



Análisis del Marco Normativo y de los Contratos de las Alianzas Público-Privadas

DESCRIPCIÓN BREVE

Análisis para la comprensión del proceso de planificación y ejecución de la inversión pública en Honduras, elaborado por el Foro Social de la Deuda Externa y Desarrollo de Honduras

FOSDEH
Marzo, 2015



“La elaboración de este estudio ha sido posible gracias al generoso apoyo del Pueblo de los Estados Unidos de América a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). El contenido del mismo es responsabilidad de FOSDEH y no necesariamente refleja el punto de vista de la USAID o del Gobierno de los Estados Unidos.”

ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO Y DE LOS CONTRATOS DE LAS ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS

TABLA DE CONTENIDO

SIGLAS Y ACRÓNIMOS	4
RESUMEN EJECUTIVO	6
INTRODUCCIÓN	11
I. MARCO CONCEPTUAL Y REFERENCIAL	13
1. CONTRATOS DE GESTIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	13
2. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO	14
3. CONCESIONES (CC), CONSTRUCCIÓN, OPERACIÓN Y TRANSFERENCIA (COT) Y DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN (DCO).	14
4. EMPRESAS MIXTAS	15
II. ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO QUE RIGE LOS CONTRATOS DE LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN HONDURAS	17
1. MARCO NORMATIVO QUE RIGE LOS CONTRATOS APP EN HONDURAS	17
CÓDIGO CIVIL	17
CÓDIGO DEL COMERCIO.....	17
LEY DE PROMOCIÓN DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	18
REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA ALIANZA PÚBLICO PRIVADA	23
LEY PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCION DE LAS INVERSIONES.....	28
REGLAMENTO DE LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCION DE LAS INVERSIONES	29
DISPISICIONES GENERALES DEL PRESUPUESTO DE INGRESOS Y EGRESOS DE LA REPUBLICA PARA EL EJERCICIO FISCAL 2015.	30
2. INSTITUCIONES RESPONSABLES DE APLICAR EL MARCO NORMATIVO DE LAS APP.....	31
COALIANZA	32
SAAP	32

CNI.....	33
SEFIN	34
3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS VACÍOS, CONTRADICCIONES Y RIESGOS DEL MARCO REGULATORIO DE LAS APP.....	35
III. ESTRATEGIAS PARA REDUCIR LOS RIESGOS DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LA DEUDA PÚBLICA DERIVADA DE CONTRATOS DE ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS (APP).	40
1. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO PARA CONSTITUIR APP.....	41
2. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE UNA APP	42
3. PROPUESTA DE ESTRATEGIA.....	43
LINEAMIENTOS DE LA POLÍTICA DE ENDEUDAMIENTO 2015-2018	45
ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO INTEGRAL DE LAS APP.....	46
1. EVALUACIÓN SOCIOECONÓMICA DEL PROYECTO	47
2. ANÁLISIS DE ELEGIBILIDAD	47
3. ANÁLISIS DEL COMPARADOR PÚBLICO-PRIVADO	48
4. ANÁLISIS MULTICRITERIO.....	50
5. PASIVOS CONTINGENTES	50
OTROS ASPECTOS RELEVANTES	50
IV. PROPUESTA DE MARCO REGULATORIO PARA LOS CONTRATOS DE LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN HONDURAS.....	51
1. RESPECTO A LOS VACÍOS DEL MARCO REGULATORIO	51
PRINCIPIOS LEGALES DE LA LEY DE PROMOCIÓN DE LAS APP	51
CRITERIOS PARA LA SELECCIÓN DE PROYECTOS BAJO LA MODALIDAD DE EJECUCIÓN APP	52
CONTRATOS APP Y SUS MODIFICACIONES.....	52
DEFINICIÓN DE LAS GARANTÍAS Y COMPROMISOS	53
2. RESPECTO A LAS CONTRADICCIONES DE MARCO REGULATORIO	54
3. RESPECTO A LOS RIESGOS DEL MARCO REGULATORIO	55
LEY DE FIDEICOMISOS PÚBLICOS	55
REFERENCIAS DOCUMENTALES Y BIBLIOGRÁFICAS.....	59
PÁGINAS WEB CONSULTADAS	59

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

APP	Alianza Público-Privada
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
COALIANZA	Comisión para la Promoción de las Alianzas Público-Privadas
CNI	Consejo Nacional de Inversiones
COT	Construcción, operación y transferencia
CPP	Comprador Público-Privado
IAIP	Instituto de Acceso a la Información Pública
IHT	Instituto Hondureño de Turismo
INSEP	Secretaría de Infraestructura y Servicios Públicos
DCO	Diseño, construcción y operación
FMI	Fondo Monetario Internacional
FOSDEH	Foro Social de la Deuda Externa y Desarrollo de Honduras
LPAPP	Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada
LPPI	Ley para la Promoción y la Protección de Inversiones
MVM	Análisis de Decisión Multicriterio
PIB	Producto Interno Bruto
PGR	Procuraduría General de la República
SAAP	Superintendencia de Alianza Público-Privada
STDF	Fondo para la Aplicación de Normas y el Fomento del Comercio (por sus siglas en inglés)
SEFIN	Secretaría de Finanzas

SEPLAN	Secretaría de Planificación
SIGADE	Sistema de Gestión de la Deuda
SNIPH	Sistema Nacional de Inversión Pública de Honduras
TSC	Tribunal Superior de Cuentas

RESUMEN EJECUTIVO

Aunque no hay acuerdo extendido sobre el concepto de las alianzas público-privadas según el Foro Económico Mundial (2005), una Alianza Público Privada –APP- es *“una iniciativa de cooperación entre el sector público y el privado, basada en los conocimientos especializados de cada uno de los asociados que pueden contribuir más eficazmente a alcanzar objetivos notoriamente definidos mediante una clara asignación de los recursos, los riesgos y las retribuciones”*. Estos acuerdos generalmente conllevan *“obligaciones recíprocas y responsabilidad mutua, relaciones voluntarias o contractuales, la aceptación conjunta de los riesgos relacionados con la inversión y la reputación, y la responsabilidad conjunta de la planificación y la ejecución”*.

Según la definición anterior, una asociación público-privada es generalmente estipulada en un contrato o un acuerdo en el que se delimitan las responsabilidades de cada una de las partes y se designa claramente la distribución de riesgos.

Bajo un esquema de APP, generalmente el sector privado asume riesgos relacionados a los proyectos (usualmente financieros, comerciales, técnicos y operacionales) y a su vez, recibe un retorno financiero por la prestación del servicio, ya sea a través del cargo a los usuarios o mediante acuerdos con el sector público que permita mantener los niveles de servicio adecuados. Mientras que el sector público, suele mantener la responsabilidad sobre regulación en la calidad del servicio prestado y su provisión bajo condiciones equitativas, asumiendo más o menos riesgos, dependiendo del tipo de contrato mediante el cual se establece una APP y de las características del financiamiento público en cada uno de las modalidades contractuales.

En general los contratos en Honduras están regulados por el Código civil, que data desde 1906, y el Código de Comercio, que data de 1950. En particular las APP y sus contratos se rigen por leyes especiales recientemente aprobadas como La Ley de Promoción de la Alianza Público Privada, su Reglamento y sus reformas (Decreto 115-2014); la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones y su Reglamento; y las Disposiciones Generales del Presupuesto, entre otras leyes relevantes.

Algunos de los **vacíos, contradicciones y riesgos del marco regulatorio** que rige las APP, son los siguientes:

- No se ha definido con claridad un principio de publicidad y transparencia que contribuya o refuerce el principio de rendición de cuentas, durante todo el ciclo de los proyectos APP y de manera especial en la actividad de contratación administrativa bajo esta modalidad.
- No se determinan las causas por las cuales pudiera decretarse por autoridad competente, la nulidad de un contrato de APP, ni el tipo de responsabilidad en que incurriría el funcionario responsable de tal circunstancia.
- Más allá de la falta de propuestas u ofertas en los procesos de licitación o concurso, no se observa ninguna otra causal que pueda justificar una declaratoria de desierto el proceso, como por ejemplo la comprobación de que ha habido colusión, entre otros que debieran considerarse.

- La Ley de Promoción de las APP no establece mecanismos o metodologías de análisis para la evaluación de los proyectos potenciales para ser incorporados en la cartera de proyectos APP que garanticen que esta modalidad contractual es mejor que una contratación pública tradicional. Así prácticamente la mayor parte de las obras, proyectos o servicios públicos que se propongan podrían ser objeto de una APP, con un análisis de viabilidad que no contempla toda la información necesaria para la toma de decisiones que refuercen el fundamento de que las APP contribuyen a mejorar “el valor del dinero” público.
- No existe una definición del tipo de contratos¹ que pueden ser objeto de una APP, bajo el marco de las buenas prácticas internacionales, por lo cual es difícil que SEFIN pueda calcular los riesgos financieros, no financieros, las garantías, los compromisos futuros y las contingencias fiscales inherentes a cada uno de los tipos de contratos, los cuales pueden variar según la modalidad por la que se opte para cada uno de los tipos de proyectos APP.
- El marco regulatorio no establece los requisitos básicos para que se autorice la cesión de los derechos derivados de un contrato de APP, la subcontratación de determinados trabajos con terceros y tampoco los requisitos para su formalización.
- Son inexistentes en la normativa actual, las disposiciones generales que deben regular las causas de terminación, suspensión, modificación, y caducidad de los contratos.
- La interpretación del artículo 36 contenida en Decreto Legislativo 24-2012, sumado a lo establecido en el Artículo 49 de la Ley de Promoción y Protección de las Inversiones, que permiten la suscripción de contratos de fideicomiso de largo plazo para la generación de APP (estudio, desarrollo, financiamiento y/u operación de proyectos APP), hace evidente la desviación del objetivo que persigue la Ley de las APP, al otorgar en forma exclusiva a COALIANZA, la función de gestionar los procesos de contratación de participación público-privada.
- Asimismo, la confidencialidad y reserva temporal declarada en la normativa actual que rigen las APP, sobre la información relativa a los proyectos de inversión de iniciativa privada, y de toda la documentación que forme parte de los expedientes elaborados para llevar a cabo el proceso de promoción de una APP que sean de propiedad o titularidad del Estado, no es congruente con el principio de transparencia y rendición de cuentas, que debe prevalecer las actuaciones de los órganos de la administración pública.
- Contrario a las disposiciones legales que emanan de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el Reglamento de la Ley de APP, declara bajo reserva toda la documentación que forme parte de los expedientes elaborados para llevar a cabo el proceso de promoción de una

¹ Si se establecen las modalidades de proyectos APP pero no de tipo de contratos que pudieran suscribirse, por ejemplo de Concesión, de Arrendamiento, de Gestión y Administración, etc.

APP, y que sean de propiedad o titularidad del Estado; información que se mantendrá en reserva hasta la suscripción del Contrato de APP.

- En un exceso a la facultad reglamentaria, se observa que en el Reglamento de la Ley de APP, existe una disposición que obliga a COALIANZA, a sufragar los gastos de defensa en cualquier juicio que sea entablado contra funcionarios y empleados de la Institución, incluyendo a aquellos que ya hayan cesado en su cargo; así como los pagos de daños y perjuicios a que estén obligados, como consecuencia de haber sido sentenciados por actos referidos al cumplimiento de sus funciones, con lo cual se evade de alguna manera la responsabilidad que la Constitución de la República y otras leyes del país, imponen a los servidores públicos en caso que ejecuten actos fuera del marco de sus atribuciones.
- Cuando el marco legal de las APP, otorga al inversionista el derecho de aplicar a un procedimiento de inversión acelerada y a obtener un Certificado de Incorporación y Viabilidad de la Operación, con el que acredita el cumplimiento de los permisos y requisitos establecidos por las leyes hondureñas, genera una seria contradicción con todas las leyes especiales que imponen la obligación a los inversionistas de realizar estos trámites antes de iniciar la operación del proyecto; además se transgreden tratados comerciales, en lo que se refiere a la prohibición de flexibilizar normas nacionales específicas, con el ánimo de promover las inversiones.
- La declaratoria de interés nacional y el procedimiento acelerado para las inversiones a gran escala, establecen que cuando el Presidente de la República haya declarado como tal un proyecto de inversión, éste delegará la tarea de elaborar una lista corta de participantes en el proceso de selección de los mismos, y que la selección del operador podrá hacerse en base a criterios técnicos o financieros. Estas disposiciones reglamentarias resultan contradictorias con el principio de búsqueda de la competencia que permite asegurar la eficiencia, eficacia y menores costos en la provisión de infraestructura y servicios públicos, además alientan los procesos de selección anticompetitivos y colusorios.
- El Reglamento de la Ley de las APP, deja a la discreción de COALIANZA, la participación de los entes públicos especializados en la ejecución de proyectos, obras y servicios, en el proceso de elaboración de los Pliegos de Condiciones y de los proyectos de contrato de APP; de ahí, que el riesgo de no considerar en ambos instrumentos, todos los aspectos técnicos y financieros que se requieren para la correcta selección de los contratistas y la ejecución de los contratos APP, es alto.
- Frente a los vacíos y contradicciones que presentan las actuales leyes especiales que regulan las APP, el riesgo de se produzcan excesos en la potestad reglamentaria es alto, lo mismo que la emisión de Decretos de interpretación de la normativa, que más allá de clarificar la Ley, hacen del mecanismo de interpretación una reforma legal.
- Existe un riesgo inherente a que la suscripción y ejecución de contratos de Fideicomiso, a los cuales se destinan fondos públicos, continúe siendo regulado por el derecho privado en vista de que no se trata de operaciones entre sociedades mercantiles o particulares sujetos al secreto

bancario, sino de fondos públicos sobre los cuales existe la obligación de rendición de cuentas y transparencia por parte del Estado.

Frente a los vacíos, contradicciones y riesgos del marco regulatorio que rige las APP, se proponen los siguientes lineamientos para **adiciones, modificaciones y nuevas regulaciones**:

Principios legales en la Ley de Promoción de la APP

- **Transparencia.** Toda la información cuantitativa y cualitativa que se utilice para la toma de decisiones durante las etapas de evaluación, desarrollo, implementación y supervisión de un proyecto de inversión llevado a cabo bajo el marco de la ley deberá ser de conocimiento ciudadano, bajo lo establecido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, salvo aquella información que por su naturaleza se considere reservada, o que pueda colocar a un oferente en posición de ventaja respecto de otro, o de los documentos que en el Pliego de Condiciones se definan como de acceso confidencial por referirse a desglose de estados financieros, cartera de clientes, o cualquier aspecto relacionado con procesos de producción, programas de cómputo o similares. Tampoco deberá publicarse después del acto de apertura pública de las ofertas y antes de que se notifique la adjudicación del contrato, información alguna, verbal o escrita, relacionada con el examen o evaluación de las ofertas.
- **Asignación adecuada de riesgos.** Deberá existir una adecuada distribución de los riesgos entre los sectores público y privado. Es decir, que los riesgos deben ser asignados a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el interés público, el perfil del proyecto y la modalidad contractual por la que se opte.

Análisis de viabilidad de proyectos APP

- Para determinar la incorporación de un proyecto a la cartera de COALIANZA, la entidad pública o privada proponente debería remitir como mínimo un análisis socioeconómico y de elegibilidad, de acuerdo a un índice de elegibilidad que se construya por COALIANZA.
- Es necesario establecer la responsabilidad de COALIANZA y de la SEFIN de realizar un análisis comparativo respecto de si la participación privada en la provisión de la infraestructura pública o del servicio público y/o la prestación de los servicios vinculados a éstos que requiera el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, resultan más beneficiosos para la sociedad respecto de si éstos fuesen provistos por el Estado a través de una contratación pública tradicional (Comparador público-privado).
- También se debería establecer la obligación de COALIANZA y de la SEFIN de conformar equipos técnicos entre distintas entidades involucradas, para realizar análisis multi-criterio en caso de que el análisis comparador público-privado no defina claramente que un proyecto pueda ser objeto de la modalidad de APP.

Contratos de APP y sus modificaciones

- Debería establecerse una clasificación del tipo de contrato de APP que correspondería al proyecto de que se trate para poder realizar un mejor análisis de riesgos. La Ley debería contemplar los tipos de contratos que podrían ser objeto de una APP.
- Es preciso definir cuáles son los órganos competentes para celebrar los contratos de APP, considerando en la Administración Central a los Secretarios de Estado en su respectivo Ramo; y a los titulares de órganos desconcentrados de acuerdo con las normas de su creación; y en la Administración Descentralizada a:
 - a. Los Presidentes, Directores, Secretarios Ejecutivos o Gerentes de las instituciones descentralizadas y los titulares de órganos con competencia regional previstos en sus estructuras administrativas;
 - b. El Alcalde Municipal respectivo.
- Cuando las leyes exijan autorización para celebrar un contrato, deberá llenarse este requisito por el órgano de dirección superior de la institución descentralizada o de la municipalidad de que se trate. Del mismo modo es necesario hacer obligatoria la participación de los entes públicos con funciones y competencias legales sobre los proyectos de inversión, en todo el ciclo de la APP.
- El diseño final del contrato de las APP y sus respectivas modificaciones, a cargo de COALIANZA, debería requerir también la opinión favorable de la entidad pública competente (e.g. INSEP, IP, ENEE, etc.) y de la Procuraduría General de la República. Asimismo, debe requerirse la opinión del organismo regulador (Superintendencia de las APP) dentro del mismo plazo para todas las partes.
- También es imprescindible determinar las causas que pueden dar lugar a la nulidad de un contrato de APP, considerando por ejemplo aquellos que sean suscritos con personas que carezcan de la capacidad legal o que estén comprendidos en cualquiera de las prohibiciones o inhabilidades indicadas en la Ley; la falta de presupuesto y; excepcionalmente, cuando hubiere grave riesgo de daños al interés público. Habrá que determinar en estos casos el tipo de responsabilidad en que incurriría el funcionario responsable de tal circunstancia.
- Adicionalmente se propone establecer requisitos mínimos para autorizar la cesión de derechos del contrato de APP, y para la subcontratación de terceros para desarrollar trabajos pactados en el contrato de APP.

Nuevas regulaciones para minimizar riesgos

- Una ley de fideicomisos públicos debería regular la elaboración y formalización de los contratos constitutivos de fideicomiso, y todo lo relacionado a la información, registro, modificación y extinción de los fideicomisos públicos. Esta Ley especial formaría parte del derecho público.

INTRODUCCIÓN

No hay una definición extensamente aceptada sobre el significado de una alianza o asociación público-privada (APP). En líneas generales, una alianza público-privada se refiere a un acuerdo entre el sector público y el sector privado, en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un acuerdo para el abastecimiento del servicio o de la infraestructura pública. Usualmente, no incluye contratos de servicios ni contratos llave en mano, ya que estos son considerados como proyectos de contratación pública tradicional, o de privatización de servicios públicos en los que existe un rol limitado del sector público².

Desde esta perspectiva, una APP se materializa en un esquema jurídico-financiero entre una organización pública (dependencia, ministerio, empresa pública) y una compañía privada (sociedad, inversionista, proveedor, desarrolladores o contratistas) para la provisión de obras o servicios públicos.

El contrato de una APP, de manera general se suscribe para un largo plazo, y las inversiones y servicios se financian indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo ya sea por parte del sector público o de los usuarios o una combinación de ambas, con la característica de que los pagos diferidos pueden ser contabilizados en el presupuesto como gasto de inversión y por lo tanto no considerarse operaciones de crédito público³.

En una APP algunos riesgos son retenidos por el sector público y otros son transferidos al sector privado, ya que el objetivo es adquirir obras y servicios públicos más baratos, en un menor tiempo de producción posible y de mejor calidad, generando “*Valor por Dinero*”⁴ para el sector público.

En este caso, las APP pueden ser concebidas como una nueva manera de contratación y adquisición de activos de infraestructura y servicios públicos, por lo tanto se debe evaluar su conveniencia en relación a una modalidad de contratación pública tradicional y para ello hacer una revisión del marco regulatorio y contractual de las APP resulta ser un elemento clave.

En Honduras, las APP se regulan principalmente por medio del Decreto Legislativo 143-2010 de fecha 16 de septiembre de 2010, que contiene la Ley de Promoción de las Alianzas Público-Privadas, la cual tiene como finalidad promover nuevas modalidades de financiamiento, en la ejecución, desarrollo y administración de obras y servicios públicos potenciando la capacidad de inversión en el país, a fin de lograr el desarrollo integral de la población.

² ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/definicion.

³ Véase “*Value for money*” y *la promoción de proyectos de inversión en infraestructura mediante APP: mejores prácticas internacionales*” (Hinojosa, 2013).

⁴ Es definido como la combinación óptima entre: (a) los costos durante la vida del proyecto, y (b) la calidad de los bienes o servicios a ser adquiridos, o la capacidad de los mismos para resolver las necesidades de los usuarios (Value for Money Assessment Guidance, 2006)

En este marco, el Foro Social de la Deuda Externa y Desarrollo de Honduras- FOSDEH- ejecuta el proyecto denominado “Las Alianzas Público-Privadas y la relación con la Sostenibilidad de la Deuda Pública” financiado por el Programa IMPACTOS, que en su estructura programática propone la elaboración de este estudio con el objetivo de propiciar un entorno favorable para la transparencia y la rendición de cuentas de la tendencia del impago de la deuda pública, a partir del análisis de los contratos (concesiones, fideicomisos y otros) de APP.

Así, este documento se divide en cuatro secciones. La primera establece el marco conceptual y referencial de las APP y las modalidades de contratación bajo este esquema. La segunda presenta un análisis crítico de los vacíos y contradicciones del marco regulatorio de las inversiones públicas vinculados a las APP en Honduras y las instituciones responsables de su cumplimiento, definiendo los riesgos concomitantes y potenciales conflictos entre las leyes que rigen la actividad económica de los proyectos aprobados. La tercera plantea lineamientos de estrategia para reducir los riesgos del Estado, derivados de las normas contractuales de las APP y su relación con la deuda pública, con enfoque integral de respeto a la legislación nacional y al fortalecimiento de la institucionalidad pública. En la cuarta se expone una propuesta de lineamientos para mejorar normas regulatorias de los contratos de las APP y/o modificación de las leyes existentes, así como los contenidos mínimos de una Ley especial de Fideicomisos Públicos.

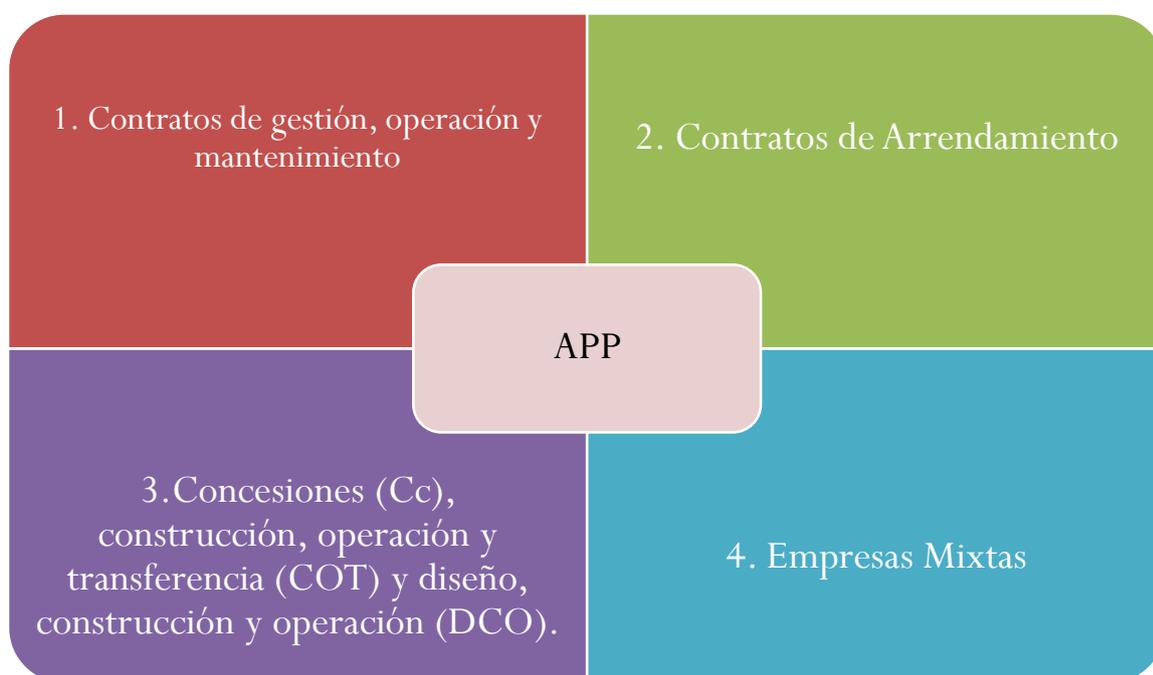
I. MARCO CONCEPTUAL Y REFERENCIAL

Hay muchas formas de entender una “alianza”. Algunas alianzas son muy informales y flexibles, pero también hay acuerdos muy formales en los que se comparten todos los riesgos, los recursos y las responsabilidades. Sus características y complejidad dependen de las organizaciones que participan en ellas, así como de los objetivos, duración y ámbito de la cooperación en cuestión. En ocasiones, las asociaciones se acompañan de marcos financieros y/o jurídicos (STDF, BID 2012).

Aunque no hay acuerdo extendido sobre el concepto de las alianzas público-privadas según el Foro Económico Mundial (2005), una APP es “una iniciativa de cooperación entre el sector público y el privado, basada en los conocimientos especializados de cada uno de los asociados que pueden contribuir más eficazmente a alcanzar objetivos notoriamente definidos mediante una clara asignación de los recursos, los riesgos y las retribuciones”. Estos acuerdos generalmente conllevan “obligaciones recíprocas y responsabilidad mutua, relaciones voluntarias o contractuales, la aceptación conjunta de los riesgos relacionados con la inversión y la reputación, y la responsabilidad conjunta de la planificación y la ejecución”.

Según la definición anterior, una asociación público-privada es generalmente estipulada en un contrato o un acuerdo en el que se delinean las responsabilidades de cada una de las partes y se designa claramente la distribución de riesgos. El rango de los acuerdos que son usualmente clasificados como de APP puede visualizarse en el siguiente diagrama:

Diagrama No. 1 Modalidades contractuales en las APP



Fuente: Elaboración propia a partir de ppp.worldbank.org

1. CONTRATOS DE GESTIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO

Un contrato de gestión tiene la característica de que la entidad adjudicadora (sector público) se acopla con el contratista para manejar una serie de actividades durante un período de tiempo relativamente corto

(de 2 a 5 años). Al operador privado se le paga una cuota fija para la realización de tareas específicas y su retribución no depende de la recaudación de aranceles. El bien público es operado y administrado por el agente privado bajo un esquema de riesgo compartido y de utilidades compartidas, pero el operador privado no suele asumir el riesgo de la condición o estado de los activos.

Un contrato de operación y mantenimiento está basado en el rendimiento, y puede implicar que el operador privado asuma más riesgo, incluyendo la condición o estado de los activos y la sustitución de componentes y equipos más pequeños.

Ejemplos: Contrato de administración de una empresa de agua potable y contrato de administración, operación y mantenimiento de una cárcel.

2. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO

Un contrato de arrendamiento contiene las disposiciones necesarias para que el operador privado sea el responsable de la operación y mantenimiento de una utilidad, pero no de la financiación de la inversión.

El operador no recibe una tarifa fija por sus servicios a la entidad adjudicadora (sector público), pero cobra una cuota a los consumidores. Una parte de los ingresos van a la entidad adjudicadora propietaria de los activos como una cuota de arrendamiento, y el resto es retenido por el operador.

En el caso de pago de nuevas inversiones, el operador conserva su cuota y cobra un suplemento a los clientes de la entidad adjudicadora para financiar las inversiones que la entidad haga o haya hecho.

Respecto a los riesgos el operador tiende a tener mayor riesgo operativo, pues emplea personal directamente. En algunos casos, el pago de la renta a la autoridad tiende a ser fijo con independencia del nivel de recaudación de tarifas que se logra, por lo que el operador asume el riesgo en el cobro de facturas y recibos que permitan cubrir sus costos de operación. En otros casos el operador tiene la seguridad de su cuota (suponiendo que los ingresos son suficientes para cubrirlo) y es la autoridad que asume el riesgo en el resto de los ingresos obtenidos de que los clientes cubran sus compromisos de inversión.

El órgano de contratación (sector público) en cada caso sigue siendo responsable de la financiación y la gestión de la inversión en activos, que se supone proviene, al menos en parte, del pago de la renta.

3. CONCESIONES (CC), CONSTRUCCIÓN, OPERACIÓN Y TRANSFERENCIA (COT) Y DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN (DCO).

Una concesión (CC), da a un operador el derecho a largo plazo de utilizar todos los activos de un bien o servicio público otorgado, incluyendo la responsabilidad de operar el servicio y manejar la inversión. La propiedad de los activos se mantiene en el sector público. Los activos se revierten al sector público, al final del período de la concesión, incluidos los activos adquiridos por el operador. En una concesión el operador normalmente obtiene sus ingresos directamente de los consumidores y por lo tanto tiene una relación directa con los mismos. Una concesión cubre normalmente un sistema de infraestructura completa (aunque puede incluir no sólo hacerse cargo de los activos existentes, sino también la construcción y operación de nuevos activos), donde el Estado concede el derecho al usufructo de una infraestructura o servicio público, a cambio de un acuerdo económico entre las partes por un período determinado.

Ejemplo: Contrato de concesiones de carreteras o de instalaciones aeroportuarias.

Un contrato de Construcción-Operación-Transferencia (COT) se suele utilizar para desarrollar un activo moderado, en lugar de una red completa de activos. En general se trata de una construcción completamente nueva (aunque la remodelación puede ser parte de este tipo de contratos). En un proyecto COT, el operador generalmente obtiene sus ingresos a través de un canon impuesto al sector público, en lugar de aranceles cobrados a los consumidores.

La entidad privada se encarga de la construcción y el mejoramiento de un bien, y de su operación, y la propiedad vuelve a manos del Estado, al final del proceso.

Ejemplo: Contrato de construcción de una planta generadora de energía o de un hospital.

Un contrato de Diseño-Construcción-Operación (DCO), es aquel en que el sector público posee y financia la construcción de nuevos activos. El sector privado diseña, construye y opera los activos para cumplir con ciertos productos acordados. La documentación para una DCO, es típicamente más simple ya que no hay documentos de financiamiento y típicamente consisten en un contrato civil de obras, más un contrato de operación. El operador no toma ningún riesgo de financiación y, normalmente, se le paga una suma para el diseño y construcción del proyecto, y luego, una cuota de operación para el periodo que ésta dure.

4. EMPRESAS MIXTAS

Consiste en que los agentes públicos y privados, se asocian a través de una compañía mixta o de un mecanismo similar, y comparten riesgos, costos y utilidades. En el caso de una empresa pública existente, las acciones de la empresa se venden al sector privado. En el caso de un nuevo proyecto, la empresa se establecerá con una estructura de propiedad de las acciones conjuntas.

En una empresa mixta el nivel de propiedad de acciones puede ser diferente, dependiendo de si el gobierno está tratando de obtener el balance en las utilidades de la empresa o si el gobierno desea mantener el control de gestión de la misma. Sin embargo, hay maneras de dar el control del gobierno, o poder de veto incluso negativo sobre ciertas cuestiones de gestión, a pesar de que transfiera la mayoría de las acciones de la empresa al sector privado.

Por razones estratégicas, el sector público a menudo mantiene el control de la empresa (al menos inicialmente), sobre todo si la empresa conjunta es propietaria de grandes activos. Sin embargo, el sector privado querrá estar seguro de que puede manejar la gestión de la entidad, así requerirá poderes de veto o derechos de voto ponderado sobre determinadas cuestiones.

Por lo general, las funciones de operación y mantenimiento se delegan al operador privado a través de un contrato de gestión.

Los derechos vinculados a las acciones y los derechos entre los accionistas se establecen normalmente en los documentos de constitución de la empresa.

Ejemplo: El gobierno crea una compañía con uno o varios socios del sector privado con un propósito específico; por ejemplo, para construir un puerto.

Las variantes contractuales antes mencionadas se diferencian entre sí, por los esquemas de asignación y de mitigación de riesgos que cada una posee. Estos riesgos son inherentes a cada proyecto como; por ejemplo, retrasos en la construcción, costos que sobrepasen lo presupuestado (contingencias y/o interferencias), variaciones en el valor de los activos, “incertidumbre acerca de la necesidad del proyecto en el mediano largo plazo” (FMI, 2007), entre otros. Un esquema típico de distribución de riesgos sería el siguiente:

Tabla No 1. Distribución genérica del riesgo en las APP

Público: Riesgos retenidos	Riesgos compartidos o Retenidos	Privado: Riesgos transferidos al proveedor
<ul style="list-style-type: none"> •Riesgos regulatorios (tarifas) •Obtención de Permisos, Licencias •Riesgos Naturales (geológicos por ejemplo) 	<ul style="list-style-type: none"> •Riesgos de demanda •Riesgos de inflación •Fuerza mayor •Financiamiento del proyecto. 	<ul style="list-style-type: none"> •Diseño •Construcción •Rendimiento de explotación •Financiamiento del proyecto •Riesgo tecnológico

Fuente: Helios, 2013

Es decir, bajo un esquema de APP, el sector privado generalmente asume riesgos relacionados a los proyectos (usualmente financieros, comerciales, técnicos y operacionales) y a su vez, recibe un retorno financiero por la prestación del servicio, ya sea a través del cargo a los usuarios o mediante acuerdos con el sector público que permita mantener los niveles de servicio adecuados. Mientras que el sector público, suele mantener la responsabilidad sobre regulación en la calidad del servicio prestado y su provisión bajo condiciones equitativas, asumiendo más o menos riesgos, dependiendo del tipo de contrato mediante el cual se establece una APP y de las características del financiamiento público en cada uno de las modalidades contractuales antes descritas.

II. ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO QUE RIGE LOS CONTRATOS DE LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN HONDURAS

En esta sección se presenta un resumen del marco normativo que rige en general los contratos en Honduras y particularmente los de las APP, explica los tipos de contratos que existen bajo esta modalidad, se identifican las instituciones responsables de vigilar la aplicación del marco normativo y sus roles, y se concluye con análisis crítico de los vacíos y contradicciones del marco regulatorio de las inversiones públicas y las instituciones responsables, definiendo los riesgos concomitantes y potenciales conflictos entre las leyes que rigen la actividad económica de los proyectos aprobados.

1. MARCO NORMATIVO QUE RIGE LOS CONTRATOS APP EN HONDURAS

En general los contratos en Honduras están regulados por el Código civil, que data desde 1906, y el Código de Comercio, que data de 1950. En particular las APP y sus contratos se rigen por leyes especiales recientemente aprobadas como La Ley de Promoción de la Alianza Público Privada y su Reglamento y sus reformas (Decreto 115-2014); la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones y su Reglamento; y las Disposiciones Generales del Presupuesto, entre otras leyes relevantes. A continuación se examina de forma resumida el contenido principal de cada una de las leyes mencionadas en lo que respecta a los contratos APP y su gestión.

CÓDIGO CIVIL

El Artículo 1539 del Código Civil, define un **contrato** como “...una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras (Art. 1562). Por su parte, el Artículo 1348, establece que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”. Esta idea es reforzada por el Artículo 1357 posterior, en el que se indica que el efecto de incumplimiento de dichas obligaciones se considera infracción del contrato, y tendrá como efecto la mora y la consiguiente indemnización de los perjuicios resultantes de dicha infracción. De hecho el Artículo 1546 establece precisamente que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, lo que implica la posible revisión y consecuente modificación de las cláusulas contractuales siempre que las circunstancias del entorno hubieran variado, y trastornaran las condiciones de ejecución del contrato, pero dicha cláusula debe ir incorporada en el texto del contrato ya que el Código no la incluye expresamente en su articulado.

CÓDIGO DEL COMERCIO

El Código de Comercio presenta varios **tipos contractuales de tipo mercantil** que no están regulados en el Código Civil. Un ejemplo son los Contratos Preparatorios, los cuales permiten que las partes se obliguen a concluir el negocio jurídico en el futuro (Art. 761). También, se incluyen en este Código, las operaciones de crédito y bancarias. Igualmente, se incorporan los contratos de seguros, y la posibilidad de hipotecas de bienes inmuebles y títulos valores. Adicionalmente, cambia el concepto de las obligaciones, asignándole funciones económicas y otorgándole características utilitarias que permiten la circulación de

bienes y la organización de los elementos de producción (Tábora, 2002). Esto es particularmente con el reconocimiento de las obligaciones unilaterales de contenido patrimonial que se establecen en el Artículo 712⁵.

El Código de Comercio, establece la libertad de contratar entre las partes, no pudiéndose obligar a nadie a suscribir un contrato, a menos que rehusarse constituya delito o ilícito, siendo este el caso de las empresas que gocen de concesiones, autorizaciones o permisos para operar con el público o que se encuentren en situación de imponer precios a las mercancías o a los servicios que proporcionen.

Este Código también regula la figura del **Fideicomiso**, la cual se formalizan mediante un contrato mercantil donde se expresa la voluntad de una persona natural o jurídica llamada **Fideicomitente**, quien transmite ciertos y determinados bienes o derechos a una entidad financiera (Banco) como **Fiduciario**, para que se destine los mismos conforme los fines previstos en el contrato, a favor de una tercera persona natural o jurídica denominada como **Fideicomisario** y quien también puede ser el mismo Fideicomitente.

La finalidad del fideicomiso es la conservación, administración, protección e inversión de un patrimonio, con el fin de incrementarlo y resguardarlo de ciertas eventualidades, o, buscar mayores beneficios y seguridad para los recursos. El fideicomiso es un instrumento que permite satisfacer cualquier finalidad, siempre que la misma sea lícita, determinada y posible; cumplidos estos requisitos no existen limitaciones en cuanto a la finalidad que pueda perseguirse contractualmente en el fideicomiso.

LEY DE PROMOCIÓN DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

La Ley de Promoción de la Asociación Público-Privada (LPAPP), fue aprobada mediante Decreto Legislativo No. 143-2010 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 16 de septiembre de 2010. Su finalidad es gestionar y regular los procesos de contratación que permiten la participación pública-privada en la ejecución, desarrollo y administración de obras y servicios públicos, potenciando la capacidad de inversión en el país a fin de lograr el desarrollo integral de la población. Esta Ley fue reformada mediante Decreto No 115-2014 publicado en el Diario Oficial La Gaceta el 30 de diciembre del 2014, definiendo una participación más activa de la Secretaría de Finanzas (SEFIN) en este tipo de proyectos.

CICLO DE LOS PROYECTOS APP

Por disposición legal (Art. 17 LPAPP), las iniciativas APP, pueden tener origen público o privado. En el ámbito público pueden actuar como iniciadores las Secretarías de Estado, las instituciones autónomas, las Municipalidades, las Mancomunidades, los Consejos Regionales de Desarrollo y COALIANZA.

Para que los **proyectos de iniciativa pública** puedan ser incorporados en el Sistema Nacional de Inversión Pública de Honduras (SINAIPH), bajo el modelo de participación público-privada, deben contar

⁵ Art. 712 CC: Las disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables a los negocios y actos jurídicos en general, y en particular a los actos unilaterales *inter vivos* que tengan contenido patrimonial, en la que no se opongan a su naturaleza o a disposiciones especiales sobre ellos.

con un **examen de viabilidad previo**, que incluya los **esquemas de costo-beneficio**⁶ y **esquemas de financiamiento** factibles para asegurar su ejecución. El ente responsable de realizar estos análisis de pre-factibilidad es **COALIANZA**. Sin embargo, se instruye a la Secretaría de Finanzas (SEFIN) a participar en todo el ciclo de proyectos APP desde la presentación hasta la adjudicación de proyectos incluyendo aquellos que tienen un Fideicomiso y que todavía estén en proceso de estructuración por parte de un Fiduciario (Art. 18 reformado de la LPAPP).

La Unidad de Contingencias Fiscales (UCF) de SEFIN debe emitir un dictamen sobre la base de los estudios técnicos que se hayan efectuado autorizando o desautorizando, sobre el comienzo o continuación de cada uno de los proyectos APP, el cual debe ser autorizado por el titular de la SEFIN, con carácter vinculante.

En todo caso, estos proyectos deben estar comprendidos o ser compatibles con las prioridades nacionales o locales⁷, según corresponda y COALIANZA deberá coordinar el desarrollo de los proyectos con las instituciones (Secretarías de Estado, Empresas Públicas, Entes Autónomas) competentes, las cuales deben seguir cumpliendo con las atribuciones que les otorgan la Ley General de la Administración Pública o las leyes especiales que las rigen⁸ (Art. 28 LPAPP).

Previo a la adjudicación de un proyecto, COALIANZA debe haber tramitado y obtenido todos los **permisos, licencias, autorizaciones** y demás actos administrativos requeridos por la Administración Pública Central y/o Municipal para operar la APP, los cuales serán traspasados al Adjudicatario de manera incondicional (Art. 34 LPAPP).

Asimismo, la SEFIN debe dictaminar sobre el **borrador del contrato** de una APP en cada una de sus versiones, incluyendo aquella que remita COALIANZA a la Secretaría del Consejo de Secretarios de Estado, para la aprobación por parte del Presidente de la República del contenido del mismo.

Una vez aprobado el contenido del contrato por el Presidente de la República, COALIANZA, por conducto del Secretario de Estado competente, de acuerdo al proyecto APP de que se trate, debe enviar a la SEFIN toda la documentación que se requiere para que la **UCF** emita **opinión favorable y vinculante**, previamente a la remisión del contrato al Congreso Nacional.

⁶ De conformidad con el Reglamento de ésta Ley, el análisis costo-beneficio tiene por objeto determinar si el aporte del Estado, tiene un mayor beneficio neto para la sociedad, respecto al uso alternativo de los recursos aportados por el mismo.

⁷ La Ley General de la Administración Pública establece **la planificación** como principio rector de la Administración Pública, para fijar sus objetivos y metas, racionalizar sus decisiones, hacer un aprovechamiento óptimo de los recursos disponibles, asegurar la acción coordinada de sus órganos o entidades, la evaluación periódica de lo realizado y el control de sus actividades. En consecuencia, **la Administración Pública, estará siempre subordinada a lo previsto en los Planes Nacionales de Desarrollo** a corto, mediano y largo plazo que haya aprobado la Administración Pública centralizada (Art. 6).

⁸ **La competencia** que tienen los órganos y entidades de la Administración Pública **es irrenunciable** y se ejercerá por aquellos que la tengan atribuida por Ley. Sin perjuicio de lo anterior, **un órgano podrá delegar** el ejercicio de sus funciones en determinada materia **a otro órgano inmediatamente inferior**, cumpliendo para ello las formalidades que establece la Ley de Procedimiento Administrativo (Art. 3, 4 y 5).

La selección de los proyectos que pueden ser ejecutados bajo la modalidad de APP, corresponde a la **SEFIN**. Para ello los proyectos deben estar previamente contemplados en el Sistema Nacional de Inversión Pública de Honduras (Art. 18 reformado LPAPP).

TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS RESPECTO A LAS APP

La Ley de Promoción de la Asociación Público-Privada, prevé que los procedimientos para establecer una APP, se desarrollen bajo los términos y condiciones específicos que se establezcan en los correspondientes **Pliegos de Condiciones**, los que en todo caso habrán de respetar los principios de **transparencia, objetividad y publicidad** (Art.6 LPAPP).

De esta manera, resulta indispensable que el Pliego de Condiciones determine entre otros, los requisitos que deben ofrecer los oferentes, el tipo y monto de las garantías exigidas a los interesados, el o los criterios de valoración de las propuestas técnicas, económicas y materiales de las condiciones de prestación de los servicios, los materiales, equipo y servicios que el Estado ofrezca, con sus respectivos valores presupuestados y las condiciones de prestación de servicios. En todo caso, se busca que la ejecución de la obra se concluya en el menor tiempo posible (Art. 6 LPAPP).

La Ley y los Pliegos de Condiciones, deben determinar la forma en que se lleven a cabo los procesos de recepción, evaluación y el método de **selección competitiva**⁹ de las iniciativas que tengan un origen público o privado. Además, todas las actuaciones de la APP, **son públicas y sujetas a una estricta rendición de cuentas**, así como los actos que impliquen compromisos fiscales para el Estado y los efectos sobre los usuarios (Art. 3, numeral 6 LPAPP).

Además, **el registro y la divulgación** de los compromisos del Estado son obligatorios. La Secretaría de Finanzas (SEFIN), está facultada para emitir las disposiciones para el adecuado registro de los **compromisos firmes y contingentes cuantificables y las garantías** ejecutadas bajo la modalidad de APP y de monitorear los **riesgos fiscales** de los procesos ex ante y posteriormente a la adjudicación de los proyectos APP (Art. 25 reformado de la LPAPP).

Los valores que se deriven del registro respectivo deben conciliarse con los que lleva la Dirección General de Crédito Público en el Sistema de Gestión de la Deuda (SIGADE).

COMPROMISOS DEL ESTADO Y SUS LÍMITES

Respecto a los aportes de la Administración Pública bajo el régimen de las APP, la Ley de Promoción de la Asociación Público-Privada (Art. 7), establece que el Estado y en su caso los Municipios, pueden asumir **compromisos** siempre y cuando sean **de monto cierto y conocido**; es así que tales aportes pueden revestir las siguientes formas:

- Aportaciones en efectivo;
- Suscripción de acciones o compras de otros valores negociables en el mercado financiero;

⁹ Licitación pública (nacional o internacional), concurso público (nacional o internacional) o cualquier otro procedimiento que garantice la libre competencia.

- Otorgamiento de determinados bienes de dominio público, cuando ocurran concesiones, sin traslado de dominio sobre los mismos, incluyendo bienes que hubieren sido objeto de expropiación por causa de utilidad pública; otorgamiento de permisos y licencias para la realización de las actividades autorizadas como APP;
- Otorgamiento temporal de derechos sobre bienes patrimoniales del Estado y en su caso los Municipios;
- Aportación de servicios que correspondan al Estado; y,
- Otras formas de aportes legalmente autorizadas.

Ahora bien, esta Ley, señala de forma expresa que el Estado y las Municipalidades no están autorizados para comprometer fondos públicos con el objeto de financiar a los inversionistas privados, ni para otorgar avales con este fin, salvo por razones de interés público y en beneficio del Estado, de las Municipalidades o del usuario.

Los montos y los límites de los compromisos firmes y contingentes cuantificables, asumidos por el Estado en los contratos de APP, calculados a valor presente, deben ser fijados en la formulación de los Presupuestos Plurianuales, en base al **análisis de sostenibilidad de la deuda pública**. La idea es que las Disposiciones Generales del Presupuesto de la República, establezcan las provisiones o reservas presupuestarias necesarias para cubrir los posibles reclamos de garantía o compromisos adquiridos en cada Ejercicio Fiscal que corresponda.

Existe un límite equivalente al **cinco por ciento (5%) del Producto Interno Bruto (PIB)**, para la totalidad de compromisos firmes y contingentes cuantificables netos de ingresos asumidos por el sector público no financiero en los contratos de la APP, calculado a valor presente; sin embargo este porcentaje puede ser modificado cada tres (3) años por el Presidente de la República en Consejo de Secretarios de Estado, previa consulta a la SEFIN, para que resulte congruente con las capacidades del país (Art. 26 LPAPP).

DETERMINACIÓN DE LOS RIESGOS

Otro de los aspectos que aparece regulado en la Ley de Promoción de la Asociación Público-Privada, es el caso de los riesgos. A estos efectos se establece que su distribución entre las partes y costos inherentes deben pactarse de conformidad a lo que más convenga a las necesidades específicas de la APP, destacando entre otros, los riesgos financieros, comerciales, de operación y riesgos extraordinarios imputables a causas no previstas. La ley manda a que en todo caso, los riesgos para ambas partes queden claramente definidos y que la **participación del Estado** en la APP, sea siempre de **responsabilidad limitada** a sus aportes a la alianza (Art. 9 LPAPP).

La determinación de los riesgos financieros y no financieros, las garantías, los compromisos futuros y las contingencias fiscales quedan a cargo de la Secretaría de Finanzas-SEFIN-, la cual procederá en base a las evaluaciones y recomendaciones que del Análisis de Riesgo Fiscal efectúe la Comisión Nacional de Crédito Público (Art. 24 LPAPP).

SOBRE LOS CONTRATOS DE LAS APP Y SUS MODALIDADES

Conforme a la Ley de Promoción de las APP, la participación público-privada puede adoptar diversas **modalidades** (Art. 4), tales como:

- Construcción, y/u operación, y/o transferencia, y/o mantenimiento de obras y/o servicios públicos;
- Ampliación de obras y/o servicios públicos existentes;
- Prestación total o parcial de un servicio público, precedido o no de la ejecución de una obra pública;
- Ejecución de una obra pública, con o sin prestación del servicio público, para la locación o arrendamiento por el Estado;
- Administración como fiduciario de bienes, servicios, sistemas contables, sistemas de cómputo, programas o proyectos de desarrollo, contratos de créditos, entre otros; y,
- Cualquier otra modalidad que permita realizar una Alianza Público-Privada dentro del marco de la Ley.

En relación a los **contratos de APP** y sin perjuicio de lo que se pacte en cada caso, la normativa vigente contempla los **contenidos básicos** que deben contener dichos contratos, independientemente de la modalidad de que se trate, como ser:

- El objeto del contrato y condiciones generales;
- Plazo de vigencia de la alianza;
- Cronograma de ejecución de proyectos;
- Derechos y obligaciones de las partes;
- Asignación de los riesgos para las partes contratantes, tales como los riesgos financieros, comerciales, de operación y los riesgos extraordinarios imputables a causas no previstas o sobrevinientes;
- Garantías requeridas, cuando sean necesarias;
- Estándares de calidad del servicio y/o de la obra, y/o del producto e indicadores de gestión;
- Facultad de subcontratación;
- Cláusula de reequilibrio económico, cuando sea necesaria;
- Estipulación de las penalidades para el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular o de la Administración Pública;
- Fijación de los supuestos y causales de extinción de la relación contractual asociativa, antes del vencimiento del plazo de vigencia de la Alianza, imputables ya sea a la parte privada y/o a la Administración Pública;
- Cláusula de estabilidad fiscal y de derecho a convertibilidad; y,
- Cláusula Arbitral.

No menos importante es mencionar, que el marco regulatorio actual establece que **cuando fuere necesario**, los contratos de la APP, deberán incluir:

- Protección jurídica al contrato, a los servicios y a los bienes involucrados; embargos, secuestros e insolvencias;

- Naturaleza de la propiedad de bienes y derechos involucrados en el contrato, su manejo y traspaso;
- Responsabilidad civil del contratista con respecto a terceros y a usuarios de los servicios, y, mecanismos de solución de estas controversias;
- Consecuencias, imputaciones de riesgos políticos, cambios legislativos, comportamiento macro-económico, suspensión de operaciones;
- Cláusulas interpretativas y definiciones de términos;
- Cesión de derechos, subrogación de deudas, acciones compensatorias, y división de los contratos;
- Obligación de facilitar la inspección, supervisión y la labor de la Superintendencia tanto en los registros contables, en las operaciones y en las obras;
- Obligaciones de auditoría contable y corporativa, certificaciones de calidad, operacionalidad e impactos ambientales y las consecuencias de estas auditorías y certificaciones;
- Criterios lógicos para determinar tarifas, precios y la determinación de costos aceptables, cláusulas escapatorias, condiciones de pago y entrega de obras y/o servicios; y,
- Pago de impuestos, tasas y otras cargas fiscales, con todo lo cual se estima que los riesgos de la inversión pública se minimizan.

Lo concerniente a la fórmula de adjudicación de los contratos APP, también está claramente definida en la Ley (Art. 10). La **adjudicación** además que debe ser **simple**, también debe considerar únicamente dos **componentes**: uno **económico** y otro **técnico**. El primero debe limitarse a evaluar uno de los aspectos siguientes:

- Quién prestará el servicio en mejores condiciones económicas sin sacrificar la calidad y eficiencia de conformidad a lo especificado en las condiciones de contratación preestablecidas;
- Quién ofrece mayores beneficios al Estado; y,
- Quien requiere menor cofinanciamiento o aporte del Estado.

El componente técnico debe limitarse a determinar si la oferta técnica reúne o no los requisitos técnicos previamente determinados en las condiciones para la contratación. Este componente debe incluir una **pre-calificación**, previo a la apertura de ofertas económicas en audiencia pública, debiéndose seleccionar la oferta de mejor conveniencia para el Estado.

Los conflictos que puedan surgir de las solicitudes de las APP iniciadas por particulares, de los procesos de adjudicación y de las asociaciones de este tipo, estarán sujetas al **Procedimiento de Arbitraje** y bajo las reglas que se señalen el Pliego de Condiciones (Art. 35 LPAPP).

REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA ALIANZA PÚBLICO PRIVADA

Este Reglamento, fue aprobado mediante Acuerdo Ejecutivo 02073-2010 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta el 21 de enero de 2011. Resalta en su normativa el establecimiento del alcance de la definición de las **APP**, al señalar que son **esquemas de colaboración o esfuerzo común** entre los sectores

público y privado, en los cuales se incorporan habilidades, experiencia, conocimientos, equipo, innovación y tecnología.

RENDICION DE CUENTAS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Como mecanismo de rendición de cuentas se establece que los titulares de las asociaciones público-privada deberán **publicar** trimestralmente a través de su página Web, los **estados financieros**, así como la **memoria anual** dentro de los primeros tres meses del año siguiente.

El Reglamento declara **bajo reserva toda la documentación** que forme parte de los expedientes elaborados para llevar a cabo el proceso de promoción de una APP, y que sean de propiedad o titularidad del Estado; información que debe mantenerse en reserva **hasta la suscripción del Contrato de APP**.

Sólo ordena la **publicidad**, respecto a los **actos y/o pronunciamientos que acrediten la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones** de los Contratos de Participación Público-Privada.

RIESGOS

El Reglamento establece que la determinación y distribución de los **riesgos** bajo los esquemas APP, será asignada a la parte que esté en **mejores condiciones y capacidad para asumirlos**.

REGIMEN DE PARTICIPACION PÚBLICO PRIVADA

Como ya se mencionó con anterioridad, tratándose de iniciativas de APP que tengan origen público, el Reglamento plantea que éstas deben contar con los **exámenes de viabilidad previos**, que incluyan análisis de costo beneficio y esquemas de financiamiento posibles, asimismo deben estar comprendidas o ser compatibles con las **prioridades nacionales o locales**, según corresponda. Sobre la base de dichos exámenes corresponde entonces a COALIANZA, determinar cuáles de los proyectos de iniciativa pública pueden ser ejecutados bajo esquemas de participación público-privada.

APORTES DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

Según el Reglamento, los compromisos firmes que puede asumir el Estado en las APP, son aquellas obligaciones de naturaleza cierta, en virtud de las cuales la Administración Pública, entrega al privado, derechos, bienes, pagos y otros de naturaleza similar, para mitigar los riesgos del proyecto y viabilizar la ejecución de los actos previstos en el contrato de la APP, destinados a la ejecución de proyectos, obras y/o servicios públicos. En tal virtud, se consideran **compromisos firmes** las **aportaciones en efectivo** mediante las cuales se efectúe el pago de las **cuotas periódicas**, siempre que su objetivo sea retribuir la inversión ocurrida por el privado o, retribuir las actividades de explotación y/o conservación en que incurre el inversionista privado para la prestación del servicio.

En tanto los **compromisos contingentes** son las obligaciones de pago, de **montos cuantificables y conocidos**, destinados a respaldar las obligaciones de pago de aportes que asume contractualmente la Administración Pública, para mitigar los riesgos propios del proyecto, obra y/o servicio, que se encuentran **sujetos a la ocurrencia de un determinado evento**. Para los efectos de registro sólo se

toman en cuenta los riesgos contingentes. Estos compromisos pueden revestir la forma de **garantías financieras y no financieras**; las primeras deben ser de ejecución inmediata y garantizar en forma incondicional las obligaciones de pago de aportes del Estado; las segundas son para mitigación de los riesgos del proyecto, obra o servicio.

En cuanto al compromiso del Estado, relativo al otorgamiento de los **permisos y licencias**, para la realización de las actividades autorizadas como APP, debe entenderse que este compromiso está limitado a aquellos que estén **dentro del ámbito de su competencia** y que sean identificados expresamente en el Contrato de la APP; caso contrario deberán ser tramitados por la parte privada de la APP, a su propio costo.

PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

De conformidad a la legislación vigente, la convocatoria a una **licitación** pública nacional o internacional, puede llevarse a cabo en aquellos casos en que COALIANZA, cuente con los **estudios requeridos para la obra**, proyecto o servicio a ejecutar y/o explotar. En caso de no contar con dichos estudios lo procedente es convocar a un **concurso** público nacional o internacional.

En cualquiera de los casos, **la convocatoria debe publicarse** en dos diarios de amplia circulación en el país, por dos días consecutivos, sin perjuicio que puede ser publicada también en diarios o revistas especializadas y/u otros medios de difusión de los países donde puedan existir interesados en la APP; asimismo, la convocatoria debe publicarse en la página Web de COALIANZA, debiendo mediar entre la segunda publicación y la fecha máxima de presentación de las propuestas, al menos quince (15) días.

En ambos casos (licitación o concurso) el proceso de selección debe considerar las siguientes etapas:

- Aprobación del Pliego de Condiciones;
- Publicación de la Convocatoria;
- Precalificación;
- Aprobación de la versión final del Contrato de la APP;
- Presentación de Propuestas;
- Adjudicación;
- Suscripción del Contrato de Participación Público-Privada.

Cabe señalar, que corresponde a **COALIANZA**, la aprobación tanto del pliego de condiciones como de la versión final del Contrato de APP. En todo caso, el pliego de condiciones debe contener el proyecto de Contrato. Durante su elaboración queda a **discreción** de la misma COALIANZA, contar o no con la **participación de las Secretarías de Estado o de otras instituciones** competentes. También es importante resaltar que este régimen de la APP, describe las inhabilidades de participación como postores, para aquellos que desempeñan una función pública entre otras.

La reglamentación prevé que la **recepción de las propuestas** se realice en un **acto público**, en donde se tenga la presencia de un Notario Público, con el objeto que certifique la documentación presentada y de fe del acto en sí. Para la evaluación de las propuestas se indica que deben analizarse en primer lugar las ofertas técnicas, y sólo cuando se haya declarado quienes han aprobado la mencionada evaluación técnica,

se procederá también en acto público, con la participación de un Notario Público, a la **apertura de las ofertas económicas** de quienes reciban la calificación de técnicamente aceptable.

La evaluación de la oferta económica estará limitada a los siguientes aspectos:

- La prestación de servicio en mejores condiciones económicas para el usuario, sin sacrificar la calidad y la eficiencia, de conformidad a lo estipulado en el Pliego de Condiciones y/ o en el proyecto de Contrato de la APP;
- El ofrecimiento de mayores beneficios económicos para el Estado; y,
- El requerimiento del menor cofinanciamiento, garantías o aportes del Estado, en los casos de obras, servicios y/o proyectos que requieran de un cofinanciamiento o aporte del Estado.

La adjudicación de la APP, debe hacerse al titular de la propuesta técnica y económica que resulte más conveniente, extremo que será determinado de acuerdo al sistema de evaluación que se fije en el Pliego de Condiciones.

El adjudicatario deberá presentar **garantía suficiente** para asegurar la correcta ejecución de la obra y prestación del servicio, y el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a su naturaleza, calidad y características.

MECANISMOS DE IMPUGNACION DE LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE APP

La **adjudicación** del contrato sólo puede ser **impugnada** en vía administrativa ante la Secretaría Ejecutiva de COALIANZA, por aquellos postores que hayan presentado una oferta económica válida; no se admiten impugnaciones por razones de orden técnico.

La impugnación se debe resolver en el plazo previsto en el Pliego de Condiciones y su resolución también podrá ser objeto de **revisión** por la vía del recurso de apelación ante COALIANZA, órgano que está obligado a resolverlo en un plazo máximo de diez días calendario.

La resolución del recurso de apelación, puede ser recurrida mediante el **procedimiento arbitral**, el que se interpondrá en el Centro de Arbitraje y en las condiciones que se fijen en el Pliego de Condiciones. La presentación de una demanda arbitral no da lugar a la suspensión del acto reclamado, en consecuencia, en ningún caso se puede interrumpir la ejecución del proyecto, ni el proceso de contratación.

Cabe aclarar, que en estos juicios arbitrales **no procede la indemnización del perjuicio**.

Además, el Reglamento señala que se deben sufragar los **gastos de defensa** en cualquier juicio que sea entablado contra funcionarios y empleados de la Institución, incluyendo a aquellos que ya hayan cesado en su cargo; así como los **pagos de daños y perjuicios** a que estén obligados, como consecuencia de haber sido sentenciados por actos referidos al cumplimiento de sus funciones.

SOBRE LOS CONTRATOS DE ALIANZA PÚBLICO-PRIVADA

Los contratos deben regular de manera expresa el **derecho a la convertibilidad**, en virtud del cual los inversionistas nacionales o extranjeros pueden retirar sus depósitos en forma total o parcial en la misma moneda en que los efectuaron o en una distinta; y la transferencia al exterior, en divisas libremente

convertibles, del íntegro de sus capitales provenientes de las inversiones realizadas y/o el íntegro de los dividendos o utilidades netas de su inversión, así como de las regalías y contraprestaciones por el uso y la transferencia de tecnología de su propiedad.

La cesión de los Contratos de APP, también está reglamentada al establecerse que, la empresa privada que haya suscrito un contrato de esta naturaleza, puede **ceder a un tercero su posición contractual**, con la autorización previa de la Superintendencia de APP, una vez verificado que el tercero cumple con las capacidades técnicas, legales y financieras requeridas.

INICIATIVAS PRIVADAS

El Reglamento establece una regulación especial para el abordaje de los proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y servicios públicos u otra actividad delegable bajo la planeación, el control, regulación y supervisión y/o vigilancia de la Administración Pública, que se ejecuten como consecuencia de la iniciativa privada; excluyendo por una parte, los proyectos que coincidan total o parcialmente con los proyectos aprobados por COALIANZA, por iniciativa pública o de otra empresa privada y por la otra, los proyectos que traten de actividades que de conformidad con la Constitución de la República están reservadas exclusivamente al Estado o a los Municipios.

Estas iniciativas pueden ser presentadas ante COALIANZA, por **personas jurídicas nacionales o extranjeras**, así como por **consorcios** de personas jurídicas o naturales. Se trata, de iniciativas privadas que no comprometan los fondos públicos del Estado para financiar a los concesionarios, ni el otorgamiento de avales para ese fin; es decir que el Estado sólo puede asumir compromisos contingentes que representen una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos, en tanto el proyecto involucre razones de interés público y se ejecute en beneficio del Estado.

El proponente debe presentar **una garantía o fianza de sostenibilidad** de la propuesta equivalente a un 10% para proyectos cuyo monto estimado sea inferior a 40,000 salarios mínimos y del 5% para proyectos mayores a esa cantidad.

La admisibilidad de una iniciativa privada debe ser comunicada al proponente en un plazo máximo de sesenta días, a partir de la fecha de entrega de la información mínima requerida. Cuando sea denegada se comunicará tal extremo sin necesidad de invocar la causa de la denegatoria y sin incurrir en ninguna responsabilidad. Contra el acto de denegatoria de la solicitud no procede recurso alguno.

El trámite de una iniciativa privada comprende la comprobación del cumplimiento de los requisitos mínimos, una evaluación del proyecto de inversión, incluyendo consultas a los órganos entidades competentes, a discreción de COALIANZA. La evaluación de la iniciativa privada debe considerar los siguientes criterios:

- Interés público tutelado;
- Función social;
- Objetivo y fines del proyecto, obra o servicio;
- Área de influencia o cobertura del proyecto, obra o servicio;

- Medición de los impactos económicos y sociales de proyecto, obra o servicio;
- Si el mismo ha sido proyectado con anterioridad por el Estado, y las causa de su no ejecución; y,
- La existencia o disponibilidad de bienes y/o servicios públicos necesarios para la ejecución de la propuesta, en caso de que la iniciativa no indique como única fuente de recursos, el financiamiento privado.

Concluida la evaluación de la iniciativa privada, **COALIANZA** debe proceder a **calificar el interés público del proyecto** y a su publicación en la página Web y en dos diarios de mayor circulación nacional, cuyo costo será asumido por el proponente.

Una vez publicada la declaratoria de interés, los terceros interesados podrán presentar su expresión de interés en la ejecución del proyecto de inversión, dentro del plazo fijado en la publicación. Ante la concurrencia de uno o más interesados en el proyecto de inversión, el procedimiento de selección se hará de conformidad con lo que se establezca en el Pliego de Condiciones aprobado por COALIANZA y en las normas aplicables, para ello se optará por una Licitación o Concurso Público Nacional o Internacional, para lo cual se convocará a los que hubieren expresado su interés, además del proponente. En caso de no existir terceros interesados corresponde a esta misma comisión, **adjudicar el proyecto al autor de la propuesta**.

Es de hacer notar que el Reglamento, impone a COALIANZA, la obligación de mantener bajo **confidencialidad y reserva la información** relativa a los proyectos de inversión de iniciativa privada que se presenten hasta que sean declarados de interés; obligación que se extiende a las entidades públicas y a los funcionarios públicos que por su cargo o función tomen conocimiento de esta información.

La propiedad intelectual de la iniciativa privada queda protegida por la Ley, desde la fecha de su presentación, aunque no resulte calificada de interés público.

LEY PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCION DE LAS INVERSIONES

Esta ley, fue aprobada por el Congreso Nacional, mediante Decreto No. 51-2011 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta, el 15 de julio de 2011. Considera la atracción, promoción y protección de la inversión, tanto extranjera como nacional, de interés primordial del Estado y, a tales efectos otorga **facilidades y garantías** para fomentar su crecimiento y desarrollo.

GARANTÍAS ESPECIALES

La Ley para la Promoción y Protección de las Inversiones, ofrece **garantías especiales** como la firma de **contratos de estabilidad** a quienes realicen inversiones superiores a la suma de dos millones de dólares de Estados Unidos de América, bajo la modalidad de APP, entre otras. Los contratos de estabilidad, garantizan al inversionista el **no incremento o nuevos impuestos** en el régimen tributario nacional y municipal al momento de su suscripción y por el término de su vigencia.

BENEFICIOS FISCALES

Cuando la inversión es declarada de interés prioritario, la ley reconoce al inversionista varios beneficios fiscales; por ejemplo: Si se trata de inversiones calificadas por COALIANZA, como megaproyectos de interés nacional que requieran una **inversión no menor de cincuenta millones** de Dólares de los Estados Unidos de América, el inversionista tiene el derecho a aplicar a un procedimiento de inversión acelerada y en tal virtud, al obtener el **Certificado de Incorporación y Viabilidad de la Operación**, que acredita el cumplimiento de los permisos y requisitos establecidos por las leyes hondureñas, además de que gozan de una exoneración parcial del impuesto sobre la renta.

REGLAMENTO DE LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCION DE LAS INVERSIONES

Este Reglamento tiene como propósito regular las disposiciones contenidas en la Ley de Promoción y Protección de las Inversiones. Contempla procedimientos especiales para la prevención de los conflictos sobre bienes inmuebles, que permiten a las personas naturales o jurídicas interesadas en desarrollar proyectos o actividades de inversión sobre bienes inmuebles, extinguir los derechos posibles de propiedad de personas que no se encuentre poseyéndolos; lo mismo que procedimientos (negociación, conciliación y mediación) para la solución de disputas que surjan a raíz de la aplicación de la Ley de Promoción y Protección de las Inversiones, entre personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras titulares de una inversión y el Estado. También se establece un régimen de garantía para la conclusión de proyectos de inversión sobre inmuebles en litigio, derivadas de acciones reivindicatorias, a través de la constitución de un fideicomiso. Desarrolla además, el procedimiento para la aprobación de los Contratos de Estabilidad, cuando se trate de APP.

Regulaciones sobre los beneficios fiscales relacionados con los gastos pre-operativos y la depreciación acelerada se encuentran también desarrolladas en este Reglamento.

DECLARATORIA DE INTERÉS NACIONAL

Respecto a la declaratoria de interés nacional y del procedimiento acelerado para las inversiones a gran escala, el Reglamento establece que cuando el Presidente de la República haya declarado como tal un proyecto de inversión, éste delegará en la autoridad o autoridades competentes, la tarea de elaborar una **lista corta** de participantes en el proceso de selección de los mismos, para luego estructurar los **requerimientos mínimos** en los que deben basarse las propuestas de los postores invitados que acepten participar, solicitándoles la presentación de sus propuestas para el desarrollo o implementación del proyecto. Agrega el Reglamento, que la selección del operador podrá hacerse en base a **criterios técnicos o financieros**.

ACCESO A LA INFORMACIÓN

En cuanto al acceso a la información, el reglamento estipula que hasta que una inversión sea declarada como de interés prioritario, **no se puede solicitar y recibir información** relacionada con el proceso de declaratoria de interés nacional. No ocurre lo mismo en cuanto a los actos de la Comisión Nacional de Inversiones, vinculados al seguimiento de la ejecución y cumplimiento de inversiones, los que de acuerdo a la norma reglamentaria tienen el carácter de **información pública**, por lo cual la CNI, está obligada a publicar en su sitio Web, los actos y pronunciamientos que acrediten el **cumplimiento de las**

obligaciones que los inversionistas hayan asumido con la declaración de interés prioritario de su inversión.

DISPISICIONES GENERALES DEL PRESUPUESTO DE INGRESOS Y EGRESOS DE LA REPUBLICA PARA EL EJERCICIO FISCAL 2015.

Las normas presupuestarias del presente ejercicio fiscal fueron aprobadas mediante Decreto Legislativo 140-2014, publicado en el Diario Oficial La Gaceta el 18 de diciembre de 2014. Establecen entre otros aspectos, que previo a la licitación de los proyectos bajo la modalidad de APP, COALIANZA, debe remitir a la Comisión de Crédito Público a través de la SEFIN, **los contratos**, estudios de pre-factibilidad, factibilidad y demás documentos necesarios que permitan determinar los riesgos financieros y no financieros, garantías, compromisos futuros y contingencias fiscales del Estado. Esto como requisito indispensable para que la Dirección General de Inversiones Públicas, emita la correspondiente Nota de Prioridad o enmiendas de las ya emitidas.

REGISTRO DE PASIVOS CONTINGENTES

Asimismo, con el propósito de llevar un registro fidedigno de las obligaciones contingentes a las que está expuesto el Estado, se aprueba la creación del **Comité de Registro de Pasivos Contingentes**, el cual debe ser conformado por técnicos de la Contaduría General de la República, Dirección General de Crédito Público, Dirección General de Inversiones Públicas, Unidad de Planeación y Evaluación de la Gestión, Dirección General de Presupuesto, Unidad de Contingencias Fiscales, Unidad de Servicios Legales de la SEFIN y de la Comisión Técnica de Presupuesto del Congreso Nacional. La responsabilidad de éste Comité es **analizar y registrar todos los contratos** de proyectos de APP y similares firmados a la fecha y a futuro.

La Superintendencia de Alianza Público-Privada (SAPP), está en la obligación de proveer los informes que regularmente solicite la Comisión Ordinaria de Presupuesto del Congreso Nacional y el Comité de Registros de Pasivos Contingentes.

SISTEMA NACIONAL DE INVERSIÓN PÚBLICA DE HONDURAS

Los contratos de proyectos de APP, **deben inscribirse** en el Sistema Nacional de Inversión Pública de Honduras (SNIPH), para lo cual COALIANZA tiene que presentar los estudios técnicos, financieros y contratos completos dentro de los cinco (5) días calendario después de su firma, así como también información complementaria a solicitud del Comité.

PAGO DE PORCERTAJES A COALIANZA Y SAAP

En relación a los fondos que obtengan COALIANZA y la SAPP, de hasta dos **(2%)** del valor del proyecto APP y la contribución de hasta el uno por ciento **(1%)** respectivamente, se estipula que se incorporan en su totalidad, al **Presupuesto de Ingresos y Egresos de cada institución**, destinándose estos recursos a financiar las competencias definidas en la Ley de Promoción de Alianza Público Privada para COALIANZA y la SAPP. A tales efectos, los recursos serán **transferidos al Fideicomiso**, en la medida que sean depositados en la Cuenta Única de la Tesorería General de la República.

OBLIGACIONES SAAP

Surge también en las Disposiciones Generales del Presupuesto, la **obligación que tiene la SAPP**, de remitir de manera mensual y simultánea, en los primeros veinticinco (25) días de cada mes, a la SEFIN, toda la información de las operaciones financieras y contables, según lo requerido en las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público IPSAS/NICSP 32. Dentro de la información general requerida y que puede variar según el tipo de proyecto está:

1. El listado completo de proyectos APP;
2. La programación de cada uno de los compromisos firmes que el Gobierno ha asumido en cada uno de los proyectos, como ser: cuotas periódicas de la retribución que hará el Gobierno por la inversión realizada por el privado conforme al contrato, distribuida hasta la cancelación total de los compromisos así:
 - a. Modelo financiero inicial del proyecto
 - b. Tablas de Amortización:
 - i. Capital;
 - ii. Intereses; y,
 - iii. Tasa de interés y tipo de tasa.
 - c. Montos de mantenimiento:
 - i. Rutinario; y,
 - ii. Periódico
3. El detalle de los costos de construcción por rubro de inversión y mantenimiento con base en el contrato suscrito;
4. Los tramos de los proyectos, fases con sus costos respectivos;
5. La programación anual de inversión de los proyectos que están en cartera y futuros;
6. La programación anual de inversión de los proyectos que están en cartera y los futuros a fin de poder establecer los techos presupuestarios para los próximos cuatro años y además tener claridad en los déficits fiscales futuros;
7. La ficha conforme al estado actual del proyecto, misma que sirve para control interno y respaldo de los ajustes a realizar debidamente firmada y sellada por el ente que facilite la información;
8. El pliego de condiciones, sus anexos y circulares;
9. Los estudios de pre-inversión con su respectivo monto; y,
10. El detalle de la identificación, distribución y cuantificación de los riesgos y estudio probabilístico.

SECTOR TURISMO

Finalmente, aparece una autorización expresa al Instituto Hondureño de Turismo (IHT), para que bajo la modalidad de APP, solicite a COALIANZA, la estructuración y contratación de un operador para mejorar la **eficiencia en el cobro y aplicación de la tasa turística** del cuatro por ciento (4%) a nivel nacional, fondos que deben ir destinados al sector turismo con el propósito de incrementar significativamente la recaudación actual, ampliando la base e impulsando y fomentando el auto-sostenimiento de dicho Instituto.

2. INSTITUCIONES RESPONSABLES DE APLICAR EL MARCO NORMATIVO DE LAS APP

COALIANZA

La normativa actual de las APP, desarrolla el marco institucional responsable de su cumplimiento. Se destaca como el principal órgano a la *Comisión para la Promoción de las Alianzas Público Privada* (COALIANZA), entidad desconcentrada de la Presidencia de la República, encargada de gestionar y promover los proyectos y procesos de las Alianzas Público-Privada (Art. 11 LPAPP).

Entre sus funciones principales (Art. 13 LPAPP) se identifican las siguientes:

- **Gestionar en forma exclusiva** los procesos de contratación que permitan la participación público-privada en la ejecución, desarrollo y administración de obras y servicios públicos de interés para el Estado, tanto a nivel nacional como local;
- Coordinar con las Secretarías de Estado, instituciones autónomas, Consejos Regionales de Desarrollo, municipalidades, entes u órganos desconcentrados y demás dependencias del Estado, la gestión de todas las autorizaciones, permisos, licencias y demás requerimientos para hacer viable, técnica, operativa y financieramente la ejecución de los proyectos;
- Coordinar con otras instancias internas de la Administración Pública, las acciones necesarias para que dentro de los proyectos de inversión pública se seleccionen aquéllos que califiquen dentro de las áreas priorizadas;
- Colaborar con las municipalidades en la evaluación de los proyectos sometidos a programación para su incorporación al Sistema Nacional de Inversiones Públicas;
- Dar seguimiento a los proyectos, obras o servicios provistos a través de modelos de la APP, en coordinación con las entidades reguladoras;
- Asegurar que las APP estén en armonía con los Objetivos y Metas de la Visión de País y Plan de Nación;
- Garantizar la implementación de las actividades comprendidas en las relaciones que den origen a las alianzas.

Como mecanismo de rendición de cuentas se prevé que COALIANZA, informe semestralmente de los avances en el desarrollo de sus actividades al Congreso Nacional.

COALIANZA según el Reglamento está facultada, para contratar servicios de asesoría jurídica por parte de terceros, al igual que se autoriza la contratación de asesores externos para el proceso de identificación de los proyectos prioritarios para el desarrollo de APP.

Se autoriza a COALIANZA a realizar un cobro de **hasta el 2% del valor de cada proyecto** autorizado al adjudicatario del mismo, en concepto de tasa por los servicios que presta (Art. 29 reformado de la LPAPP).

SAAP

Asimismo, la ley plantea que la regulación, control y seguimiento de la realización de obras y prestación de servicios mediante APP, debe estar a cargo de los **entes reguladores sectoriales** que sean creados por leyes especiales para tal efecto y en caso de no existir un ente regulador especializado para la realización de una obra o la prestación de un servicio público en particular, su regulación, control y seguimiento estará a cargo de la *Superintendencia de Alianza Público-Privada* (Art. 21 LPAPP). Esta Superintendencia constituye

un órgano colegiado, adscrito al Tribunal Superior de Cuentas; entre sus atribuciones (Art. 23 LPAPP) se pueden citar las siguientes:

- **Controlar la prestación y gestión** de los servicios públicos e infraestructura y el cumplimiento de los contratos y licencias para operar Alianzas Público-Privada;
- **Supervisar la aplicación de las normas**, en materia de seguridad y uso sobre interrupción y restablecimiento de los servicios, así como de la calidad de los mismos, a las cuales deben ajustarse los gestores y prestadores de servicios;
- Prevenir, en cuanto corresponda, conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes;
- **Supervisar la calidad de los servicios** prestados mediante Alianza Público-Privada (APP), de conformidad a los estándares definidos en los contratos respectivos;
- Aplicar las sanciones previstas en los contratos y/o en las normas aplicables a los servicios en régimen de licencias, respetando en todos los casos los principios del debido proceso;
- Gestionar que se promuevan ante la autoridad correspondiente acciones administrativas, civiles o penales, incluyendo medidas precautorias necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores de servicios de conformidad con lo dispuesto en la Ley y los contratos o licencias respectivos;
- Emitir normativas y procedimientos para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, asegurando el principio del debido proceso;
- Requerir de los prestadores de los servicios, los documentos e información necesaria para verificar el cumplimiento de esta Ley y de su reglamentación, garantizando, en su caso, el adecuado resguardo de la confidencialidad de la información.

Igualmente, la Superintendencia de Alianza Público-Privada, por disposición legal está obligada a someter anualmente al Congreso Nacional un informe sobre las actividades del año.

Según el Reglamento de la LPAPP, las funciones de la SAPP indelegables, pero permite que éste órgano pueda encargar a otras entidades del Estado, la elaboración de los informes que estime necesarios para ejercer sus funciones y más aún puede contratar los servicios de empresas especializadas para que éstas le auxilien en sus funciones de fiscalización.

La SAPP está autorizada a percibir de las empresas privadas que suscriban contratos APP un aporte por regulación de **hasta el 1% del valor de la facturación anual**, efectuadas las deducciones del Impuesto Sobre Ventas.

CNI

El marco legal institucional para la promoción de las inversiones en Honduras, es el *Consejo Nacional de Inversiones* (CNI), entidad de derecho público, que tiene como fin principal, la promoción y desarrollo de la inversión privada, entre otros. Entre sus principales funciones destacan:

- Proponer al Presidente de la República para que en Consejo de Ministro, apruebe la Política, la Estrategia y *Plan Nacional de Inversiones*, los que son revisados y actualizados anualmente; previo a escuchar a COALIANZA, al Régimen de las Regiones Especiales de Desarrollo y a SEPLAN.
- Definir y actualizar anualmente en coordinación con la SEPLAN, y las entidades estatales sectoriales, la *lista de los sectores de inversión prioritarios en Honduras* y diseñar las estrategias para la promoción de los mismos;
- Autorizar en coordinación con la SEFIN, la concesión de los incentivos fiscales establecidos en la Ley para la Promoción y Protección de las Inversiones.

Este instrumento normativo contempla además, la posibilidad de que el Presidente de la República declare que un proyecto de inversión- mediante el mecanismo APP- es de interés nacional, pudiendo en estos casos limitarse la lista de participantes en el proceso de selección **a un listado cerrado** en el que se deberá incluir únicamente las sociedades de reconocido prestigio y experiencia en la ejecución de los proyectos en particular y **reducirse los plazos en forma discrecional** para llevar a cabo dicho proceso por parte de COALIANZA (Art. 49 LPPI).

Adicionalmente, la Ley para la Promoción y Protección de las Inversiones, **permite** a COALIANZA, **constituir Fideicomisos** de largo plazo con un fiduciario o una sindicación de fiduciarios para el estudio, desarrollo, financiamiento, y/u operación de los proyecto de APP. Para estos fines el fideicomiso debe garantizar que inversionistas de diferente capacidad económica, tengan la opción de participar en el financiamiento de la APP. Para ello **el fideicomiso puede emitir bonos y/o colocarlos privadamente o en bolsa** y a *utilizar cualquier medio lícito que garantice el financiamiento del proyecto y la continuidad de su operación.*

SEFIN

La reforma a la Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada y las Disposiciones Generales del Presupuesto del 2015 hacen obligatoria la participación de la SEFIN, en todas las etapas del ciclo del proyecto bajo la modalidad de financiamiento de APP, así como en la revisión del costo beneficio y capacidad de pago de la entidad pública participante bajo esta modalidad.

Para ello se ordena la creación de la Unidad de Contingencias Fiscales (UCF) como una dependencia del Secretario de Estado en el Despacho de Finanzas, la cual tiene dentro de sus funciones las siguientes (Art. 18, 19 y 25-A de la LPAPP):

- Seleccionar y determinar, basándose en la evaluación de los estudios técnicos, cuales proyectos pueden ser ejecutados bajo los esquemas de APP.
- Dictaminar sobre el borrador del contrato de las APP en cada una de sus versiones.
- Emitir opinión, favorable y vinculante, previo a la remisión de un contrato de APP al Congreso Nacional.
- Identificar, analizar, cuantificar, gestionar, y dictaminar los costos y riesgos fiscales derivados de los proyectos de inversión bajo el esquema de APP y de otras fuentes de riesgos fiscales.
- Establecer planes de acción por posible activación de las contingencias fiscales.
- Mantener un registro de los compromisos firmes, contingentes cuantificables y garantías ejecutadas bajo esta modalidad de inversión.

- Monitorear los riesgos fiscales de los procesos ex ante y posteriormente a la adjudicación de proyectos APP, utilizando las mejores prácticas internacionales.
- Realizar los análisis de capacidad presupuestaria y dictaminar autorizando o desautorizando el comienzo y/o continuación de cada uno de los proyectos bajo modelos de APP, así como el seguimiento y valoración de los riesgos fiscales durante la ejecución de los proyectos.

De igual manera, las Disposiciones Generales del Presupuesto 2015 facultan a la SEFIN, para que a través de la Dirección General de Presupuesto, realice los registros necesarios de las operaciones inherentes a los Fideicomisos para la estructuración, financiamiento y desarrollo de los proyectos de Alianza Público-Privada, aprobados mediante Decreto Legislativo.

Otra obligación que nace de las disposiciones presupuestarias, es la de solicitar autorización previa de la SEFIN, para la suscripción de todos los contratos de inversión que se constituyan con APP y las posibles modificaciones que tengan esos contratos, cuando impliquen para el Estado, el otorgamiento de avales o un contingente.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS VACÍOS, CONTRADICCIONES Y RIESGOS DEL MARCO REGULATORIO

Respecto a los **vacíos del marco regulatorio** que rige las APP, pueden identificarse los siguientes:

- No se ha definido con claridad un principio de publicidad y transparencia que contribuya o refuercen el principio de rendición de cuentas, durante todo el ciclo de los proyectos APP y de manera especial en la actividad de contratación administrativa bajo esta modalidad.
- No se determina con claridad, cuáles son los órganos competentes para celebrar los contratos de APP, tanto en la administración pública centralizada como en la descentralizada, lo que da lugar a suponer que el responsable de la contratación bajo la modalidad APP, es el mismo órgano competente para preparar y adjudicar el proceso¹⁰, salvo que el Presidente de la República determinara requerir al Secretario de Estado que por razones de competencia esté vinculado con el objeto del contrato.
- No se determinan las causas por las cuales pudiera decretarse por autoridad competente, la nulidad de un contrato de APP, ni el tipo de responsabilidad en que incurriría el funcionario responsable de tal circunstancia.
- Más allá de la falta de propuestas u ofertas en los procesos de licitación o concurso, no se observa ninguna otra causal que pueda justificar una declaratoria de desierto el proceso, como por ejemplo la comprobación de que ha habido colusión, entre otros que debieran considerarse.

¹⁰ En el artículo 11 de la LPAPP se autoriza al Presidente de COALIANZA a firmar los contratos que resulten de los procedimientos de adjudicación, previa aprobación de su contenido por el Presidente de la República.

- La Ley de Promoción de las APP no establece mecanismos o metodologías de análisis para la evaluación de los proyectos potenciales para ser incorporados en la cartera de proyectos APP que garanticen que esta modalidad contractual es mejor que una contratación pública tradicional. Así prácticamente la mayor parte de las obras, proyectos o servicios públicos que se propongan podrían ser objeto de una APP, con un análisis de viabilidad que no contempla toda la información necesaria para la toma de decisiones que refuercen el fundamento de que las APP contribuyen a mejorar “el valor del dinero” público.
- No existe una definición del tipo de contratos¹¹ que pueden ser objeto de una APP, bajo el marco de las buenas prácticas internacionales, por lo cual es difícil que SEFIN pueda calcular los riesgos financieros, no financieros, las garantías, los compromisos futuros y las contingencias fiscales inherentes a cada uno de los tipos de contratos, los cuales pueden variar según la modalidad por la que se opte para cada uno de los tipos de proyectos APP.
- Tampoco se determinan formalidades para potenciales modificaciones a los contratos, ni mucho menos acceso público a los mismos o mecanismos de divulgación proactiva de la información derivada de la ejecución de los contratos APP.
- No se regulan los criterios que deben aplicarse para que el Presidente de la República pueda calificar un proyecto, como megaproyecto de interés nacional, lo cual abre las puertas a la discrecionalidad en este tipo de decisiones.
- El marco regulatorio no establece los requisitos básicos para que se autorice la cesión de los derechos derivados de un contrato de APP, la subcontratación de determinados trabajos con terceros y tampoco los requisitos para su formalización.
- Son inexistentes en la normativa actual, las disposiciones generales que deben regular las causas de terminación, suspensión, modificación, y caducidad de los contratos.

Respecto a las **contradicciones del marco regulatorio**, se pueden destacar las siguientes:

- La interpretación del artículo 36 contenida en Decreto Legislativo 24-2012¹², sumado a lo establecido en el Artículo 49 de la Ley de Promoción y Protección de las Inversiones, que permiten la suscripción de contratos de fideicomiso de largo plazo para la generación de APP (estudio, desarrollo, financiamiento y/u operación de proyectos APP), hace evidente la desviación del objetivo que persigue la Ley de las APP, al otorgar en forma exclusiva a

¹¹ Si se establecen las modalidades de proyectos APP pero no de tipo de contratos que pudieran suscribirse, por ejemplo de Concesión, de Arrendamiento, de Gestión y Administración, etc.

¹² Queda a criterio de COALIANZA llevar a cabo los procesos de selección y adjudicación de contratos referidos a: contratación de servicios profesionales, la elaboración de estudios de pre-inversión, inversión, pre-factibilidad, factibilidad, diseño y formulación de proyectos, investigaciones y capacitaciones, dictámenes u opiniones técnicas referidas a Alianza Público Privada; la celebración de Fideicomisos de administración de los fondos de COALIANZA y los Fideicomisos contemplados en el artículo 49 de la LPPI, y demás que sean necesarias en los procesos de viabilización, priorización, formulación, y adjudicación de APP (Art. 1 del Decreto de Interpretación).

COALIANZA, la función de gestionar los procesos de contratación de participación público-privada. Sumado a que COALIANZA está autorizada a cobrar una tasa por los servicios que presta, que casi se reduce a contratar instituciones bancarias para que ejecuten sus funciones.

- Asimismo, la confidencialidad y reserva temporal declarada en la normativa actual que rige las APP, sobre la información relativa a los proyectos de inversión de iniciativa privada, y de toda la documentación que forme parte de los expedientes elaborados para llevar a cabo el proceso de promoción de una APP que sean de propiedad o titularidad del Estado, no es congruente con el principio de transparencia y rendición de cuentas, que debe prevalecer las actuaciones de los órganos de la administración pública.
- Al referirse el Reglamento de la Ley de las APP, a la función de la Oficina de Asesoría jurídica de COALIANZA de ofrecer los servicios de asesoría legal para los órganos de la Comisión, resulta contradictorio desde el punto de vista de la racionalidad con que deben administrarse los recursos públicos, que se permita la posibilidad de que estos servicios también puedan ser prestados por terceros que sean contratados con esos propósitos.
- A esto suma, la posibilidad que abre el Reglamento para que COALIANZA, contrate asesores externos que asesoren el proceso de identificación de los proyectos prioritarios para el desarrollo de APP, proceso que corresponde desarrollar a las entidades sectoriales.
- Igualmente resulta contradictorio que el Reglamento de la Ley de las APP, califique de indelegables las funciones de la Superintendencia de las APP, pero a la vez permita que éste órgano pueda encargar a otras entidades del Estado, la elaboración de los informes que estime necesarios para ejercer sus funciones y más aún que pueda contratar los servicios de empresas especializadas para que estas le auxilien en sus funciones de fiscalización.
- Contrario a las disposiciones legales que emanan de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el Reglamento de la Ley de APP, declara bajo reserva toda la documentación que forme parte de los expedientes elaborados para llevar a cabo el proceso de promoción de una APP, y que sean de propiedad o titularidad del Estado; información que se mantendrá en reserva hasta la suscripción del Contrato de APP.
- En un exceso más a la facultad reglamentaria, se observa que en el Reglamento de la Ley de APP, existe una disposición que obliga a COALIANZA, a sufragar los gastos de defensa en cualquier juicio que sea entablado contra funcionarios y empleados de la Institución, incluyendo a aquellos que ya hayan cesado en su cargo; así como los pagos de daños y perjuicios a que estén obligados, como consecuencia de haber sido sentenciados por actos referidos al cumplimiento de sus funciones, con lo cual se evade de alguna manera la responsabilidad que la Constitución de la República y otras leyes del país, imponen a los servidores públicos en caso que ejecuten actos fuera del marco de sus atribuciones.

- El reglamento de la Ley de Promoción de las APP, permite que los proyectos de inversión por iniciativa privada que fueren calificados de interés público por COALIANZA, puedan adjudicarse directamente, lo que contradice el principio de libre competencia.
- Cuando el marco legal de las APP, otorga al inversionista el derecho de aplicar a un procedimiento de inversión acelerada y a obtener un Certificado de Incorporación y Viabilidad de la Operación, con el que acredita el cumplimiento de los permisos y requisitos establecidos por las leyes hondureñas, genera una seria contradicción con todas las leyes especiales que imponen la obligación a los inversionistas de realizar estos trámites antes de iniciar la operación del proyecto; además se transgreden tratados comerciales, en lo que se refiere a la prohibición de flexibilizar normas nacionales específicas, con el ánimo de promover las inversiones.
- La declaratoria de interés nacional y el procedimiento acelerado para las inversiones a gran escala, establecen que cuando el Presidente de la República haya declarado como tal un proyecto de inversión, éste delegará la tarea de elaborar una lista corta de participantes en el proceso de selección de los mismos, y que la selección del operador podrá hacerse en base a criterios técnicos o financieros. Estas disposiciones reglamentarias resultan contradictorias con el principio de búsqueda de la competencia que permite asegurar la eficiencia, eficacia y menores costos en la provisión de infraestructura y servicios públicos, además alientan los procesos de selección anticompetitivos y colusorios.
- Mientras la reforma a la Ley de Promoción de la APP establece que los fondos obtenidos por el cobro de hasta (2%) y del (1%) por COALIANZA y la SAPP deben ser depositados en la Cuenta Única de la Tesorería General de la República (CUT) y que los mismos deben incorporarse al **Presupuesto General de Ingresos y Egresos la República** (PGIER) y que dichos fondos deben destinarse a financiar los presupuestos de COALIANZA y la SAPP según se especifique en el PGIER), las Disposiciones Generales del Presupuesto 2015 señalan que estos porcentajes se incorporan en su totalidad, al **Presupuesto de Ingresos y Egresos de cada institución**, destinándose estos recursos a financiar las competencias definidas en la Ley para COALIANZA y la SAPP. A tales efectos, **los recursos serán transferidos al Fideicomiso**, en la medida que sean depositados en la Cuenta Única de la Tesorería General de la República.

Respecto a los **riesgos del marco regulatorio** que rige las APP pueden identificarse los siguientes:

- El Reglamento de la Ley de las APP, deja a la discreción de COALIANZA, la participación de los entes públicos especializados en la ejecución de proyectos, obras y servicios, en el proceso de elaboración de los Pliegos de Condiciones y de los proyectos de contrato de APP; de ahí, que el riesgo de no considerar en ambos instrumentos, todos los aspectos técnicos y financieros que se requieren para la correcta selección de los contratistas y la ejecución de los contratos APP, es alto.
- En términos generales se estima que las normas citadas en este informe y que están contenidas en las Disposiciones Generales de Ingresos y Egresos de la República del 2015, procuran responder a algunos de los vacíos que desde la perspectiva de la ejecución presupuestaria presenta la legislación especial de las APP, no obstante tienen una vigencia temporal (un año), quedando la

duda de que pasará con éstas regulaciones en los próximos períodos fiscales. El riesgo que se modifiquen el próximo año o los subsiguientes queda latente.

- Frente a los vacíos y contradicciones que presentan las actuales leyes especiales que regulan las APP, el riesgo de se produzcan excesos en la potestad reglamentaria es alto, lo mismo que la emisión de Decretos de Interpretación de la normativa, que más allá de clarificar la Ley, hacen del mecanismo de interpretación una reforma legal.
- El Estado enfrenta el riesgo de ser denunciado internacionalmente y sancionado con restricciones comerciales en el marco de los tratados de libre comercio suscritos a la fecha, en vista de que algunas regulaciones estarían favoreciendo la competencia desleal.
- Existe un riesgo inherente a que la suscripción y ejecución de contratos de Fideicomiso, a los cuales se destinan fondos públicos, continúe siendo regulado por el derecho privado en vista de que no se trata de operaciones entre sociedades mercantiles o particulares sujetos al secreto bancario, sino de fondos públicos sobre los cuales existe la obligación de rendición de cuentas y transparencia por parte del Estado.

III. ESTRATEGIAS PARA REDUCIR LOS RIESGOS DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LA DEUDA PÚBLICA DERIVADA DE CONTRATOS DE ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS (APP).

Antes de delinear una estrategia para reducir los riesgos del Estado en relación con la deuda pública derivada de los contratos de las alianzas público privadas (APP) se revisó el contenido de nueve contratos de fideicomiso y uno de concesión suscritos por COALIANZA, en el marco de un ejercicio de priorización realizado por FOSDEH (Tabla 2).

Tabla No 2. Contratos revisados priorizados por FOSDEH

Tipo	Nombre del Contrato	Monto	Sector
Fideicomiso	Construcción Carretera El Obispo - Empalme con Carretera a La Esperanza, Rehabilitación San Miguelito - San Juan, Bacheo San Juan - Gracias - Santa Rosa de Copán y Mantenimiento de la Carretera desde La Esperanza hasta Santa Rosa de Copán.	ND	Infraestructura Vial
Fideicomiso	Financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del aeródromo Río Amarillo.	Inversión estimada: US\$ 6.5 millones	Infraestructura Aeroportuaria
Fideicomiso	Financiamiento, Construcción, Rehabilitación, Ampliación, Operación y Mantenimiento de las Carreteras CA-4 Occidente, CA-10 y CA-11.	Inversión estimada: US\$ 270 millones	Infraestructura Vial
Fideicomiso	Recuperación de pérdidas en los servicios prestados por la Empresa Nacional de Energía Eléctrica” para la ejecución del componente de servicio de transmisión, despacho y flujo financiero, mediante la constitución de una alianza público privada.	ND	Servicios Públicos
Fideicomiso	Sistema de administración de la propiedad de la República de Honduras.	Monto estimado de la inversión: US\$ 20 millones	Servicios Públicos
Fideicomiso	Programa para el desarrollo de producción agrícola, forestal y comunitaria con plantas industriales de productos agroalimentarios, forestales, de biocombustibles y energéticas a través de Biomasa.	ND	Energía
Fideicomiso	Estructuración, desarrollo y financiamiento de la operación de la terminal de graneles de Puerto Cortés.	ND	Infraestructura Portuaria

Tipo	Nombre del Contrato	Monto	Sector
Fideicomiso	Operación, funcionamiento, financiamiento y administración del registro de la propiedad vehicular a nivel nacional e implementación de los centros de inspección vehicular, suministro de placas, otorgamiento de licencias de conducir, modernización del sistema de sanciones de infracciones de tránsito y la tecnificación de la recaudación de multas.	Monto estimado de la inversión: US\$ 20 millones	Servicios Públicos
Fideicomiso	Recuperación de Pérdidas en la Distribución de Agua, Potabilización y Tratamiento de Aguas Servidas en los Servicios Prestados por el Servicio Autónomo Nacional de Acueductos y Alcantarillados (SANAA).	ND	Servicios Públicos
Concesión	Corredor logístico Goascorán- Villa de San Antonio y Tegucigalpa - San Pedro Sula - Puerto Cortés.	Monto estimado de la inversión: US\$ 100 millones.	Infraestructura Vial

Fuente: FOSDEH, 2015

1. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO PARA CONSTITUIR APP

- En general los contratos de fideicomiso respetan lo estipulado en el Código del Comercio, que es el cuerpo normativo que regula la figura de los fideicomisos identificando las partes involucradas (Fideicomitente, Fiduciario, Fideicomisario), sus responsabilidades, el patrimonio del fideicomiso y sobre todo la finalidad del contrato que de manera contundente puede calificarse en todos ellos como lícita, determinada y posible.
- Mediante la suscripción de contratos de fideicomiso se saca los procesos de contratación de una APP de la regulación del derecho público a la regulación del derecho privado. Esta modalidad de contratos no garantiza los principios de transparencia y rendición de cuentas de parte del Estado respecto a uso y destino de los fondos públicos, establecidos en las leyes del país, ya que las normas que rigen este tipo de contratos (Fideicomiso) son de derecho privado.
- Mediante estos contratos se otorga a una institución bancaria (Fiduciario) varias funciones establecidas en la Ley de las APP tales como la elaboración de estudios para estructurar un proyecto de APP, la conducción del todo el proceso de adquisición para construir una APP (vía concurso o licitación), la supervisión de las obras y/o servicios brindados por un operador privado en el marco de una APP, y en algunos casos también el manejo del financiamiento y garantías de contratos futuros, prácticamente funciones que correspondería ejecutar a COALIANZA y a otros órganos de la Administración Pública.

- Aunque la Ley de las APP reconoce expresamente que corresponde a las entidades reguladoras y a la SAPP, las funciones y competencias legales de control y de fiscalización de los servicios públicos y de la ejecución de las obras públicas que pueda desarrollar un ente privado, se establece en los contratos de fideicomiso la contratación, por parte de las instituciones bancarias, de auditorías de proyectos externas que realizarán también funciones de supervisión y control durante la ejecución de los proyectos.
- El porcentaje establecido en los contratos de fideicomiso para pago de la tasa por servicios a COALIANZA **es sobre el monto estimado de la inversión** y no sobre el valor real del proyecto APP autorizado al adjudicatario, tal como establece la reforma a la Ley de promoción de la Alianza Público Privada y el texto de las Disposiciones Generales del Presupuesto 2015, para el cálculo de dicho porcentaje.
- En los contratos de fideicomiso se establece el procedimiento mediante el cual debe seleccionarse al inversionista privado con el cual se desarrollará la APP, sin criterios claramente definidos, pudiendo variar éstos entre concursos y licitaciones públicas, aunque el marco legal ya señala cuando procede un concurso y cuando una licitación.
- La única referencia que se hace en los contratos de fideicomiso a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública es para referirse a temas de comportamiento ético de los involucrados en la ejecución del contrato de fideicomiso pero no para asegurar divulgación y menos el acceso a la información derivada de los contratos de fideicomiso.

2. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE UNA APP

- El contrato de concesión analizado cumple y sobrepasa el contenido básico que impone la Ley de la APP para los contratos que se suscriban en el marco de esta Ley. El concesionario es una sociedad mercantil constituida en Honduras, conforme a las leyes y disposiciones aplicables, tal como se lee en contrato de concesión.
- En dicho contrato se visualiza a la SAPP como el ente responsable de la función supervisora con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de los que prestan o gestionan la infraestructura y los servicios públicos; sin embargo, el pago de los servicios de la SAAP debe hacerse en la cuenta indicada por COALIANZA, con lo cual su accionar podría verse afectado ya que COALIANZA es un órgano desconcentrado de la Presidencia de la República y la SAAP es un órgano dependiente del TSC. Lo establecido en este contrato también contradice la reforma que ha sufrido la Ley de Promoción de la APP en vista de que este monto debe ser depositado en la Cuenta Única del Tesorería General de la República (CUT) y se deben incorporar al Presupuesto General de Ingresos y Egresos la República.
- En el contrato de concesión, no se privilegia la participación de las instituciones sectoriales, como coadyuvantes de la SAPP, en las acciones de regulación, control y seguimiento de la realización

de obras y la prestación de los servicios, lo que demuestra la falta de reconocimiento a las competencias y funciones legales que corresponde a las instituciones sectoriales, desaprovechando la oportunidad de buscar el fortalecimiento de las instituciones públicas en términos de mejorar su capacidad de diseño, evaluación y fiscalización de los proyectos vinculados al ámbito de su competencia. En este caso particular, sería lógica la participación de INSEP como colaborador en la función de supervisión técnica.

- El contrato no define medidas específicas que permitan cumplir con el mandato de publicidad y rendición de cuentas a que están sujetas las actuaciones de la administración pública y en particular los titulares de las APP, de conformidad con la Ley
- En este contrato el Estado de Honduras tiene la responsabilidad de asegurar al concesionario un nivel mínimo de ingresos por año, de ahí que el monto dado por la diferencia entre el IMAG y la recaudación anual del peaje, debe asumirse con fondos públicos. Esto es parte del análisis previo que debe ejecutar la Secretaría de Finanzas en vista de que pudieran generarse responsabilidades financieras futuras cuyo monto no está claramente identificado. El tema es que este contrato está firmado con anterioridad a la entrada en vigencia de las Disposiciones Generales del Presupuesto 2015 y por tanto su contenido tal cual fue firmado es Ley entre las partes.
- Mediante este contrato, se observa que la APP está contribuyendo al cumplimiento de las atribuciones legales que corresponde a INSEP, es decir la construcción y mantenimiento de la red vial oficial del país, por lo tanto COALIANZA no debería tener facultades legales para comparecer en la suscripción este contrato de concesión, ya que su función es promover la generación y suscripción de las APP y no sustituir a las instituciones sectoriales en su rol.
- El procedimiento que debe seguirse para la expropiación de bienes en el marco de este contrato, resulta congruente con el establecido en la Ley de Propiedad, pero se establecían que todos los costos relacionados con los procedimientos de expropiación de derechos y/o de imposición de servidumbres, corren en su totalidad por cuenta del Estado, lo cual no solo es un tema de riesgo para las finanzas públicas, sino también una flagrante violación del Artículo 32 de la Ley de APP que establece que el valor indemnizatorio por la expropiación de bienes debe ser pagado por quien construya la obra de infraestructura.

3. PROPUESTA DE ESTRATEGIA

Aunque desde el punto de vista del endeudamiento, una diferencia fundamental entre las APP (financiamiento privado) y las adquisiciones públicas tradicionales (financiamiento público), es que en el caso del financiamiento público quien contrae deuda es el Estado y en el marco de una APP la deuda es contraída normalmente por el sector privado; no deja de ser cierto que el Estado, celebra con el sector privado un contrato de servicios a largo plazo, en el que se especifican sus obligaciones de pago y demás responsabilidades frente a ese sector. En algunos casos, quizás el Estado no tenga obligaciones directas de pago (por ejemplo, cuando se trata de una carretera), pero la mayoría de estos acuerdos tiene obligaciones indirectas (por ejemplo, garantías por pagos mínimos, indemnizaciones, servicios e impuestos indirectos); generando obligaciones contingentes explícitas o implícitas, que implican un potencial riesgo fiscal.

Debido a lo antes expuesto el tema de garantías e impactos financieros de las APP debe ser debidamente regulado y establecer lineamientos de estrategia para reducir los riesgos del Estado, derivados de las normas contractuales de las APP en relación con la deuda pública.

En este sentido se establecieron algunos lineamientos en la Política de Endeudamiento para el período 2015-2018, en lo que respecta a las APP, pero no se profundiza en la operatividad de dichos lineamientos.

Una propuesta, es incorporar un análisis del costo beneficio integral de las APP a fin de resguardar los intereses del Estado, sobre todo respecto a las obligaciones que generan esta modalidad de inversión pública.

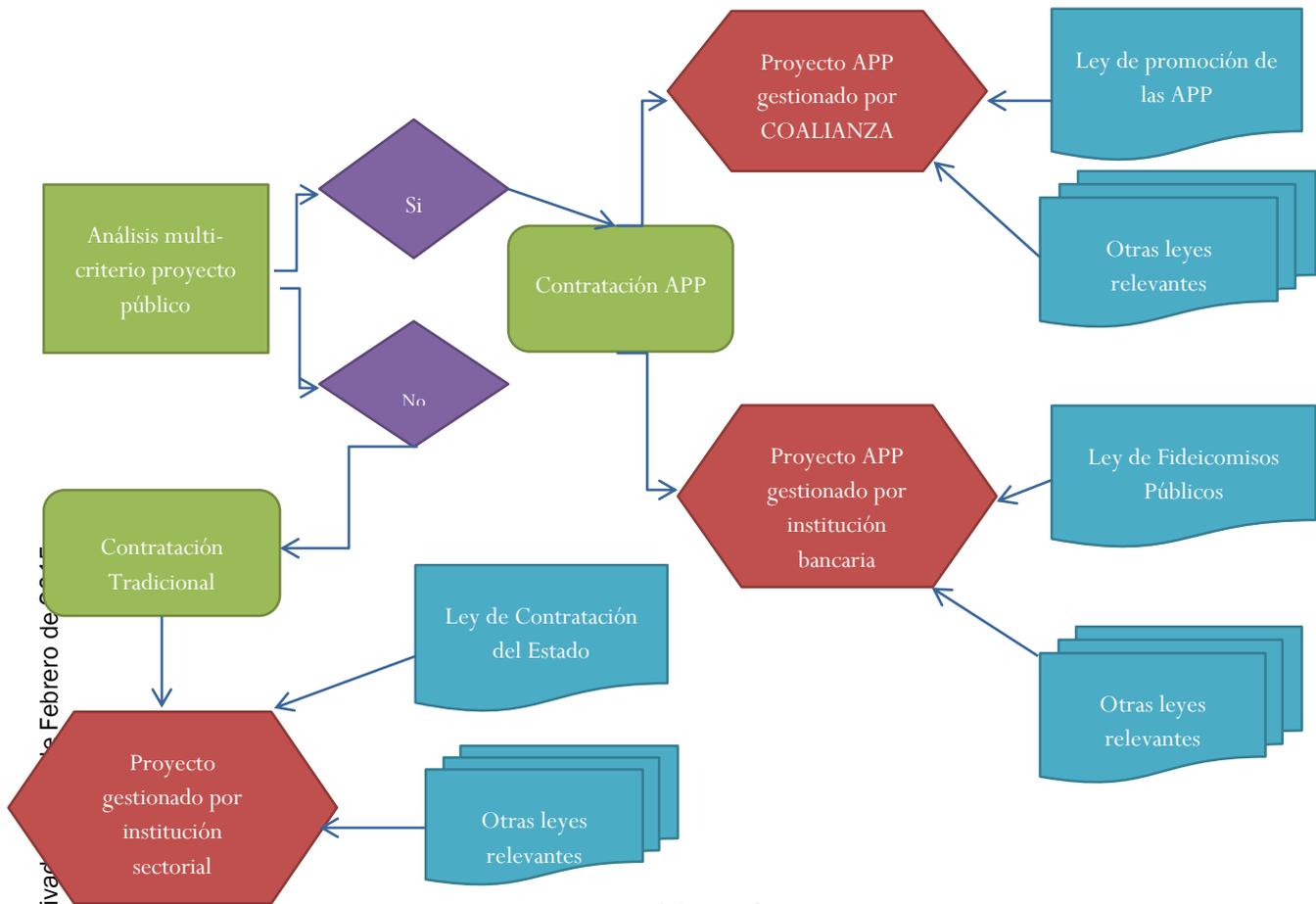
La **otra propuesta** es que una vez se hayan realizado los análisis correspondientes y se haya determinado la viabilidad de una APP, se decida cuál sería la modalidad para hacerla efectiva, ya sea que el proceso de adquisición lo gestione COALIANZA o se contrate a una entidad bancaria mediante un fideicomiso para realizarlo. En el caso de que la opción elegida sea mediante un contrato de fideicomiso, el Estado debería establecer y aplicar una ley especial para fideicomisos públicos¹³, en vista de que la regulación mediante el derecho privado no contempla una serie de principios a los cuales deben estar sujetos este tipo de contratos, por el hecho de que los recursos del Estado entregados a los particulares por medio de fideicomisos mercantiles no pierden su naturaleza de recursos públicos.

En cualquiera de los dos casos una vez que se haya adjudicado el contrato de APP a un inversionista privado, se **propone** que el borrador de contrato además de que sea revisado y autorizado por la SEFIN, se turne a la Procuraduría General de la República (PGR) y de la entidad sectorial correspondiente para un dictamen sobre el cumplimiento de regulaciones generales y/o específicas aplicables al contrato y al proyecto de que se trate a fin de garantizar el cumplimiento de la legislación nacional y no sólo en lo que respecta al marco regulatorio de las APP.

En el siguiente diagrama se presenta la **propuesta de estrategia** que va más allá del objetivo de minimizar los riesgos en la deuda pública, sino que apuesta a un reforzamiento de la institucionalidad pública y al cumplimiento del marco legal vigente justamente para garantizar que los proyectos APP contribuirán al desarrollo del país y al cumplimiento de las funciones y atribuciones que tienen los órganos y entidades de la Administración Pública, asegurando de esta forma la seguridad jurídica de las inversiones y promoviendo a la vez la atracción de nuevas inversiones tan necesarias para el país, pero todo en un marco de respeto a la legalidad.

¹³ La propuesta de contenidos de esta ley se desarrolla en el siguiente capítulo de este informe.

Diagrama 2. Estrategia para minimizar riesgos en contratos APP



Fuente: Elaboración propia

LINEAMIENTOS DE LA POLÍTICA DE ENDEUDAMIENTO 2015-2018

De acuerdo a lo establecido en la Política de Endeudamiento Público 2015-2018, se ha previsto lineamientos relacionados con las obligaciones que puedan generar los contratos de las APP:

1. La Secretaría de Finanzas deberá tener un papel más protagónico con capacidad de veto en todo el proceso de las diferentes fases (planificación, diseño y elaboración de licitación, licitación y negociación y la fase de construcción y operación) del proyecto APP, a fin de asegurar que el riesgo del Estado no sea comprometido más allá de los límites establecidos con base a un análisis de sostenibilidad fiscal.
2. COALIANZA deberá solicitar a la Secretaría de Finanzas dictamen de riesgo fiscal, previo a la licitación de los proyectos, de los contratos, estudios y demás documentos necesarios para determinar y asegurar la asequibilidad presupuestaria, los riesgos financieros y no financieros, garantías, compromisos futuros y contingencias fiscales del Estado.
3. Evaluar la conveniencia de las APP en relación a una modalidad de contratación pública tradicional, debiendo incorporar en la evaluación de los proyectos de inversión herramientas o metodologías como la del comparador público privado para determinar

en términos de eficiencia la conveniencia de estructurar el proyecto público bajo modalidad de APP.

4. Una vez que un contrato sea firmado, se deberá enviar a SEFIN la información pertinente a fin de realizar el registro del mismo, para su seguimiento y evaluación a través del Comité de Registro de Pasivos Contingentes (conformado por varias dependencias de la SEFIN).
5. La totalidad de compromisos firmes y contingentes cuantificables netos de ingresos asumidos por el sector público no financiero en los contratos de la Alianza Público Privada calculados a valor presente no podrán exceder de un máximo del 5% del PIB, respetando de igual manera todas las disposiciones presupuestarias del año 2015 referentes a las Alianzas Público Privada; esto con el propósito de cumplir con los niveles adecuados de endeudamiento. Una vez que este 5% haya sido alcanzado no se podrá seguir adquiriendo compromisos de este tipo (Artículo 26 de la Ley de APP).

ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO INTEGRAL DE LAS APP

Para la operatividad de los lineamientos y para mitigar riesgos derivados de los contratos de las APP, no sólo respecto a la deuda pública sino en general, es recomendable hacer en etapas tempranas una evaluación de la modalidad de contratación, es decir un estudio en profundidad que analice la conveniencia acerca de la forma de ejecutar el proyecto, ya sea por un mecanismo de contratación pública tradicional o a través de una modalidad APP.

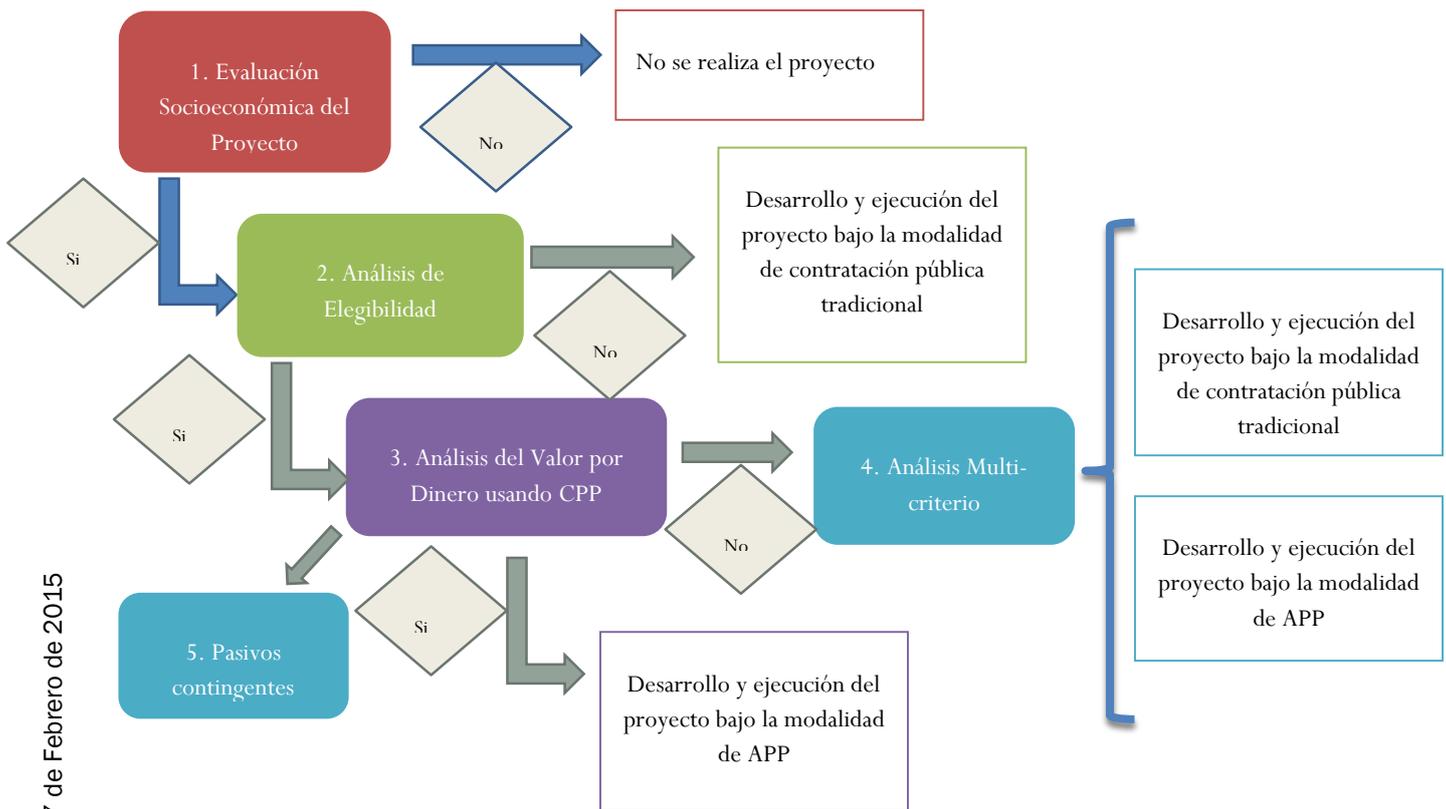
El “Análisis Costo-Beneficio Integral para Esquemas APP”¹⁴ es una metodología basada en buenas prácticas internacionales que plantea la utilización de una serie de métodos cuantitativos y cualitativos que se integran secuencialmente para analizar la conveniencia de contratar un proyecto de inversión de infraestructura pública y/o servicios públicos a través de la modalidad de APP.

Para ilustrar cómo funciona el esquema de análisis costo-beneficio integral, a continuación se presenta un diagrama que resume en forma gráfica la secuencia del análisis propuesto, el cual está compuesto por al menos 4 tipos de evaluaciones iniciales y 1 final:

1. Evaluación Socioeconómica del Proyecto
2. Análisis de Elegibilidad
3. Análisis del Valor por Dinero usando CPP
4. Análisis Multi-criterio
5. Pasivos contingentes

¹⁴ Para revisar en detalle la metodología véase “Hacia un Análisis Costo-Beneficio Integral y Secuencial para Esquemas de Asociaciones Público-Privadas en América Latina” (Hinojosa, 2013).

Diagrama No 3. Secuencia del análisis costo-beneficio integral



Fuente: Hinojosa, 2013

1. EVALUACIÓN SOCIOECONÓMICA DEL PROYECTO

Una vez que se tiene planteada la solución técnica del problema a resolver y con base a estimaciones disponibles de demanda, costos de inversión, operación, mantenimiento y conservación en la situación actual y con proyecto, se deberá realizar una evaluación socioeconómica o de evaluación social al proyecto de infraestructura y servicio público bajo análisis, siguiendo para ello, las indicaciones y lineamientos que se encuentran disponibles en el sistema nacional de inversión pública.

La mayoría de las metodologías de evaluación socioeconómica, usan el análisis costo-beneficio, para analizar la contribución y el impacto que tiene para el país la materialización de un proyecto de inversión pública.

Si el resultado del análisis, bajo los supuestos de evaluación utilizados, indica que el proyecto tiene rentabilidad socioeconómica positiva, entonces se recomienda implementar el proyecto. A partir de ese resultado, es posible seguir con la etapa posterior que consiste en un análisis de la modalidad de contratación.

2. ANÁLISIS DE ELEGIBILIDAD

En caso que el proyecto sea percibido por el sector público como potencialmente posible de ser implementado con participación del sector privado en las diferentes etapas que conforman el ciclo de vida,

entonces se le somete a un análisis de elegibilidad en la que se determina si el proyecto es o no elegible para ser desarrollado mediante un esquema de asociación público-privado.

El análisis requiere de un nivel importante de precisión de la información sobre esquemas regulatorios, estructuración de la transacción, análisis de riesgos, consideraciones detalladas de tasas de descuento privadas y modelación financiera. Esto obliga a los tomadores de decisiones del sector público a esperar los resultados de las evaluaciones para avanzar en las etapas siguientes de la estructuración y, posteriormente, de licitación del proyecto APP.

Entonces se puede optar por evaluar la potencialidad de un proyecto en base a criterios definidos y/o preguntas específicas previamente estructuradas basadas en opinión experta de los especialistas del sector público relacionados con el diseño e implementación del proyecto.

La aplicación del análisis de elegibilidad es una condición necesaria pero no suficiente para determinar la implementación de una APP. La condición suficiente es que el proyecto genere valor por dinero, es decir, se demuestre que la alternativa privada (APP) es superior a la modalidad de contratación pública tradicional.

Si el análisis de elegibilidad indica que el proyecto tiene potencial para ser estructurado mediante alguna modalidad de APP, entonces se analiza y justifica el esquema de APP más conveniente dependiendo del tipo de proyecto, es decir, si es proyecto productivo (infraestructura horizontal) o proyecto social (infraestructura vertical) o de servicios públicos.

3. ANÁLISIS DEL COMPARADOR PÚBLICO-PRIVADO

La modalidad de ejecución aparentemente más conveniente para el gobierno será aquella que minimice el impacto futuro del proyecto sobre las finanzas públicas, medido en un menor costo del proyecto ajustado por riesgo.

Así, una vez que el proyecto ha pasado los análisis de evaluación socioeconómica y de elegibilidad, entonces corresponde analizar la modalidad de ejecución y/o contratación más conveniente. Para lo anterior, es necesario comparar cuantitativamente la modalidad de ejecución mediante el mecanismo contratación pública tradicional, a través de un Proyecto Público (PP) contrastando con una modalidad de APP.

Esto implica comparar los costos netos ajustados por riesgos en el caso de una modalidad de contratación pública tradicional, con los costos netos asociados a la participación de un inversionista privado utilizando para ello una metodología que se ha denominado Comparador Público-Privado (CPP).

El CPP genera un indicador numérico, que permite a la autoridad pública, a través de la comparación de la alternativa de contratación tradicional con la alternativa APP teórica, decidir si es que la participación de la iniciativa privada aportará más valor a la prestación del servicio en relación a la modalidad de contratación pública tradicional.

De lo anterior, se desprende que, en el cálculo del CPP, se asume que el valor obtenido corresponde a la forma más eficiente por parte del sector público de desarrollar el proyecto. Por lo tanto, el análisis comparativo terminará por reflejar el costo de la forma de realizar el proyecto que entrega mayor valor

por dinero, sea la modalidad de contratación pública tradicional o a través de un contrato APP de largo plazo.

Los elementos del comprador de proyecto público son cuatro: i) Proyecciones del Costo Base del Proyecto, ii) el Ajuste al Costo Base por Ingresos de Terceras Fuentes, iii) el Costo del Riesgo Retenible y iv) el Costo del Riesgo Transferible. Cada uno de estos componentes debe poder valorizarse para determinar el costo total correspondiente al Proyecto Público (PP) que se usará como comparador:

- Costo Base Técnico, es el costo esperado de implementar el proyecto por parte del sector público, asociado a las fases de diseño, construcción operación y mantenimiento bajo los estándares de calidad especificados como exigibles bajo condiciones de gestión privada, calculados en valor presente.
- Ajuste por Ingresos de Terceras Fuentes, es una deducción aplicada al Costo Base que incorpora el financiamiento público generado principalmente por cobro directo de una tarifa a los usuarios por la provisión del servicio materia del proyecto.
- Riesgo Retenible, corresponde al valor asociado al riesgo de actividades cuya gestión queda a cargo del sector público.
- Riesgo Transferible, corresponde al valor asociado al riesgo de actividades cuya gestión queda a cargo del sector privado.

Los primeros componentes del comparador - el Costo Base y el Ajuste por Ingresos de Terceras Fuentes - no debieran presentar mayor complejidad en su cálculo, ya que está dentro del ámbito de cualquier evaluación estándar. Respecto a la cuantificación de los componentes de riesgo, estos suponen una complejidad ligeramente mayor ya que, por una parte no es posible identificar en forma completa todos los riesgos que pueden afectar al proyecto a lo largo de su horizonte y por otra, no todos estos riesgos son cuantificables (en parte, porque no para todos existe un mercado en el cual sea posible cubrirse de estos riesgos y que no es posible, ex-ante, cuantificar en forma exacta las consecuencias asociadas a estos riesgos (son denominados como riesgos no asegurables), y además será necesario combinar metodologías que incluyan información histórica, información cualitativa y evidencia internacional en sobre costos y sobre plazos en este tipo de proyectos.

Los elementos comparadores del proyecto de APP son tres: i) Pago Neto, ii) Riesgo Retenible, y iii) Costo de Transacción.

- **Pago Neto**, que debe realizar el sector público al sector privado por los servicios provistos. Generalmente este pago es diferido en el tiempo, se compone de un pago por disponibilidad (PPD) y un pago por uso (PPU), los cuales pueden estar sujeto a deducciones de manera total o parcial en función del cumplimiento de los niveles de servicio contratados.
- **Riesgo Retenible**, corresponde al valor asociado al riesgo de actividades cuya gestión queda a cargo del sector público.
- **Costo de Transacción**, es el costo adicional en que incurre el sector público debido a las actividades de supervisión y administración derivadas de la materialización de un contrato de largo plazo con el sector privado.

Como se ha indicado, la metodología consiste en la comparación en valor presente del costo del Proyecto Público (PP) con el costo ajustado del proyecto de Asociación Público Privada (APP). La diferencia entre estos dos valores es lo que se denomina Valor por Dinero, calculado en forma estrictamente cuantitativa.

4. ANÁLISIS MULTICRITERIO

Sin embargo, la complejidad de los proyectos que normalmente son sujetos de este tipo de decisiones, donde se puede considerar la participación privada en el desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios, hace pensar que la simple cuantificación diferencial de los costos ajustados por riesgos de las alternativas pueda ser una herramienta todavía insuficiente para orientar debidamente una óptima toma de decisiones.

De hecho, la experiencia demuestra que el asunto de la valoración comparada es sólo un elemento más. De esta forma, si con los análisis anteriores, se detecta que no hay valor por dinero de forma cuantitativa, es decir la modalidad pública tiene un menor costo ajustado que la modalidad privada, y además dicho valor se encuentra en un rango razonable negativo, resulta conveniente someter al proyecto a un análisis de decisión multicriterio (MVM) que puede revertir (o reforzar) la decisión a favor de la participación privada en la provisión del servicio.

La MVM, engloba un conjunto de herramientas y procedimientos utilizados en la resolución de problemas de decisión complejos en los que intervienen diferentes actores y criterios, y se toman decisiones generalmente en equipo.

5. PASIVOS CONTINGENTES

A partir de la aprobación del Código de Transparencia Fiscal del FMI (2001), el sector público en varios países ha reconocido la importancia de la administración, valorización y contabilización de los pasivos contingentes que se generan como consecuencia de los soportes presupuestales que se otorgan a programas y proyectos públicos. Los pasivos contingentes son aquellos que se tienen que pagar solamente bajo la ocurrencia de algún evento específico. En otras palabras, no existe certeza sobre el monto, ni oportunidad en que hay que hacer los pagos, pero sí es posible realizar una estimación de su valor.

El ejemplo más común de un pasivo contingente son las garantías financieras que otorgan los diferentes gobiernos para el desarrollo de programas y políticas públicas. Las garantías financieras estatales más utilizadas son las que se otorgan a los depósitos bancarios privados, a las pensiones mínimas, los seguros de desempleo y las garantías públicas a proyectos de infraestructura a través de asociaciones público privadas.

Si bien la valoración de las garantías públicas está incluida dentro del análisis de riesgos del valor por dinero, al ser un riesgo retenido por el sector público, merece una atención especial por los impactos en las finanzas públicas y su contabilidad. El riesgo retenible calculado en la fase de comparador público-privado, constituye en sí mismo un pasivo contingente para el sector público que debe ser contabilizado como tal en el balance presupuestario.

OTROS ASPECTOS RELEVANTES

Una vez que se haya determinado, mediante la aplicación de la metodología antes descrita, que un proyecto es sujeto de una APP, la propuesta es que el proceso de adquisición, ya sea que lo realice COALIANZA o un Fiduciario, tome en cuenta aspectos relevantes tendientes a **fortalecer la institucionalidad pública** y el **respeto a las leyes** del país, más allá del marco legal examinado en este documento.

En este sentido se propone que el **proyecto de contrato** de APP sea revisado por la **Procuraduría General de la República (PGR) y de la entidad pública competente**, con el objeto de garantizar el respeto a la legislación nacional vigente, sobre todo en lo que respecta al cumplimiento de leyes generales relacionadas a temas ambientales, de ordenamiento territorial, de planificación nacional, y otras relevantes y específicas aplicables a cada tipo de proyecto objeto de una APP.

Además, los **contratos de APP** deberían ser suscritos entre la **institución sectorial competente** en la materia de que trate la APP y el **inversionista privado**, ya que el rol de COALIANZA es promover las APP, no ser parte de todas ellas, puesto que mediante las APP se contribuye a cumplir alguna de las atribuciones, facultades o competencias otorgado por ley a una entidad pública sectorial parte de la estructura del Estado, por tanto es a éstas a quienes corresponde suscribir el contrato APP.

Finalmente, si se mantiene la modalidad de contratar a un Fiduciario para que realice todas o algunas de las tareas de promoción y gestión de una APP que corresponden legalmente a COALIANZA, sería pertinente la aprobación de una **Ley Especial de Fideicomisos Públicos**, con el objeto de garantizar que esta modalidad contractual sea regulada por el derecho público y se garantice de esta forma, entre otros aspectos, el derecho de acceso a la información respecto al uso y destino de los fondos públicos, que no pierden su carácter de tal, por constituirse en aporte de una APP.

IV. PROPUESTA DE MARCO REGULATORIO PARA LOS CONTRATOS DE LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN HONDURAS

Sobre la base del análisis del marco legal vigente para las APP y de la revisión del texto de los contratos de fideicomiso y concesión priorizados para ser estudiados en este documento, y considerando la actual cartera de proyectos aprobados por COALIANZA, en esta sección se expone una propuesta de lineamientos para mejorar el marco regulatorio de las APP, ya sea atendiendo los vacíos en la regulaciones actuales, derogando o modificando las normas contradictorias y/o aprobando nueva legislación que mitigue los riesgos identificados en este informe.

1. RESPECTO A LOS VACÍOS DEL MARCO REGULATORIO

Sería conveniente incluir nuevos artículos, o reformar la legislación vigente, en lo que se refiere a:

PRINCIPIOS LEGALES DE LA LEY DE PROMOCIÓN DE LAS APP

En todas las etapas vinculadas a la provisión de infraestructura pública y/o prestación de servicios públicos bajo la modalidad de Alianza Público Privada, deberían contemplarse los siguientes principios legales:

Transparencia. Toda la información cuantitativa y cualitativa que se utilice para la toma de decisiones durante las etapas de evaluación, desarrollo, implementación y supervisión de un proyecto de inversión llevado a cabo bajo el marco de la ley deberá ser de conocimiento ciudadano, bajo lo establecido en la Ley

de Transparencia y Acceso a la Información Pública, salvo aquella información que por su naturaleza se considere reservada, o que pueda colocar a un oferente en posición de ventaja respecto de otro, o de los documentos que en el Pliego de Condiciones se definan como de acceso confidencial por referirse a desglose de estados financieros, cartera de clientes, o cualquier aspecto relacionado con procesos de producción, programas de cómputo o similares. Tampoco deberá publicarse después del acto de apertura pública de las ofertas y antes de que se notifique la adjudicación del contrato, información alguna, verbal o escrita, relacionada con el examen o evaluación de las ofertas.

Asignación adecuada de riesgos. Deberá existir una adecuada distribución de los riesgos entre los sectores público y privado. Es decir, que los riesgos deben ser asignados a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el interés público, el perfil del proyecto y la modalidad contractual por la que se opte.

CRITERIOS PARA LA SELECCIÓN DE PROYECTOS BAJO LA MODALIDAD DE EJECUCIÓN APP

Para determinar la incorporación de un proyecto a la cartera de COALIANZA, la entidad pública o privada proponente debería remitir como mínimo un análisis socioeconómico y de elegibilidad, de acuerdo a un índice de elegibilidad que se construya por COALIANZA.

Es necesario establecer la responsabilidad de COALIANZA de realizar un análisis comparativo respecto de si la participación privada en la provisión de la infraestructura pública o del servicio público y/o la prestación de los servicios vinculados a éstos que requiera el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, resultan más beneficiosos para la sociedad respecto de si éstos fuesen provistos por el Estado a través de una contratación pública tradicional (Comparador público-privado).

También se debería establecer la obligación de COALIANZA de conformar equipos técnicos entre distintas entidades involucradas, para realizar análisis multi-criterio en caso de que el análisis comparador público-privado no defina claramente que un proyecto pueda ser objeto de la modalidad de APP.

CONTRATOS APP Y SUS MODIFICACIONES

Igual debería establecerse una clasificación del tipo de contrato de APP que correspondería al proyecto de que se trate para poder realizar un mejor análisis de riesgos. La Ley debería contemplar los tipos de contratos que podrían ser objeto de una APP.

Es preciso definir cuáles son los órganos competentes para celebrar los contratos de APP, considerando en la Administración Central a los Secretarios de Estado en su respectivo Ramo; y a los titulares de órganos desconcentrados de acuerdo con las normas de su creación; y en la Administración Descentralizada a:

- a) Los Presidentes, Directores, Secretarios Ejecutivos o Gerentes de las instituciones descentralizadas y los titulares de órganos con competencia regional previstos en sus estructuras administrativas;
- b) El Alcalde Municipal respectivo.

Cuando las leyes exijan autorización para celebrar un contrato, deberá llenarse este requisito por el órgano de dirección superior de la institución descentralizada o de la municipalidad de que se trate

Del mismo modo es necesario hacer obligatoria la participación de los entes públicos con funciones y competencias legales sobre los proyectos de inversión, en todo el ciclo de la APP.

El diseño final del contrato de las APP y sus respectivas modificaciones, a cargo de COALIANZA, debería requerir la opinión favorable de la entidad pública competente (e.g. INSEP, IP, ENEE, etc.) y de la Procuraduría General de la República; quienes deben emitir opinión respecto a las materias de su competencia. Asimismo, podría requerirse la opinión del organismo regulador (Superintendencia de las APP) dentro del mismo plazo.

También es imprescindible determinar las causas que pueden dar lugar a la nulidad de un contrato de APP, considerando por ejemplo aquellos que sean suscritos con personas que carezcan de la capacidad legal o que estén comprendidos en cualquiera de las prohibiciones o inhabilidades indicadas en la Ley; la falta de presupuesto y; excepcionalmente, cuando hubiere grave riesgo de daños al interés público. Habrá que determinar en estos casos el tipo de responsabilidad en que incurriría el funcionario responsable de tal circunstancia.

Estos contratos, sus modificaciones y el control de su ejecución física y financiera, podrían ser objeto de un Registro Público de Contratos de Alianzas Público-Privadas, cuya organización y contenido, condiciones y procedimientos podrían ser establecidos por el Instituto de Acceso a la Información Pública (IAIP) para garantizar el cumplimiento de la LTAIP, sin perjuicio del registro del contrato y de los compromisos contractuales, que efectúa la SEFIN.

Adicionalmente se propone establecer requisitos mínimos para autorizar la cesión de derechos del contrato de APP, y para la subcontratación de terceros para desarrollar trabajos pactados en el contrato de APP.

DEFINICIÓN DE LAS GARANTÍAS Y COMPROMISOS

Garantías

Las garantías en el esquema de APP también deben clasificarse y ser definidas en la **ley** en los siguientes términos:

- a) Garantías Financieras: son aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, cuyo otorgamiento y contratación por el Estado tiene por objeto respaldar las obligaciones del privado, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos de APP, o para respaldar obligaciones de pago del Estado.
- b) Garantías No Financieras: son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato que se derivan de riesgos propios de un proyecto de APP.

Compromisos firmes y contingentes

Los compromisos firmes y contingentes que asuma el Estado en los proyectos de APP deben ser clasificados por ley conforme a los siguientes criterios mínimos:

Compromisos firmes: Son las obligaciones a cargo del Estado de pagar al privado una contraprestación por la realización de los actos previstos en el contrato de APP, destinados a la ejecución de proyectos de infraestructura y/o servicios públicos que cumplan con los parámetros asociados a la inversión y con los niveles de servicio por parte del privado establecidos en el contrato. Se considera como compromisos firmes el pago de:

a) Cuotas periódicas que tienen como finalidad retribuir la inversión en que incurre el privado, lo que incluye a los certificados que acreditan el pago de esta cuota periódica de manera directa, general, incondicional e irrevocable del Estado.

b) Cuotas periódicas que tienen como finalidad retribuir la actividad de explotación y conservación en que incurre el inversionista privado para la prestación del servicio.

Compromisos contingentes: Son las potenciales obligaciones de pago a cargo del Estado a favor del privado, correspondientes a las garantías que el primero haya otorgado a fin de mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación privada. Para fines de registro se tomará en cuenta sólo los compromisos contingentes cuantificables.

2. RESPECTO A LAS CONTRADICCIONES DE MARCO REGULATORIO

Es conveniente revisar, modificar y en algunos casos derogar los artículos que exponen los excesos de la potestad reglamentaria contenidos en el Reglamento de la Ley de las Alianzas Público Privadas en lo que respecta a:

- Acceso a la información pública en las distintas etapas de estructuración, adjudicación y ejecución de los proyectos APP.
- La facilidad de transferir a un tercero privado vía contrato de fideicomiso, la función exclusiva de COALIANZA, de gestionar los procesos de contratación de participación público-privada.
- La contratación de terceros para prestar los servicios de asesoría legal a los órganos de la COALIANZA, al margen de que esta función es propia de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Comisión.
- La contratación de asesores externos por parte de COALIANZA, para que asesoren los procesos de identificación de los proyectos prioritarios para el desarrollo de APP, que por mandato legal deben desarrollar las entidades sectoriales.
- Que empresas especializadas puedan ser contratadas por la SAPP, para que éstas le auxilien en sus funciones de fiscalización.
- El pago por parte del Estado de los gastos de defensa en cualquier juicio que sea entablado contra funcionarios y empleados de la Institución, incluyendo a aquellos que ya hayan cesado en su cargo; así como los pagos de daños y perjuicios a que estén obligados, como consecuencia de haber sido sentenciados por actos referidos al cumplimiento de sus funciones.
- La adjudicación directa de los proyectos de inversión por iniciativa privada que fueren calificados de interés público por COALIANZA.
- La emisión de un Certificado de Incorporación y Viabilidad de la Operación a favor del inversionista que tiene el derecho de aplicar a un procedimiento de inversión acelerada, para no cumplir con el cumplimiento de los permisos y requisitos establecidos por las leyes hondureñas.

- La delegación que puede hacer el Presidente de la República de la tarea de elaborar una lista corta de participantes en el proceso de selección del operador de inversiones a gran escala declaradas de interés nacional, lo mismo que pueda hacerse la selección en base a criterios técnicos o financieros.

3. RESPECTO A LOS RIESGOS DEL MARCO REGULATORIO

Sería conveniente establecer nueva legislación que incluya el contenido mínimo que se propone en este informe para garantizar por una parte, la coordinación efectiva de todos los entes públicos especializados en la ejecución de proyectos, obras y servicios, en todo el ciclo de la APP, particularmente en el proceso de elaboración de los Pliegos de Condiciones y de los proyectos de contrato de APP y; por la otra hacer que las disposiciones temporales que emanan de las Disposiciones Generales del Presupuesto, y que superan vacíos normativos que rigen las APP, adquieran una permanencia en el tiempo para evitar severos impactos financieros y económicos derivados de las APP; y finalmente proteger al Estado hondureño de reclamaciones internacionales y sanciones comerciales que pueden darse en el marco de los tratados de libre comercio suscritos a la fecha. Destaca entre las medidas la aprobación de una Ley especial de Fideicomisos Públicos conforme a los lineamientos que se establecen a continuación:

LEY DE FIDEICOMISOS PÚBLICOS

Una ley de fideicomisos públicos debe regular la elaboración y formalización de los contratos constitutivos de fideicomiso, y todo lo relacionado a la información, registro, modificación y extinción de los fideicomisos públicos.

Debe existir una autoridad que controle los fideicomisos públicos otorgándole la facultad para autorizar la aportación de los recursos a los mismos, dar su opinión jurídica de los contratos, ser el responsable de un sistema de control y transparencia de fideicomisos, en donde se puedan registrarse las aportaciones que se realicen a los fideicomisos, para el control, rendición de cuentas, transparencia y fiscalización de los mismos.

Así mismo debe haber un responsable de vigilar y dar seguimiento al cumplimiento de los objetivos y metas previstos para los recursos que se aporten en fideicomiso, así como de evaluar los avances que se registren. De acuerdo al área prioritaria que se desee impulsar o desarrollar a través de determinado fideicomiso público, la Secretaría de Estado o institución pública que corresponda, debe ejercer un seguimiento sobre el destino y aplicación de los recursos presupuestarios asignados al fideicomiso de que se trate.

Naturaleza de la ley

El fideicomiso público debe ser considerado dentro de las normas de orden público, pues dichos fideicomisos son parte de la estructura orgánica de la Administración Pública en apoyo a diversas áreas estratégicas del Estado.

Definición

Un Fideicomiso Público es constituido por al menos una entidad gubernamental, en oposición a los fideicomisos privados celebrados entre particulares por ello debe existir esta distinción y definirse un concepto de Fideicomiso Público, a fin de poder establecer las reglas específicas para esta figura, como lo es transparencia, administración, destino de los recursos, etc.

Algunos elementos del concepto debe incluir que el Fideicomiso Público es un instrumento para el manejo y aplicación de los recursos presupuestarios del gobierno, con el fin de que los mismos sean aplicados bajo los principios de legalidad, honestidad, eficiencia, eficacia, economía, racionalidad, austeridad, transparencia, control y rendición de cuentas, conforme las leyes de que regulan el uso de los fondos públicos.

En general los fideicomisos públicos se constituyen con el propósito de auxiliar al gobierno en el cumplimiento de las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, mismos que deberán contar con la estructura de entidades paraestatales y deberán tener integración de comités técnicos.

Objeto y Fines de los Fideicomisos Públicos.

El objeto o patrimonio fideicomitado y los fines deben ser siempre lícitos y posibles ya que, al no reunir dichas cualidades, se puede originar la extinción del fideicomiso. Además de lo anterior, deberá establecerse claramente en que auxilia el fideicomiso a las instituciones que lo suscriben (las atribuciones del Estado) y las áreas prioritarias del desarrollo que el mismo impulsará.

Naturaleza Jurídica de los contratos de Fideicomiso Público y de los fondos fideicomitados.

El Fideicomiso Público se suscribe mediante un contrato, en el cual el Fideicomitente, en este caso una institución pública, transmite a un Fiduciario, un fondo patrimonial autónomo, integrado con bienes y derechos de su propiedad, a fin de que este último proceda a administrar o suministrar los recursos patrimoniales, en beneficio de aquellos que se hubieren designado como beneficiarios.

El contrato deberá contener entre otros requisitos formales:

- El monto y composición del patrimonio;
- El plazo de vigencia determinado en congruencia con su objeto;
- La unidad responsable dentro de la institución pública con cargo a cuyo presupuesto se vayan a aportar los recursos públicos, o que coordine su operación, la cual tendrá la obligación de verificar que los recursos fideicomitados se apliquen a los fines para los cuales fue constituido;
- La instrucción del fideicomitente al fiduciario para que transparente y rinda cuentas sobre el manejo de los recursos presupuestarios que se hubieren aportado al fideicomiso y proporcione los informes que permitan su vigilancia y fiscalización.
- Señalar la obligación del titular de la unidad administrativa encargada de coordinar la operación, o con cargo a cuyo presupuesto se hayan otorgado los recursos de facilitar dicha fiscalización.

Los recursos públicos que se aportan a los fideicomisos mantienen el carácter de públicos, mientras permanezcan en el fideicomiso.

Establecimiento de un sistema fiduciario

Para ayudar al incremento en la seguridad de las operaciones, podrían incluirse los siguientes elementos en el texto de la ley:

- Identificación plena de las partes, con el propósito de determinar específicamente las responsabilidades que cada una de ellas tiene, en relación con las obligaciones que al efecto señalan las leyes vigentes.
- Identificación de los recursos y su procedencia, puesto que cada disposición que se realice de los fondos públicos, deberá estar plenamente autorizada en el Presupuesto General de la República.
- Establecimiento claro de los fines, este es el tema fundamental en la constitución de un fideicomiso, ya que de la determinación de los mismos, surgirán las facultades y obligaciones para cada una de las partes.
- Seguimiento al cumplimiento de los fines, ya que de no realizarse como se pactaron, las partes estarán sujetas a las responsabilidades administrativas, civiles y penales.
- Determinación específica en su caso de las Reglas de Operación, porque a través de ellas se establecerá claramente la forma de aplicación del patrimonio, límites de los montos establecidos, fechas de pagos, requisitos, etc., incluyendo toda la regulación necesaria para estar en posibilidad de dar cumplimiento a los fines establecidos.
- La existencia de un registro en el que se inscriban los fideicomisos públicos, para conocer los fines para los que fue constituido y la vigencia que tendrá el mismo.

Naturaleza, función e integración de Comités Técnicos

El comité técnico sería un órgano del fideicomiso, sin personalidad jurídica, que coadyuva con el fiduciario para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, cuya integración decide el Fideicomitente, a la constitución del fideicomiso.

Los Comités podrán integrarse con tantos miembros como el Fideicomitente crea necesario, pero siempre la mayoría de sus integrantes deben ser servidores públicos, y sus facultades deben ser congruentes con el objeto del contrato de Fideicomiso y enumerarse en el contrato.

Además, debe quedar claro que los miembros del comité que sean servidores públicos, no podrán recibir pago o emolumento alguno, adicional al sueldo que como funcionarios públicos devengan y deberán apegarse a las normas de comportamiento a la que están sujetos todos los servidores públicos y por ende estarán sujetos a responsabilidades administrativas, civiles y penales que se deriven de sus actuaciones.

El comité técnico puede establecer las disposiciones que precisen la forma de operar un fideicomiso con el propósito de lograr los niveles esperados de eficacia, eficiencia, equidad y transparencia en el manejo y operación del fideicomiso y su patrimonio. Este sería su marco de actuación principal pero las facultades específicas dependerán del objeto del contrato del fideicomiso.

Sin embargo, el responsable de la administración del patrimonio del fideicomiso es el Fiduciario, quien lo realiza conforme a los términos y condiciones establecidos en el contrato de fideicomiso, por lo tanto el Fiduciario deberá dar cumplimiento a las resoluciones emitidas por el comité técnico, siempre que las mismas sean apegadas a los fines del fideicomiso, siendo el propio fiduciario quien tiene la obligación de

verificar que las instrucciones emitidas se realicen con apego a los fines establecidos en el contrato y conforme a derecho, ya que esta institución detenta la responsabilidad sobre la aplicación de los bienes que integran el patrimonio fideicomitido y en caso de que a juicio del Fiduciario, las instrucciones no se apeguen a lo establecido en el contrato constitutivo del fideicomiso, debe abstenerse de acatar la instrucción.

En este caso el Fiduciario debe enviar un escrito al comité técnico en donde explica el porqué de la negativa, y sugiere los términos para subsanar la misma.

Otros aspectos mínimos que debe asegurar la ley

- Seguridad jurídica, ya que al ser una figura tan regulada, el sector público y financiero lo percibe como un instrumento jurídico previsible y de una operación cierta.
- Aseguramiento del cumplimiento de los fines, ya que al determinarse éstos en el propio acto constitutivo, junto con las reglas que permitirán su cumplimiento y dejar en manos de una institución bancaria, que es un tercero, ajeno a la entidad pública que lo crea, se garantiza el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue creado.
- Transparencia del manejo de recursos, ya que los recursos asignados al cumplimiento de los fines específicos, solamente se podrán destinar conforme a los fines establecidos en el propio acto que lo constituye.
- Establecer disposiciones que ordenen la publicación de los estados de cuenta y financieros de todos los fideicomisos públicos, a fin de transparentar el destino de los recursos.
- Regular que las aportaciones que se realicen al patrimonio de los Fideicomisos Públicos, deberán estar establecidas en los presupuestos de cada una de las entidades de que se trate, y que de no ser así, no podrá disponerse de las mismas para su aplicación.
- Establecer con más claridad las responsabilidades civiles y penales de los funcionarios o personas que participen en su administración y como miembros de los comités técnicos de los fideicomisos.
- En todos los casos en donde exista un comité técnico, participe como miembro con voz, pero sin voto, un representante del sector público especialista en el manejo de Fideicomisos Públicos.

REFERENCIAS DOCUMENTALES Y BIBLIOGRÁFICAS

Comisión para la Promoción de las Alianzas Público Privada (COALIANZA). *Acuerdo Ejecutivo 02073-2010*. La Gaceta del 21 de enero de 2011.

Congreso Nacional. *Decreto Número 170-2006*. La Gaceta del 30 de diciembre de 2006.

Congreso Nacional. *Decreto Legislativo No. 143-2010*. La Gaceta del 16 de septiembre de 2010.

Corporación Helios S.A. *Las asociaciones público privadas en Honduras*. 2013.

Fondo Monetario Internacional (FMI). *Código de Transparencia Fiscal*, 2001.

Fondo para la Aplicación de Normas y el Fomento del Comercio (STDF) y Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Alianzas público-privadas para mejorar la capacidad MSF: ¿Qué enseñanzas pueden extraerse de este enfoque cooperativo?*, Abril 2012.

Hinojosa, S. Un indicador de elegibilidad para seleccionar proyectos de asociaciones público-privadas en infraestructura y servicios en etapas tempranas. IKONS, Diciembre 2010.

Secretaría de Finanzas (SEFIN). *Política de endeudamiento público*. Comisión de Crédito Público/Banco Central de Honduras. Tegucigalpa 2011-2014.

Tábora, T.L. *Código Civil de la República de Honduras. Sus fuentes, concordancias, referencias y notas*. Editorial Universitaria. Tegucigalpa, 2002.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

<http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/>

<http://www.imf.org/external/np/fad/trans/spa/codes.pdf>