivamente de asesoramiento: “si bien las autoridades responsables deben aprovechar los conocimientos especializados de la Unidad APP cuando proceda, es necesario destacar que, en última instancia, siguen siendo responsables del proyecto” (A2). La Unidad APP “no debe decidir si la APP debe proseguir (A2). Este proceso de dar luz verde debe estar sujeto a la Autoridad Presupuestaria Central” (A2). En la práctica,

las Unidades APP pueden tender a una visión sesgada de las APP, mezclando los conocimientos técnicos con una promoción explícita de las mismas. Por eso mismo es que los Principios de la OCDE subrayan la necesidad de que “el rol de la Unidad APP [sea] claro y sin conflictos de interés” (A2).

La **Autoridad Fiscalizadora Suprema** desempeña un rol importante analizando si se gestionan los riesgos de las APP de manera efectiva (A2). Debe auditar y evaluar a la APP ex-post, informar al Parlamento y para dicho propósito “debe conservar capacidad suficiente” (A2).

Se debe consultar a los **entes reguladores del sector** respecto del diseño del proyecto y subsiguientemente supervisar el cumplimiento de las normas de servicio regulado, incluso respecto de la calidad del servicio, la rentabilidad, tarifas y precios (A2).

Consulta a las partes interesadas

De acuerdo con los Principios, dada la “complejidad y alcance a largo plazo” de las APP, debe haber “consulta y participación activa de las partes interesadas, así como participación de los usuarios finales en la definición del proyecto [APP] y subsiguientemente en la supervisión de la calidad del servicio” (A1). Las consultas debe abarcar tres grupos de actores: (i) los sindicatos, (ii) las ONG y las comunidades locales, y (iii) los usuarios finales.

Los sindicatos y sus trabajadores representan a “un grupo de actores claves” que puede verse sustancialmente afectado por el uso de una APP y por ende debe “participar activamente”. Respecto del contenido de las consultas, la Autoridad Contratante debe, entre otros, identificar “cualquier transferencia de los riesgos a otras partes interesadas, incluidos los trabajadores y las comunidades locales” (B5):

- Para los trabajadores y los sindicatos, dicha transferencia de los riesgos cubriría “condiciones laborales, la cultura del lugar de trabajo y oportunidades de ascenso” (A1);
- Para las ONG y comunidades locales, los riesgos incluirían “consecuencias sociales y ambientales e impacto en los derechos de grupos minoritarios” (A1); y
- Los usuarios finales deben participar en “la definición del proyecto y la especificación de su producción” y subsiguientemente en la “supervisión de la calidad del servicio” una vez iniciadas las operaciones del proyecto (A1), sobre todo porque un proyecto APP puede generar el cobro de cargos al usuario final.

Las consultas finalizan al arrancar el proyecto, pero se requieren a lo largo del mismo. Según el Principio B7, “es responsabilidad de la Autoridad Contratante garantizar que el socio privado actúe de conformidad con las normas de conducta empresarial responsable, tal como descrito en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales”. Estas directrices asignan un número de derechos de consulta a las partes interesadas, incluidos los trabajadores y las comunidades locales.

Acceso a la información y transparencia

Los Principios subrayan la necesidad de un marco jurídico e institucional que “fomente la competencia y ayude a minimizar el riesgo de conflictos de interés, captura del regulador, corrupción y comportamiento poco ético” (A3). Para este propósito, el gobierno debe practicar los principios de “gobierno abierto”. El acceso a la información y el proceso de toma de decisiones debe ser “abierto y equitativo” (A3).

Respecto de proyectos APP individuales, la divulgación debe cubrir:

- la puesta a disposición del público de las evaluaciones de costo-beneficio y el ranking de los diferentes proyectos de un proceso licitatorio (B4).
- todos los costos y “pasivos contingentes”, el flujo de pagos del gobierno en virtud

de un contrato APP (“qué y cuándo pagará el gobierno”) y “detalles completos” de las garantías [públicas] de la financiación privada (C11);

- Poner a disposición del público cualquier renegociación de un contrato APP que “modifica sustancialmente” el contrato original y someter esta renegociación a la aprobación de la autoridad responsable de la aprobación de las APP” (B8).

El gobierno debe evitar “despilfarro y corrupción” garantizando la integridad del proceso de contratación. Se deben colocar las competencias y facultades necesarias para la contratación a disposición de las autoridades competentes (C12). El proceso de contratación debe cumplir con los requisitos establecidos en 2008 por la OCDE en los Principios para Mejorar la Integridad en la Contratación Pública (C12).

Decisión de invertir y chequeo de la opción de contratación

La decisión inicial de invertir debe estar separada de la forma de contratar y financiar el proyecto -ya sea por medio de una APP o de las vías de contratación convencionales (B4). Las APP y las contrataciones públicas son medios para un fin, no fines en sí mismas.

Una vez tomada la decisión de invertir, la Autoridad Contratante debe realizar un “chequeo de la opción de contratación” (B5), comparando la opción APP con otras opciones. Para fines de este chequeo:

- No debe haber preferencia institucional, de procedimiento o contable, ya sea a favor o en contra de las APP (B4);
- La “relación calidad-precio debe ser la única prueba que debe pasar un proyecto” en la comparación de las opciones y “basarse en un abordaje de todo el ciclo de vida y valor actual del proyecto” (B4);
- La comparación debe cubrir los costos de (a) financiación (b) construcción (c) operación, tal como calculados a lo largo de todo el ciclo de vida del proyecto, para cada alternativa de contratación (B5).

“Si procede, se debe basar el análisis posterior de si utilizar una APP en aportes de un comparador del sector público prudente” (B5). El comparador del sector público consiste en la comparación de (i) el costo actual neto de las ofertas para el proyecto APP en comparación con (ii) “la forma más eficiente de prestación de conformidad con los medios convencionales de contratación del sector público (el denominado proyecto de referencia)”. Tal como señala la nota contextual de los Principios, el “punto de partida para [medir relación calidad-precio de una opción APP] es el comparador del sector público”.

La nota contextual también advierte sobre el riesgo de una comparación sesgada: es verdad que el comparador del sector público puede “estar expuesto a manipulación con el propósito de fortalecer o socavar la defensa a favor de la alianza público-privada (por ejemplo, depende sustancialmente de la tasa de descuento seleccionada o del valor que se atribuye a un riesgo transferido)”.

Identificación de los riesgos y transferencia de los riesgos

En un contrato APP se espera que los objetivos de prestación de servicios públicos estén alineados con los objetivos de rentabilidad del inversor privado. La efectividad de esta alineación depende de (i) una identificación apropiada de los riesgos del proyecto y, sobre esa base, (ii) una asignación de los riesgos respectivamente a la parte pública y la parte privada. Por ende, el chequeo de la opción de contratación debe cubrir una serie de datos comparativos sobre la identificación y asignación de los riesgos respectivamente a la parte pública y la parte privada. Los Principios B5 y B6 proveen orientación útil en este sentido. Entre otros, establecen las siguientes condiciones:

- Que los riesgos del proyecto estén claramente definidos, identificados y medidos (B5);

- Que se preste especial atención a la política pública y la tecnología (en un entorno rápidamente cambiante); así como a
- el riesgo de demanda, sobre todo si se cobran cargos al usuario final y aumentando así el riesgo de la demanda (es decir, demanda insuficiente a lo largo del ciclo de vida del proyecto);
- “cualquier transferencia de riesgos a otros actores, incluidos los trabajadores y las comunidades locales”;
- el riesgo debe asignarse a la parte que mejor pueda gestionarlo. “Mejor gestionarlo” significa la parte a la cual le cueste menos impedir que el riesgo se concrete o a la cual le cueste menos hacer frente a las consecuencias del riesgo que se materializa (B6).

El riesgo no debe transferirse al socio privado a cualquier precio por el simple hecho de transferir el riesgo o para obtener un tratamiento contable deseable. Los gobiernos y las autoridades del sector público no pueden transferir al sector privado los riesgos asociados con responsabilidades establecidas por ley de mantener los servicios (B6);

Medición y control de la exposición del sector público

El proceso de decisión y el chequeo de la opción de contratación deben prestar especial atención a las consecuencias a largo plazo de un proyecto APP en el presupuesto público. Entre otros, la Autoridad Contratante debe garantizar que:

- El sector público pueda cuantificar y gestionar los riesgos, el costo, los pasivos contingentes y las pérdidas o ganancias de calidad (B5); y
- Se identifiquen los riesgos de fracaso y los costos asociados del proyecto para el sector público (B5).

La Autoridad Presupuestaria Central (y **no** la Autoridad Contratante) desempeñan un rol fundamental en garantizar que el proyecto sea “asequible”. Se considera que un proyecto de inversión es asequible cuando el gasto y los pasivos contingentes que entraña para el gobierno pueden ser cubiertos con los niveles actuales de gasto e recaudaciones y si se puede suponer que dichos niveles serán y podrán ser sostenidos en el futuro. En consecuencia, la Autoridad Presupuestaria Central debe:

- garantizar que el proyecto sea asequible y que el plan global de inversiones sea sustentable (C10);
- considerar la imposición de “topes a las existencias y flujos anuales de las APP” para ayudar a contener los costos fiscales y las obligaciones totales del sector público a largo plazo (C10).

Las APP son regímenes financieros difíciles de integrar en el proceso presupuestario anual del gobierno. Más aún cuando hay un desajuste entre (i) la asignación contractual de los riesgos entre la Autoridad Contratante y la SPE de los inversores privados y (ii) la condición jurídica de la SPE. Cuando la SPE es considerada exclusivamente como una entidad privada, pero que sigue beneficiándose de alguna forma de garantía pública, la APP es registrada, erróneamente, como estando fuera de presupuesto. Tal como señalan los Principios, “en muchos países se crea y organiza a la mayoría de estas SPEs de manera que clasifiquen como fuera del sector público central, general o incluso del sector público como un todo apeligrando la supervisión y control fiscal [del gobierno]”.

Otro desafío para el uso transparente de las APP es cuando las Autoridades Contratantes están situadas fuera de la esfera del gobierno central, incluyendo al gobierno local y las empresas públicas. No pueden incluirse los pasivos de una APP generados por instituciones públicas locales o una empresa pública en la definición de deuda pública y, en consecuencia, no pueden ser apropiadamente supervisados por el gobierno central (C11). El texto no se detiene demasiado en el contexto y los retos específicos asociados con el uso de una APP por un gobierno local, aparte de mencionar el requisito general de que los Principios sean “institucionalmente cumplidos” a nivel sub-nacional (A2) y con la excepción de la gestión de los pasivos. Por eso los Principios recomiendan que:

- Se controle toda garantía implícita o expresa del gobierno central a las entidades públicas sub-nacionales y a empresas públicas “por medio de reglas para las existencias y flujos de las APP” (C11); y
- El Ministerio de Finanzas debe mantener un reporte actualizado de todos los pasivos de una APP de relevancia para el gobierno central (C11).

Garantizar la competencia y una conducta empresarial responsable

Una preocupación central de las APP, especialmente en los países en desarrollo, es la falta de competencia en el proceso licitatorio. En consecuencia,

- Se debe contar con suficiente competencia en el mercado [APP] para garantizar un proceso licitatorio competitivo” o, por lo menos, para permitir que operadores nuevos ingresen en el mercado” (B9).

La Autoridad Contratante también debe prestar atención a la “trayectoria de buena prestación de servicios, conducta empresarial responsable y experiencia en APP”, así como al “apetito de riesgo” de los socios potenciales del sector privado (B5 y B7). Respecto de la conducta empresarial responsable, los Principios expresamente mencionan las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Por lo tanto los Principios recomiendan que:

- Los inversores seleccionados cuenten con un historial de buena prestación de servicios y conducta empresarial responsable tal como definido en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (B5 y B7).

Empero, los Principios no proveen más detalles sobre la noción de “apetito de riesgo”. Dada la naturaleza a largo plazo de las APP y el riesgo potencial de iliquidez asociado con financiación de infraestructura en general, se podría suponer que «apetito de riesgo» llama la atención a la necesidad de que la perspectiva del inversor privado sea a largo plazo.

Supervisión

Existe el peligro de que, una vez suscrito un contrato APP, se reduzca sustancialmente la atención por parte de la Autoridad Contratante y de otras instancias decisorias del sector público. Los otros actores claves, incluyendo la Unidad APP, la Autoridad Presupuestaria Central, la Autoridad Fiscalizadora Suprema y los entes reguladores del sector, deben “hacer su parte y conservar el nivel apropiado de apropiación del proyecto” (B7). En consecuencia:

- La Autoridad Contratante debe estar lista para la fase operativa y dedicar la “misma intensidad” que la requerida en la fase pre-operativa (B7).

La supervisión también debe cubrir la conducta empresarial responsable del inversor debido a que “es responsabilidad de la Autoridad Contratante garantizar que el socio privado actúe de conformidad con las normas de conducta empresarial responsable, tal como descrito en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales” (B7):

- La Autoridad Contratante garantiza que el inversor privado actúe de acuerdo con las normas de conducta empresarial responsable definidas en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (B7).

Los Principios también sugieren un rol para la sociedad civil y el usuario final en el proceso de supervisión. La participación de los usuarios finales, tanto en el diseño como en la supervisión, aumenta la probabilidad de que el esfuerzo sea percibido como legítimo, justo y comprensible (A1). En consecuencia:

- Los usuarios finales participan en la supervisión (A1).
- Hay supervisión pública independiente de la ejecución del proyecto a fin de garantizar una mayor rendición de cuentas y “control social” (A1).

La Autoridad Fiscalizadora Suprema ejerce un rol importante para determinar si se gestionan los riesgos de una APP de manera efectiva.

- La Autoridad Fiscalizadora Suprema debe auditar y evaluar a la APP ex-post, informar al Parlamento y para dicho propósito “debe conservar capacidad suficiente” (A2).

Negociación y renegociación del contrato

La capacidad de redactar y negociar contratos APP es un importante requisito de la capacidad del sector público, especialmente dada la naturaleza a largo plazo y la complejidad de las APP. Una cuestión esencial es determinar si se pueden definir, identificar y medir los riesgos del proyecto para propósitos del contrato. Cuanto menos éste sea el caso, más margen habrá para controversias sobre los términos del contrato durante la ejecución del proyecto.

- El contrato debe incluir métodos claros mediante los cuales se pueden repartir los riesgos cuando se concretan (B6).
- Se define la asignación de los riesgos entre el sector público y el inversor privado en los términos específicos del contrato (B6).

El argumento de los Principios sobre la negociación del contrato también llama especial atención a los riesgos asociados con las renegociaciones durante la ejecución de la APP. Además de garantizar “reglas predecibles y transparentes para la solución de controversias” incorporadas al contrato inicial, los Principios recomiendan:

- Que se ponga a disposición del público cualquier renegociación que altere sustancialmente el contrato original (B8).

Respecto de la indemnización a inversores por causa de cambios en las condiciones comerciales, ésta debería negociarse explícitamente en el marco del contrato. El gobierno considerará indemnizar al sector privado solamente cuando las condiciones cambian por causa de acciones discrecionales de política pública. Incluso cuando el resultado del proyecto actual difiere de lo previsto por el socio privado, podría ser simplemente que se concretó el riesgo aceptado por el mismo. Ambas partes deben distinguir entre la materialización de los riesgos y un genuino cambio imprevisto en las circunstancias. Se debe prestar atención a garantizar que no se socaven las normas según las cuales opera el contratista del sector privado sin indemnización para la autoridad del sector público.

- El gobierno solamente considerará indemnizar al sector privado si las condiciones cambian por causa de acciones discrecionales de política pública (B8);
- La materialización de un riesgo no califica como genuino cambio imprevisto de las circunstancias que daría lugar a indemnización del inversor privado (B8).



TRADE UNION ADVISORY COMMITTEE
TO THE ORGANISATION FOR ECONOMIC
COOPERATION AND DEVELOPMENT
COMMISSION SYNDICALE CONSULTATIVE
AUPRÈS DE L'ORGANISATION DE COOPÉRATION
ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

LISTA DE VERIFICACIÓN SINDICAL PARA ALIANZAS PÚBLICO- PRIVADAS (APP)

**BASADO EN LOS PRINCIPIOS DE LA OCDE PARA LA
GOBERNANZA PÚBLICA DE ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS**

SECRETARÍA DEL TUAC, PARÍS - JUNIO 2014

www.tuac.org

@tuacoecd