



INSTITUTO DE ECONOMÍA Y EMPRESA

www.iee.edu.pe

1

Serie ARTÍCULOS¹
n° 66

...EL DISEÑO DE CONTRATOS EN ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS...

Francisco Huerta Benites²
institutoeconomia@iee.edu.pe

Lima, julio 03, 2017



Premio PODER
al Think Tank
de regiones 2014
INSTITUTO DE ECONOMÍA
Y EMPRESA

¹ Es un artículo del Instituto de Economía y Empresa (IEE), es una serie que trata de temas diversos de economía, desarrollo y negocios. Usualmente son escritos debido a la importancia coyuntural y estructural del tema, y/o a solicitud de publicaciones impresas de diversas instituciones del país. Los números anteriores, de las series de "AZ" (117 ediciones) de "temas de desarrollo", y de artículos, se pueden ubicar en la dirección www.iee.edu.pe

² El autor es director/consultor/investigador del IEE. Actualmente, está aplicando consultorías en PDLC a gobierno local, en asesoría en negocios a empresa minera no metálica, y, en asesoría en APP a organización privada.

EL DISEÑO DE CONTRATOS EN ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS³

El “diseño de contratos” en asociaciones público privadas (APP), es un aspecto que requiere reforzar fuertemente en el Perú, en particular en gobiernos subnacionales, pues ha sido evidente que en lo principal se discute planteamientos de las empresas proponentes de APP, generando asimetría en los resultados para ambas partes. Los aspectos de “estructuración de proyectos”, que involucra identificar riesgos y asignar riesgos y responsabilidades lo trataremos en siguiente entrega.

Diseño de contratos de APP

El contrato de APP se encuentra en el centro de la APP y define la relación entre las dos partes, sus responsabilidades y derechos respectivos, asigna riesgos y proporciona los mecanismos para manejar los cambios. En la práctica, el "Contrato de APP" puede abarcar varios documentos y acuerdos.

¿Qué es el "contrato de APP"?

Aquí se aplica el "contrato de APP" para referirse a los documentos contractuales que rigen la relación entre las partes pública y privada de una APP. En la práctica, el "contrato de APP" puede incluir más de un documento⁴.

Cada acuerdo puede, a su vez, referirse a los programas o anexos para establecer detalles particulares, por ejemplo, los requisitos y medidas de desempeño de forma detallada. Además del contrato de APP, también habrá numerosos contratos entre las partes privadas de la APP⁵. El contrato de APP puede no ser efectivo hasta que estos otros acuerdos contractuales estén establecidos.

³ Referencias: Recursos del “Curso internacional sobre Asociaciones Público Privadas”, BID 2016 (en donde participamos), y del Banco Mundial.

⁴ Por ejemplo, una APP para el diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento de una nueva central eléctrica, que suministra energía en masa a una empresa de transmisión del Gobierno, que está regida por un Acuerdo de Compra de Energía (PPA) entre la empresa de transmisión y la compañía de la APP, así como un Acuerdo de Implementación entre el ministerio de gobierno responsable y la compañía de la APP.

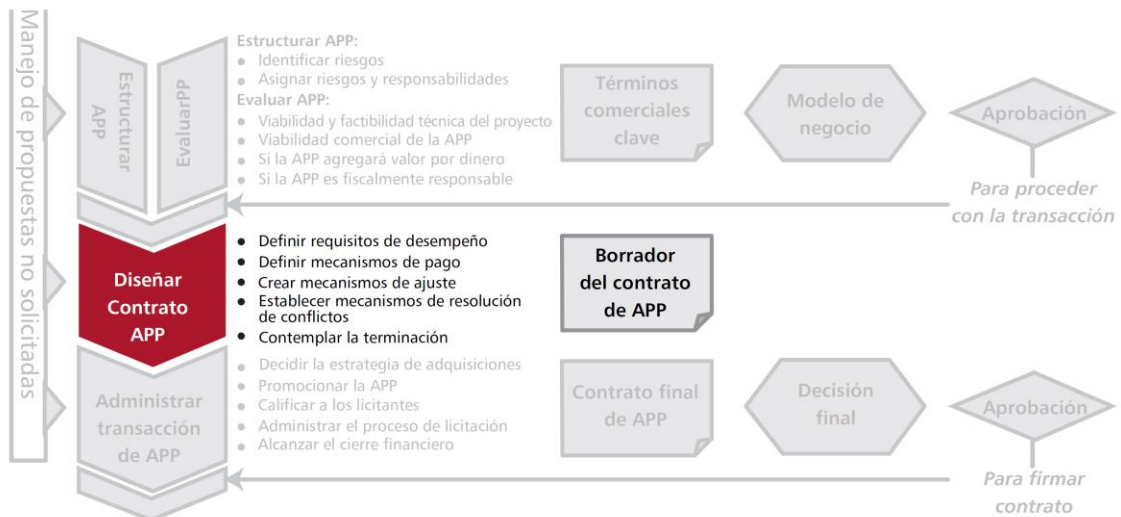
⁵ Los principales entre ellos son los contratos entre la compañía y su contratista de EPC, acuerdos de financiamiento entre la compañía del proyecto y sus prestamistas, y acuerdos de accionistas entre inversionistas de capital. Puede verse aspectos de estructuras de financiamiento de APP en www.iee.edu.pe

Etapas del diseño de contratos

Como se muestra en el Gráfico siguiente (BID 2016): Etapa de diseño del contrato de APP, por lo general, se necesita el borrador del contrato de la APP antes de emitir la Solicitud de Propuestas (SP). El diseño detallado del contrato requiere mucho tiempo y recursos, incluido el de asesores expertos. Con frecuencia, se requiere la aprobación antes de embarcarse en el diseño detallado y en la inversión de estos recursos.

El borrador del contrato de APP suele incluirse en la Solicitud de Propuestas (SP) enviada a los licitantes potenciales. En algunos casos, el contrato de APP emitido con la SP no se puede modificar. En otros, puede modificarse como resultado de la interacción con los licitantes durante el proceso de transacción.

Etapa de diseño del contrato de APP



Objetivo del diseño del contrato de APP

Un contrato bien diseñado es claro, completo y crea certidumbre para las partes contratantes. Como las APP son de largo plazo, arriesgadas y complejas, los contratos de APP son necesariamente incompletos, es decir, no pueden especificar a cabalidad lo que debe hacerse en todos los futuros estados del mundo. Esto significa que *los contratos de APP deben incluir flexibilidad* para permitir que, en lo posible, las circunstancias cambiantes sean resueltas dentro del contrato, en lugar de dar lugar a una renegociación o terminación.

El objetivo del diseño del contrato de APP es, por lo tanto, *crear certidumbre en la medida de lo posible, y una flexibilidad limitada cuando sea necesario*, siempre con claridad y un límite a la incertidumbre para ambas partes. Esto se realiza normalmente mediante la creación de un proceso claro y límites para los cambios.

Para poner en práctica este estilo de contrato *se requieren instituciones fuertes de gestión de contratos*. Cuando sea posible, involucrar al futuro administrador del contrato en el diseño y revisión del contrato de APP puede ayudar a garantizar que los procesos de gestión de cambios se puedan implementar en la práctica.

Las 5 áreas del diseño de contratos

El diseño de un contrato de APP es una tarea compleja. Veamos las cinco áreas del diseño de contrato de las APP:

- ✓ **Requisitos de desempeño:** definen la calidad y cantidad de los bienes y servicios, junto con los mecanismos de monitoreo y ejecución, incluidas las sanciones.
- ✓ **Mecanismos de pago:** definen cómo se pagará a la parte privada, a través de cargos al usuario, pagos del Gobierno basados en el uso o disponibilidad, o una combinación de ellos, y cómo pueden incluirse bonificaciones y sanciones.
- ✓ **Mecanismos de ajuste:** incorporan al contrato mecanismos para el manejo de los cambios, como las revisiones extraordinarias de tarifas o requisitos cambiantes del servicio.
- ✓ **Procedimientos de resolución de conflictos:** definen mecanismos institucionales sobre cómo pueden resolverse los conflictos contractuales, como el rol del regulador y los tribunales, o el uso de paneles de expertos o el arbitraje internacional.
- ✓ **Cláusulas de terminación:** definen la duración del contrato, las cláusulas de entrega y las circunstancias e implicancias de una terminación anticipada

En conjunto, *estos grupos de cláusulas definen la asignación de riesgos* bajo el contrato. Obviamente el objetivo debe ser redactar estas cláusulas para que se logre la asignación de riesgos elegida se logre. Las cláusulas que tratan los mecanismos de ajuste y de resolución de conflictos tienen la intención de evitar la necesidad de renegociación, lo que permite la realización de cambios y la resolución de problemas dentro del marco previsto por el contrato.

Muchos países estandarizan los elementos de diseño de los contratos de las APP. Esto ayuda a reducir el costo de desarrollo del contrato para cada contrato de APP. Algunos

crean contratos modelo o cláusulas de contrato. El Perú podría en lo posible estandarizar los contratos de APP⁶. Veamos más sobre las 5 áreas mencionadas.

a. Requisitos de desempeño

El contrato tiene que especificar claramente lo que se espera de la parte privada, *en términos de calidad y cantidad de los bienes y servicios que se prestarán*. Por ejemplo, esto puede incluir la definición de normas del mantenimiento necesario para una carretera, o la definición de la calidad de servicio requerida y los objetivos de ampliación de conexiones para servicios públicos prestados directamente a los usuarios.

Los indicadores de desempeño y los objetivos normalmente se especifican en el anexo del acuerdo principal de la APP. *Una característica clave de una APP es que el desempeño se especifica en términos de los productos requeridos* (como la calidad de la superficie de una carretera), *más bien que de los insumos* (como materiales de pavimentación y diseño) siempre que sea posible⁷.

b. Mecanismos de pago

El mecanismo de pago define cómo se remunera a la parte privada de la APP. Los ajustes de pagos que reflejan el desempeño o factores de riesgo son también importantes para la creación de incentivos y la asignación de riesgos en el contrato de las APP. Entre los elementos básicos de los mecanismos de pago de las APP se pueden incluir⁸:

- **Cargos a los usuarios:** es decir, el pago cobrado por la parte privada directamente a los usuarios del servicio. *Cuando una concesión se paga mediante el cobro a los usuarios, el enfoque de la fijación y ajuste de las tarifas se convierte en un mecanismo de asignación de riesgos importante*. En algunas APP, la parte privada puede tener la libertad de fijar el valor y la estructura de las tarifas. Sin embargo, en muchos casos, las APP en las que el usuario paga están en sectores con características de monopolio⁹¹⁰.

⁶ Por ejemplo, en Chile el mecanismo de resolución de conflictos se establece en la Ley de Concesiones.

⁷ Especificar los productos en lugar de los insumos también *ayuda a mantener la competencia lo más abierta posible*. Por ejemplo, el texto del Banco Mundial sobre la gestión en el sector eléctrico describe una adquisición en el sector de energía, en la que se especifica una tecnología particular en la solicitud de propuestas, con la intención de limitar la competencia y facilitar la corrupción.

⁸ Un mecanismo de pago de APP podría incluir algunos de estos elementos o todos, que deben definirse por completo en el contrato, incluyendo la especificación de los plazos y el mecanismo para realizar los pagos en la práctica.

⁹ En tal caso, las tarifas normalmente son reguladas por el Gobierno (junto con los estándares del servicio), para proteger a los usuarios. La pregunta clave para la asignación de riesgos es cómo se permitirá el cambio de las tarifas, por ejemplo, debido a cambios en la inflación u otras variables económicas, o cambios en diferentes tipos de costos.

¹⁰ Las tarifas pueden controlarse estableciendo una fórmula de tarifas en el contrato de las APP, o por regulación, o por una combinación de las dos. Por ejemplo, puede fijarse una fórmula de tarifas que establezca los niveles iniciales de las tarifas, y una

- **Pagos del Gobierno:** es decir, pagos realizados por el Gobierno a la parte privada por los bienes y servicios proporcionados. Estos pagos pueden ser:
 - Basados en el uso: por ejemplo, peajes sombra o subsidios en función de los resultados.
 - Basados en la disponibilidad: es decir, condicionados a la disponibilidad de un bien o servicio con
 - la calidad especificada.
 - Subsidios directos basados en el logro de metas determinadas.
- **Bonificaciones y sanciones,** o multas: deducciones en los pagos de la parte privada, o sanciones o multas pagables por la parte privada, debido a que no se obtienen determinados resultados particulares o estándares; o, por el contrario, pagos de bonificaciones a la parte privada debido a que se logran resultados específicos.

c. Mecanismos de ajuste

Los proyectos de APP son de largo plazo y a menudo son arriesgados y complejos. Por ejemplo, una nueva carretera con pago de peaje enfrenta riesgos obvios como fluctuaciones de la demanda, aunque también riesgos menos evidentes como la demanda de proveer más intersecciones en el futuro, o instalar nuevas tecnologías para la gestión del tráfico.

Las APP más complejas, como los contratos de concesión del agua, están incluso más expuestos a cambios impredecibles. Los activos de redes pueden durar más o menos tiempo que el asumido. Las exigencias de cambios en las tecnologías de tratamiento y distribución pueden provenir de nuevas investigaciones en el campo de la salud, en tanto que el crecimiento urbano puede crear demandas de grandes inversiones, a veces en lugares imprevistos.

Esto significa que los contratos de APP son necesariamente incompletos; es decir, no pueden especificar completamente todas las posibilidades del futuro. *El contrato de APP debe, por lo tanto, incluir flexibilidad, para permitir que las circunstancias cambiantes se traten en lo posible dentro del contrato, en lugar de obligar a una renegociación o*

fórmula por la cual se permita el ajuste de las tarifas de forma regular y automática en función de la inflación. El contrato puede considerar revisiones regulares de la fórmula tarifaria, punto en el cual pueden considerarse otros factores.

terminación. Estos mecanismos de ajuste normalmente tienen como objetivo crear un proceso claro y delimitado para los cambios¹¹.

d. Mecanismos de resolución de conflictos

Como los acuerdos de las APP son a largo plazo y complejos, los contratos tienden a ser incompletos. Donde se deja espacio para diferencias de interpretación, pueden surgir conflictos. Definir un proceso de resolución de conflictos ayuda a asegurar que los conflictos se resuelvan de forma rápida y eficiente, sin la interrupción del servicio, y con una reducción del riesgo de discontinuidad debido a conflictos para ambas partes, la pública y la privada.

Los mecanismos de resolución de conflictos pueden integrarse en el contrato de una APP. Algunos gobiernos definen los mecanismos de resolución de conflictos en la legislación de la APP, para aplicarlos a todos los contratos de APP.

e. Cláusulas de terminación

En la mayoría de los casos, los contratos de APP tienen una duración definida. Normalmente, el contrato establece su fecha de terminación, así como las disposiciones para cerrar el contrato y traspasar los activos. El contrato de APP, o en algunos casos la ley pertinente de las APP, debe también especificar las circunstancias en las que el contrato puede terminarse anticipadamente y las consecuencias de la terminación en cada caso.

Normalmente, el contrato de las APP define la duración del contrato, así como las disposiciones para cualquier traspaso de activos del proyecto al Gobierno. *El enfoque más común es que el Gobierno elija la duración del contrato*, en el borrador del contrato, como la mejor estimación de tiempo necesario para que la parte privada obtenga el retorno requerido, con tarifas o niveles de pagos razonables.

Una segunda opción, con un resultado similar, es definir las tarifas o los pagos anuales y permitir que la duración del contrato sea determinada por los licitantes como parte de las variables clave de las ofertas¹².

¹¹ El concepto de "equilibrio financiero", común en los sistemas de derecho civil, proporciona un mecanismo amplio para manejar diferentes tipos de cambios, como se describe más adelante. Otros mecanismos son más específicos, como los mecanismos para cambios en los requisitos de servicio, cambios en la fórmula de las tarifas, otros ajustes de costos en respuesta a los cambios del mercado, o el abordaje del refinanciamiento de las ganancias, que también se describe a continuación.

¹² Este enfoque se usó, por ejemplo, en el programa de carreteras con pago de peaje de México, donde se adjudicaron concesiones al licitante que ofreció el plazo más corto.

Una tercera alternativa es dejar que la duración de la concesión se determine de forma endógena, al invitar a los licitantes sobre la base del menor valor presente neto (LPVR). Esto significa que la concesión termina cuando se alcanza ese valor, cuanto mayor sea el tráfico, más pronto terminará la concesión¹³.



Francisco Huerta Benites
Instituto de Economía y Empresa
ongd "Ciudad Feliz"
www.iee.edu.pe

Lima, Julio 03, 2017

¹³ Este enfoque fue establecido por Engel, Fischer y Galetovic como una forma de gestionar el riesgo de concesiones de plazo fijo y se ha usado para carreteras con peajes en Chile y Colombia.