

El día siguiente

Las reglas de terminación de contratos APP
y sus consecuencias para la viabilidad de
proyectos

Marcos Siqueira
Adrián Ortega-Andrade
Ángel Ferrero
Angélica Petian
Augusto Neves Dal Pozzo
Federico Formento
Fernando García Canales
María Cecilia Alvarez Bollea
Ricardo Silva
Roberto de Michele
Thiago Mesquita Nunes
Daniel Vieitez-Martínez
Ana Cristina Peña

Vicepresidencia de Países

DOCUMENTO PARA
DISCUSIÓN N°
IDB-DP-00891

El día siguiente

Las reglas de terminación de contratos APP y sus consecuencias para la viabilidad de proyectos

Marcos Siqueira
Adrián Ortega-Andrade
Ángel Ferrero
Angélica Petian
Augusto Neves Dal Pozzo
Federico Formento
Fernando García Canales
María Cecilia Alvarez Bollea
Ricardo Silva
Roberto de Michele
Thiago Mesquita Nunes
Daniel Vieitez-Martínez
Ana Cristina Peña

<http://www.iadb.org>

Copyright © 2021 Banco Interamericano de Desarrollo. Esta obra se encuentra sujeta a una licencia Creative Commons IGO 3.0 Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas (CC-IGO 3.0 BY-NC-ND) (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>) y puede ser reproducida para cualquier uso no-comercial otorgando el reconocimiento respectivo al BID. No se permiten obras derivadas.

Cualquier disputa relacionada con el uso de las obras del BID que no pueda resolverse amistosamente se someterá a arbitraje de conformidad con las reglas de la CNUDMI (UNCITRAL). El uso del nombre del BID para cualquier fin distinto al reconocimiento respectivo y el uso del logotipo del BID, no están autorizados por esta licencia CC-IGO y requieren de un acuerdo de licencia adicional.

Note que el enlace URL incluye términos y condiciones adicionales de esta licencia.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de los autores y no necesariamente reflejan el punto de vista del Banco Interamericano de Desarrollo, de su Directorio Ejecutivo ni de los países que representa.



Documentos de Discusión

PPP Américas 2021

El día siguiente: Las reglas de terminación de contratos APP y sus consecuencias para la viabilidad de proyectos

Coordinador

Marcos Siqueira

Redactor

Adrián Ortega-Andrade

Colaboradores

Ángel Ferrero

Angélica Petian

Augusto Neves Dal Pozzo

Federico Formento

Fernando García Canales

María Cecilia Alvarez Bollea

Ricardo Silva

Roberto de Michele

Thiago Mesquita Nunes

Revisores

Daniel Vieitez-Martínez

Ana Cristina Peña

Acerca de los Documentos de Discusión

Los Documentos de Discusión de PPP Américas 2021 componen una serie de documentos elaborados en la trayectoria de preparación para la X Edición del PPP Américas, el foro más importante sobre Alianzas Público-Privadas de América Latina y el Caribe (ALC), organizado cada dos (2) años por el BID.

Para la edición del 2021, se reunieron ocho (8) grupos de expertos, profesionales, consultores y académicos involucrados directamente en la planificación, la identificación, la estructuración y la gestión de los proyectos APP en los más distintos países. Los grupos, coordinados por especialistas del BID, se detuvieron sobre los principales temas del área para intercambiar experiencias, debatir casos de éxito y lecciones aprendidas en diversos proyectos en la región.

En convocatoria abierta, en marzo del 2020, se postularon más de doscientos (200) especialistas, profesionales y académicos de la región, para participar en la iniciativa. Han sido seleccionados y colaboraron en la iniciativa más de noventa (90) personas, de más de once (11) nacionalidades distintas y con amplia actuación en los principales mercados de APP en ALC.

Cada tema trabajado en los grupos originó un Documento de Discusión, que compila las reflexiones compartidas por los especialistas en sus discusiones conjuntas entre junio de 2020 y abril de 2021. Asimismo, en enero de 2021 cada grupo de especialistas compartió sus reflexiones a los demás grupos, para fomentar el desarrollo de una conversación más rica y profunda, y aprovechar las sinergias entre las diferentes áreas.

Esta iniciativa busca contribuir a la consolidación de un ambiente de intercambio de experiencias y mejores prácticas en APP para la región, y tiene como propósito principal servir de insumo para las discusiones que tendrán lugar en el PPP Américas 2021 – donde se propondrán soluciones en todas las direcciones.

Gastón Astesiano
Jefe del Equipo APP del BID

Carolina Lembo
Especialista en APP del BID

Ana Beatriz A. Araújo
Consultora para el PPP Américas en BID

El día siguiente:

Las reglas de terminación de contratos APP y sus consecuencias para la viabilidad de proyectos

Con el motivo de la celebración del próximo foro de discusión sobre Asociaciones Público-Privadas (APP), PPP Américas 2021, que se celebrará en San Pablo, Brasil, el comité organizador liderado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha dispuesto desarrollar ocho Documentos de Discusión enfocados en diferentes temas que actualmente son de gran relevancia para el desarrollo y gestión de las APP.

Existe una preocupación en América Latina y el Caribe (ALC) ya que la ola de proyectos APP que se firmaron en la década de los años 1990 están alcanzado su fecha de caducidad, y la capacidad para manejar la terminación de estos contratos y sus consecuencias aún no están reguladas de manera exhaustiva, especialmente en los casos de Terminación Anticipada (TA). Según un análisis del Banco Mundial, solo el 61 % de las APP en ALC regulan las consecuencias de la terminación de los contratos¹. Además, durante las últimas tres décadas se ha llevado a cabo una gran cantidad de renegociaciones de contratos de APP (un rango del 50 % al 80 % de los contratos). Uno de los riesgos asociados con las renegociaciones contractuales es el riesgo de TA, que, en la región entre los años 1984 y 2016, resultó en que el 9 % de los contratos de APP que finalizaron antes de tiempo².

Este Documento de Discusión analiza diferentes aspectos relacionados a la terminación de los contratos APP en casos cuando los contratos terminan satisfactoriamente al final de su plazo y en casos de TA. En particular el documento se enfoca en cuáles son las reglas y procedimientos que regulan las diferentes casuísticas, qué actores participan de este proceso, la determinación y regulación de los activos reversibles, y los métodos utilizados para calcular la restitución o la compensación al contratista APP. Este análisis se desarrolla sobre la base del impacto que puede tener la terminación contractual de una APP en los intereses de gobiernos (por ejemplo, los efectos fiscales), los usuarios (por ejemplo, la calidad y la continuidad de los servicios), y los inversores (por ejemplo, bancabilidad de los proyectos).

Reglas y Procedimientos

Las reglas que determinan la gestión de la terminación de un contrato APP en los países de ALC se originan de supuestos similares. Sin embargo, dependiendo de los sistemas legales de los países y la existencia de leyes APP aprobadas, el nivel de detalle de las reglas de terminación de contratos puede variar donde en algunos casos el uso de cláusulas generales (cláusulas

¹ Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships Report, Assessing Government Capability to Prepare, Procure, and Manage PPPs, 2018. PPIAF. Banco Mundial.

² Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships Report – World Bank, 2018

catch-all) es un recurso común. También la sofisticación de los procedimientos en los casos de terminación de contratos varía entre países dependiendo de su nivel institucional, la experiencia en el manejo y la ejecución de contratos APP, y su disciplina para calcular la restitución o compensación al socio privado.

Quién Participa del Proceso

La solidez de las instituciones y los marcos regulatorios establecidos responsables de la gobernanza, el desarrollo y la gestión de los contratos APP son clave para el desarrollo exitoso de proyectos APP en la región. Son muchos los desafíos institucionales relacionados con el proceso de terminación contractual de una APP. Entre estos se incluyen el diseño de marcos institucionales claros que hagan posible gestionar un proceso de terminación, el desarrollo de un proceso de dialogo interinstitucional que permita la transmisión de información y experiencia entre quienes desarrollan APP y quienes administran dichos contratos, la baja capacidad técnica del sector público que puede resultar en procesos de licitación mal gestionados y renegociaciones frecuentes, y una falta de estandarización a nivel subnacional y entre países sobre quién participa en la gestión y resolución de un proceso de terminación de contrato y en qué capacidad. Existen mecanismos institucionales capaces de mejorar el proceso administrativo y dar tranquilidad a inversores y financistas, como son los derechos de intervención del prestamista, el arbitraje, la mediación, las soluciones de controversias y las entidades de control. También la corrupción en contratos APP puede tener un efecto económico negativo para la sociedad y por eso es importante tener en cuenta las opciones procesales que combinen sanciones personales y materiales que al mismo tiempo garanticen la continuidad del servicio público.

Reversión de Activos

Al cúlmine de un contrato APP, o en caso de una terminación anticipada, el socio privado por lo general tiene la obligación contractual de devolver los activos del proyecto en cuestión a la autoridad pública contratante. Este proceso de reversión suele ser complejo ya que los activos tangibles e intangibles no tienen derechos de propiedad definidos, y no está muy clara cuál es la condición adecuada que deben tener dichos activos a lo hora de transferirlos. Por este motivo, los contratos APP deben incluir normas de reversión claras para minimizar la probabilidad de que el contratista devuelva activos en malas condiciones. En ALC se puede tomar como ejemplo el trabajo desarrollado por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) de Colombia que ha desarrollado un Manual de Reversión que establece el procedimiento y los documentos necesarios para llevar a cabo los procesos de reversión.

Cálculos de la Restitución y Compensación al Contratista APP por Terminación Anticipada del Contrato

En el caso de que se termine anticipadamente un contrato APP, independientemente de la causa, la autoridad contratante recibe un activo que tiene un valor en cuya financiación no ha participado.

Por ese motivo, para evitar un enriquecimiento ilícito, debe existir un tipo de restitución o compensación al contratista. Para ello existen tres metodologías básicas de cálculo, de las cuales cada una tiene sus ventajas y desventajas tanto en su aplicación como en el balance de intereses del sector público y privado. Cuanto más claras y detalladas sean las cláusulas de un contrato APP sobre el cálculo del valor y el plazo de pago de la restitución o compensación en todos los casos de terminación anticipada mejorará substancialmente la bancabilidad y el atractivo de inversión de un proyecto APP.

Contenido

Resumen Ejecutivo	5
Abreviaciones	11
Introducción	12
Capítulo 1 – Las Reglas y Procedimientos: Un Análisis Comparativo	13
1.1 Análisis Comparativo de Marcos Regulatorios	14
TA por Factores Imputables al Contratista APP	14
TA por Incumplimiento de la Autoridad Contratante	15
TA por Razones de Interés Público	17
TA por Anulación Contractual	18
TA por Caso Fortuito o de Fuerza Mayor	18
Capítulo 2 – ¿Quién participa del Proceso? Retos Institucionales y Mecanismos para Fortalecer el Manejo de la Terminación de Contratos APP	20
2.1 Desafíos Institucionales	21
Marco Institucional	21
Diálogo Interinstitucional y Capacidad Técnica del Sector Público	22
Enfoques Heterogéneos	23
Garantía de Continuidad de Servicios	24
Volver a Protección del Inversor	24
2.2 Mecanismos Institucionales	25
Solidez del Proceso Administrativo	25
Derechos de Intervención del Prestamista (Lender's Step-in Rights)	25
Arbitraje	26
Mediación	26
Solución de Controversias	26
Entidades de control	26
2.3 La Corrupción en las APP y sus Efectos en la TA	27
Capítulo 3 – Reversión de Activos: La Experiencia de Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) en Colombia	30
3.1 Marco Normativo	31
3.2 Evolución Contractual del Programa Vial de Colombia	31
3.3 Elementos Clave Para Considerar	32
Reversión de Predios de la Zona de Corredor del Proyecto	32
Cesión de Licencias Ambientales	33
Entrega de Bienes como Vehículos y Equipos	33
Terminación de Contratos Comerciales y Vínculos Laborales con Trabajadores	33
Títulos Mineros	34
Compromisos de Compensación Social	34
Capítulo 4 – Cálculos de las Restitución y Compensación por TA de Contratos APP: Un Análisis Integral de las Metodologías Existentes	35

4.1 Introducción	35
4.2 Como Se Regula.....	35
4.3 Principales Métodos de Cálculo de Restitución y Compensación	37
<i>Valor Contrable (Book Value)</i>	37
<i>Basado en Financiamiento (Financing Base)</i>	37
<i>Valor de Mercado (Market Value)</i>	38
Otros Métodos	38
4.4 Ventajas y Desventajas de los Métodos de Valoración	38
4.5 Certidumbre en el Cálculo de la TA	40
4.6 Otras consideraciones y posibles mejoras	40
Consideraciones	40
Posibles Mejoras	41
Principales Conclusiones	42

Cajas, Gráficos y Tablas

Caja 1 – Procedimiento Contractual ante el Incumplimiento Grave del Contratista APP:	
Proyecto del Centro Integral de Cáncer de Victoria, Australia.....	15
Caja 2 – Participantes en Casos de TA Debido a Corrupción	28
Gráfico 1 – Legislación de la Restitución o Compensación por TA en ALC	37
Tabla 1 - Ventajas y Desventajas de los Métodos de Valoración	39

Anexos

Ejemplos de Reversión de Activos en Proyectos en Colombia	46
Ejemplos de Cálculo de las Restitución/Compensación por Terminación Anticipada	49

Abreviaciones

AGU	Advocacia-Geral da União
ANI	Agencia Nacional de Infraestructura
ALC	América Latina y el Caribe
APP	Asociaciones Público-Privadas
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CCPI	Convención Interamericana contra la Corrupción
CEPE	Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
CGU	Controladoria-Geral da União
MPF	Ministério Público Federal do Brasil
TA	Terminación Anticipada
TAM	Traslado Asistencial Medico
TCU	Tribunal de Contas da União do Brasil

Introducción

A los efectos de esta nota, la definición de terminación contractual de una APP incluye cuando las obras y el servicio prestado a los usuarios se llevan a cabo satisfactoriamente y el contrato llega a su término, o cuando el contrato se interrumpe prematuramente antes de que alcance su término original de duración. Un evento de terminación anticipada generalmente puede desencadenarse por un incumplimiento grave de las disposiciones de un contrato de APP ya sea por parte de la autoridad contratante pública, la compañía contratista del proyecto, o por la ocurrencia de un evento de fuerza mayor prolongado que haga que las partes no puedan cumplir con el contrato. El efecto de la terminación es que la relación contractual entre las partes públicas y privadas llega a su fin. Los activos se dividen entre las dos partes, y hay un acuerdo de todas las obligaciones pendientes y un cálculo de la restitución o compensación a pagar en la terminación de dicho contrato³.

El documento es el resultado de sesiones de debate colectivas en las cuales especialistas y profesionales, líderes en la industria, han abordado los principales desafíos relacionados con el tratamiento de las reglas de terminación de contratos, que incluyen los siguientes:

- Equilibrar la necesidad de bancabilidad con la previsibilidad de los impactos fiscales a largo plazo.
- Abordar las especificaciones de resultados en los contratos de los activos a revertir en contextos de inestabilidad tecnológica.
- Determinar criterios para calcular el valor de restitución o compensación en diferentes escenarios contractuales.

En los siguientes capítulos se analiza la terminación de los contratos de APP bajo cuatro temas que ayudan a enmarcar los principales componentes que regulan el proceso. En el Capítulo 1 se desarrolla un análisis comparativo de diferentes casos de terminación anticipada, su casuística, el derecho contractual y se desarrolla el procedimiento para llevar a cabo la TA. El Capítulo 2 se centra en los desafíos institucionales y los mecanismos para mejorar el manejo de los eventos de terminación de contratos de APP. El Capítulo 3 estudia la reversibilidad de activos sobre la base de la experiencia de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) de Colombia. Y finalmente, el Capítulo 4 hace un análisis de las diferentes metodologías disponibles para el cálculo de la restitución y compensación contractual en los casos de terminación anticipada.

³ Managing PPP Contracts After Financial Close – Global Infrastructure Hub, 2018

Capítulo 1 – Las Reglas y los Procedimientos: Un Análisis Comparativo

La terminación anticipada de un contrato de APP es un evento que interrumpe prematuramente la ejecución de un proyecto en un momento determinado durante su ciclo de vida, que incluye desde el cierre comercial del proyecto hasta la terminación del contrato y reversión de los activos. Las acciones de terminación ya sean por causas imputables a la autoridad contratante, al contratista o mutuo acuerdo y fuerza mayor, son reguladas por reglas y procedimientos establecidos en los contratos APP o, en ciertas instancias, por las leyes que regulan los procedimientos en el caso de que cualquiera de las partes incumpla sus obligaciones, o si la asociación se disuelve voluntariamente debido a un evento de fuerza mayor. Por lo tanto, el tratamiento y manejo de la TA puede variar entre países en función del tipo de sistema legal (sistema de derecho anglosajón, o sistema del derecho civil), existencia y efectividad de una ley APP, y la madurez de sus mercados.

Las reglas que determinan la TA de un contrato de APP en América Latina y el Caribe, así como en otros países con experiencia consolidada en proyectos de esta naturaleza, están basadas en hipótesis muy similares. Las diferencias entre los países no se encuentran tanto en la naturaleza de las circunstancias capaces de motivar la rescisión del contrato, sino en el grado de detalle y especificación de cada hipótesis, los procedimientos adoptados para viabilizar la terminación contractual, y en la disciplina de cálculo de la restitución/compensación debida al contratista APP.

En comparación con los métodos tradicionales de contratación pública, los esquemas de APP tienen ventajas en cuanto a aumentar la eficiencia de los servicios, optimizar el uso del espacio fiscal para la infraestructura, fomentar la rentabilidad de los proyectos, desarrollar mercados de inversión, e incrementar la competencia. Sin embargo, tener cláusulas contractuales mal redactadas puede reducir estos beneficios y aumentar significativamente la incidencia de conflictos.

Un evento de TA es una falla del contrato original que no pudo prever o prepararse para eventos de riesgo inesperados, lo que podría reducir las fortalezas y ventajas de las APP. Por lo tanto, las cláusulas correctamente redactadas y los procesos claros implementados pueden reducir los riesgos asociados, como, por ejemplo:

- Pérdidas de permanencia de contratos con largo plazo ya inviables, hasta la formalización de su terminación.
- Manipulación del marco de la situación fáctica, para conducir a la forma de terminación con premisas de indemnización más favorables.
- Terminación contractual en circunstancias en las que se pueda superar el incumplimiento contractual o el obstáculo enfrentado.

- El comportamiento oportunista del contratista APP, buscando la terminación contractual cuando la restitución sea más favorable que la continuidad del contrato.
- Comportamiento oportunista de la Autoridad Concedente, buscando la rescisión terminación luego de la conclusión de las inversiones iniciales, si la compensación es más favorable que la concesión esperada en el contrato APP.
- Omisión del contratista APP o financistas quienes podrían actuar para evitar la terminación contractual, si los incentivos para continuar el contrato APP o la concesión son mayores a las expectativas de compensación.

1.1 Análisis Comparativo de los Marcos Regulatorios

Como parte de la investigación preparada para esta Nota de Discusión, se analizaron doce proyectos en seis países a nivel global⁴ para comprender y evaluar las diferencias de cómo se tratan las disposiciones de TA desde un punto de vista legal y contractual. A continuación, se presenta un análisis por evento en función de las causas, el derecho contractual, y los procedimientos que cada uno de estos conlleva.

TA por Factores Imputables al Contratista APP

Causas:

Se pueden observar pautas comunes en cuanto a las hipótesis que pueden motivar la TA por incumplimiento del contratista APP. Por lo general, se las incorpora en los contratos de una manera explícita, detallando en una lista las causas que podrían desencadenar tal evento (por ejemplo, el proyecto Metro de Lima, Perú).

En algunos contratos se establece que la terminación puede ocurrir debido a incumplimientos menos graves, cuando persiste (por ejemplo, el proyecto Normalización PFS, Reino Unido), e incluso en otros se incluyen descripciones exhaustivas, como en el contrato del proyecto del Centro Integral de Cáncer de Victoria, Australia, que incluye incumplimientos contractuales por causas no resueltas o por planes de remediación que no han sido aprobados.

Derecho Contractual:

Los seis países consultados cuentan con una disposición legal o contractual que otorga a la autoridad contratante el derecho, ante un incumplimiento grave del contrato por parte del contratista APP, de rescindirlo. También se permite a la autoridad contratante, por iniciativa propia, que declare terminado un contrato si se identifica un incumplimiento relevante por parte

⁴ Australia (Estado de Victoria): Proyecto del Centro Integral de Cáncer de Victoria; Reino Unido: Estandarización de contratos PF2, Contrato de concesión de London Underground; Brasil: ANAC (Agencia Nacional de Aviación Civil) - Sexta Ronda, ANTT (Agencia Nacional de Transporte Terrestre) - BR 101 / SC, Estado de São Paulo - Concesión de la Carretera Piracicaba-Panorama (PiPa), Estado de Piauí - PPP Piauí Connected, Estado de Bahía - APP en el área de Salud, Municipio de São Paulo - Vivienda APP; Colombia: Agencia Nacional de Infraestructura - Aeropuerto del Caribe; Perú: Línea 2 - Metro Lima Y Callao; Chile: Ministerio de Obras Públicas - Aeropuerto Región de La Araucanía

del contratista. Esto hace inviable el contrato APP. En ninguno de los casos estudiados se condiciona esta decisión a la apreciación previa de un órgano independiente, administrativo o judicial.

Procedimiento: Los procedimientos varían dependiendo el país y su jurisdicción legal. Sin embargo, se pueden observar algunas características comunes en el procedimiento que incluye las siguientes:

- Obligación de notificar por escrito al contratista APP sobre el incumplimiento contractual encontrado, dándole amplia oportunidad al contratista para remediarlo o de lo contrario preparar su defensa.
- Ofrecer a los financiadores la posibilidad de hacerse cargo del contrato APP o adoptar medidas para subsanar la irregularidad.
- Disciplina para caracterizar la terminación contractual como medida de último recurso. La disposición contractual debe ser: (1) de una magnitud que haga inviable la continuación de la concesión o la adecuada prestación del servicio, (2) o altamente reproducible.
- Oferta de período de subsanación obligatoria, que va desde 20 días calendario (Colombia) o días hábiles (Australia), 30 días calendario (Brasil) o 60 días calendario (Perú).
- Inclusión de periodo de y transición en caso de terminación formal del contrato.

- **Caja 1 – Procedimiento Contractual ante el Incumplimiento Grave del Contratista APP:**
Proyecto del Centro Integral de Cáncer de Victoria, Australia

En Australia, se prevé que, ante cualquier incumplimiento grave, el contratista deberá presentar un plan para remediar la irregularidad, con un plazo de resolución y un plan de trabajo, donde se indiquen los costos y las acciones necesarias para remediarlo. Si la reparación del incumplimiento no es posible, se debe presentar un plan de remediación para remediarlo, que indique los motivos de esta imposibilidad, las medidas para mitigar las consecuencias e indemnizar por los daños causados y las medidas adoptadas para atender las causas del incumplimiento. Si el plan de remediación o prevención es aceptado, este se vuelve obligatorio para ambas partes. De lo contrario, la negación o el incumplimiento del plan es un evento que puede motivar la terminación anticipada del contrato.

TA por Incumplimiento de la Autoridad Contratante

Causas: En casos de TA por incumplimiento del estado no hay preocupación por la reciprocidad, ya que las obligaciones de la autoridad contratante generalmente se limitan a obligaciones de pago y liberación de área, mientras que el contratista tiene varias obligaciones de desempeño. Como norma se prevé una lista exhaustiva de causas que motivarían la

terminación por iniciativa del contratista APP, que abarcan las siguientes hipótesis:

- Expropiación, secuestro o requisa de bienes del contratista.
- Incumplimiento de las obligaciones de pago por encima de una determinada cantidad o de determinado tiempo de atraso en el pago.
- Incumplimientos contractuales que hacen inviable la continuidad de la prestación del servicio a cargo del contratista.

Los eventos que pueden motivar la terminación contractual suelen estar calificados por un nivel mínimo de materialidad o tamaño financiero. La mayoría de los incumplimientos contractuales pueden ser representados por un valor monetario y, por lo tanto, subsanarse sin dar lugar a la terminación contractual, mediante pago intempestivo de obligaciones financieras incumplidas, más los cargos correspondientes por el pago atrasado, o sobre la base de un reequilibrio económico y financiero del contrato.

Derecho Contractual:

Si bien, a excepción de Australia, todos los demás países encuestados prevén en sus contratos que el incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante puede conducir a la terminación contractual, el tratamiento no es uniforme en cuanto a la facultad conferida al contratista. En el Reino Unido, Perú, y Colombia, el contratista APP tiene derecho a declarar terminado el contrato, ante un incumplimiento grave de contrato por parte de la autoridad contratante, cuando hace inviable el contrato APP o la capacidad del contratista para prestar los servicios.

En Brasil, por disposición legal expresa, la terminación contractual por iniciativa del contratista APP depende de la interposición de una demanda, debiendo el contratista permanecer en la prestación de servicios hasta tanto una autoridad judicial que declare la terminación mediante sentencia firme. En el Perú, si bien se garantiza al contratista APP el derecho a declarar la terminación, si la autoridad contratante plantea que se dirima en un tribunal arbitral, la disolución sólo se hará efectiva luego de la decisión arbitral.

Procedimiento: El procedimiento incluye por lo general la obligación de comunicar por escrito a la autoridad contratante sobre el incumplimiento contractual encontrado, dentro de un plazo máximo contado a partir del conocimiento del hecho. Para caracterizar la terminación contractual como medida de último recurso se debe:

- Determinar que el incumplimiento contractual debe ser de una magnitud que haga inviable la continuidad del contrato APP o la adecuada prestación del servicio. Para demostrarlo se debe

considerar una evaluación cuantitativa del contrato a través de un análisis del Valor por Dinero.

- Disponer que el reequilibrio económico y financiero del contrato, cuando sea posible, sea suficiente para eliminar el derecho de terminación contractual.
- Acordar un plazo de subsanación previsto para que la Autoridad Concedente cumpla la obligación o adopte medidas para la reorganización del contrato, que oscila entre 30 días calendario (Reino Unido) y 60 días calendario (Perú).

En caso de terminación formal del contrato APP, normalmente las reglas incluyen un plazo de desmovilización y transición. En el caso de Brasil debido al requisito legal de que la terminación solo puede ocurrir luego de una decisión judicial que lo deje firme mediante sentencia no existe un período de remediación o plazo de desmovilización y disolución contractual.

TA por Razones de Interés Público

Causas:	Como regla general, la hipótesis se presenta como una prerrogativa excepcional de la autoridad contratante, teniendo como premisa la imposibilidad de adecuar el contrato celebrado con el contratista APP. Los contratos no definen las causas en detalle, lo cual asigna a la autoridad contratante la capacidad de definir sobre la base de hechos concretos el concepto de interés público.
Derecho Contractual:	Los países de América Latina analizados (Brasil, Colombia, Chile, y Perú) permiten a la autoridad contratante, por iniciativa propia, declarar un contrato rescindido cuando se demuestra que el interés público será mejor atendido. Ninguno de los países condiciona la decisión a la apreciación de un órgano independiente, administrativo o judicial. Existen excepciones en algunas condiciones para el ejercicio de esta prerrogativa. En Chile, por ejemplo, se prevé la posibilidad de la TA cuando se da el cumplimiento de aproximadamente el 80% del plazo contractual y realización de al menos el 75% de los ingresos proporcionados por el contratista.
Procedimiento:	En general existe una obligación de comunicar por escrito al contratista APP sobre la decisión de la autoridad contratante y al mismo tiempo la imposibilidad de oponerse a la terminación, ya que la valoración del interés público es competencia exclusiva del Poder Público. La TA basada en esta razón debe de ser compensada con una indemnización que como mínimo corresponda al saldo de la deuda del financiamiento, pagada directamente a los financistas, y la remuneración por la inversión

del contratista. En Brasil, la terminación anticipada por razones de interés público, denominada expropiación, depende de una ley de autorización específica.

TA por Nulidad Contractual

- Causas:** La causa que puede motivar la nulidad del contrato APP es única, por corrupción o irregularidad que impida la corrección y el aprovechamiento de efectos pasados.
- Derecho Contractual:** Los seis países consultados cuentan con una disposición legal o contractual, que otorga a la autoridad contratante el derecho a rescindir el contrato en caso de constatarse un defecto no válido que comprometa la prestación de los servicios. En Brasil, Colombia, Chile, y Perú se permite a la autoridad contratante, por iniciativa propia y siempre que se respete el debido proceso legal, declarar la nulidad del contrato APP. La legislación de los países consultados prevé la posibilidad de que el Poder Judicial y eventualmente otros órganos de control externo declaren la nulidad. En Brasil, esta competencia puede ser ejercida, también, por el Poder Legislativo, previa solicitud del Tribunal de Cuentas. También en Brasil, la terminación por interés público se denomina “*encampação*” (tomar el control) y depende de una ley de autorización específica y del pago previo de la indemnización.
- Procedimiento:** Hay una obligación de comunicar por escrito al contratista APP sobre los defectos detectados por la autoridad contratante. Dentro del proceso se incluye una garantía que permite la previa manifestación del contratista y la posibilidad de proponer la validación del defecto cuando su naturaleza lo permita. El pago de compensación se calculará a partir de la responsabilidad por el defecto que motiva la nulidad.

TA por Caso Fortuito o de Fuerza Mayor

- Causas:** En la mayoría de los países de ALC, las causas que pueden motivar la rescisión del contrato APP por caso fortuito o fuerza mayor están especificadas en la legislación vigente. En el caso de Colombia, los contratos prevén la ocurrencia de un evento sin responsabilidad de las partes, cuya duración exceda los 90 días, si las partes concluyen que las obligaciones contractuales afectadas por el evento son de tal importancia que han llevado a la suspensión del plazo contractual.
- Derecho Contractual:** En América Latina los cuatro países investigados cuentan con una disposición legal o contractual que otorga a la Autoridad Concedente el derecho a terminar el contrato en caso de que se produzcan circunstancias imprevisibles o de fuerza mayor, conceptos generalmente presentados por

el derecho civil. En Brasil, el concepto legal está contenido en el Código Civil, que establece que el caso fortuito o la situación de fuerza mayor se verifican en el hecho necesario, y cuyos efectos no se han podido prevenir.

El Reino Unido tiene una peculiar previsión que permite revisar el análisis de la relación Valor por Dinero que se realizó en el momento de la firma del contrato APP, el cual puede dar lugar a la alteración o incluso la disolución del contrato, cuando su modificación no sea posible.

Procedimiento: Incluye la obligación de comunicar por escrito al contratista APP sobre las causas que impactaron en el desempeño contractual. Se debe demostrar, mediante escenarios económicos, la imposibilidad de ejecutar el contrato dada su inviabilidad económico-financiera. Parte del proceso incluye la garantía de la previa manifestación del contratista y la posibilidad de proponer la modificación del contrato, sometida a la aceptación de la autoridad contratante, y el pago de una indemnización al contratista.

Capítulo 2 – ¿Quién participa del Proceso? Retos Institucionales y Mecanismos para Fortalecer el Manejo de la Terminación de Contratos APP

En el capítulo anterior discutimos cómo las reglas y los procedimientos son esenciales en la definición, gestión y proceso de eventos de TA y, en general, en el éxito de las APP. Sin embargo, estos no ocurren de forma aislada. Existen entidades encargadas de llevar a cabo las funciones relacionadas con la terminación de contratos, y otros roles a lo largo del ciclo de vida del proyecto, que forman parte del marco general de gobernanza de las APP. Una buena gobernanza debe promover proyectos con asignaciones de riesgo adecuadas, donde estos se dividan o compartan entre las partes contractuales que tienen la mejor capacidad para gestionarlos. También debe salvaguardar la calidad de las instituciones y su eficacia a la hora de traducir la política en una implementación exitosa. En el caso de terminaciones de contratos, ya sea de manera natural o anticipada, contar con una estructura transparente definida con instituciones que tengan roles y deberes claros es clave para gestionar adecuadamente la terminación y la justa restitución o compensación a las partes involucradas.

Los marcos de APP tienen muchos desafíos, entre ellos el desarrollo y fortalecimiento de instituciones que sepan ejecutar eficazmente los proyectos APP. Hay diferentes formas de estructurar el apoyo institucional. En ALC existen principalmente dos modelos de gobernanza, un modelo centralizado, en el que las unidades de APP juegan un papel decisivo a lo largo del ciclo del proyecto, y uno descentralizado donde los proyectos APP son desarrollados y estructurados por una gama más amplia de entidades gubernamentales.⁵ La terminación de un contrato entre una entidad pública y privada tiene consecuencias legales que van más allá de la estructura de gobierno de las APP. Otras partes interesadas, como las entidades legales nacionales y los órganos de arbitraje internacional, son actores fundamentales para tener en cuenta al comprender las complejidades que puede crear un evento de terminación anticipada.

⁵ Prats, Joan. "The Governance of Public-Private Partnerships: A Comparative Analysis." 2019. Interamerican Development Bank.

También es importante contextualizar los principios clave de la ONU que guían la buena gobernanza en las APP⁶ y son relevantes para comprender los objetivos y motivaciones que deben impulsar las instituciones. Los seis principios de buena gobernanza son los siguientes:

1. Participación: el grado de participación de todas las partes interesadas.
2. Decencia: el grado en el que la formación y administración de las normas se lleva a cabo sin dañar o causar agravios a las personas.
3. Transparencia: el grado de claridad y apertura con el que se toman las decisiones.
4. Rendición de cuentas: el grado en que los actores políticos son responsables ante la sociedad por lo que dicen y hacen.
5. Equidad: el grado en que las normas se aplican por igual a todos los miembros de la sociedad.
6. Eficiencia: la medida en que los recursos humanos y financieros limitados se aplican sin desperdicio demora o corrupción o sin perjudicar a las generaciones futuras.

Esta nota de discusión analiza a quienes participan en el proceso de terminación desde dos enfoques. En primer lugar, analiza los desafíos institucionales que dificultan definir, establecer y gestionar adecuadamente un evento de terminación anticipada en un contrato de APP, utilizando experiencias basadas en el contexto brasileño, y aplicables a realidades muy cercanas a otros países de ALC. Y segundo, propone mecanismos institucionales que puedan ayudar a fortalecer el proceso y brindar certeza y protección a los proyectos en caso de terminación anticipada de la manera menos onerosa posible. Para complementar este análisis, esta sección también explora el caso de terminación anticipada debido a eventos de integridad como por ejemplo casos de corrupción, como esto puede impactar el proceso de TA, y cómo las diferentes partes interesadas se ven afectadas por tales eventos.

2.1 Desafíos Institucionales

Marco Institucional

El grado de éxito que los países pueden tener en el desarrollo de proyectos o programas APP está altamente correlacionado con la fortaleza de sus instituciones y los marcos establecidos responsables de la gobernanza, el desarrollo y la gestión de los contratos. Es fundamental que las instituciones se comprometan a ser parte del proceso, no solo desarrollando el marco institucional sino también asignando responsabilidades a los diferentes actores involucrados en el proceso. La complejidad de estructurar marcos institucionales robustos que sean capaces de gestionar un proceso de terminación se deriva de tres factores principales:

- Multitud de leyes y reglamentos: es difícil identificar todas las leyes y los reglamentos específicos que rigen un evento de terminación.

⁶ "Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships." 2009. United Nations Economic Commission for Europe.

- Falta de claridad en las responsabilidades: no todos los agentes que participan en el proceso tienen conocimiento de todas las tareas de las que cada uno es responsable.
- Líneas borrosas: no están claros los límites de acción de los diferentes actores.

El marco institucional en el que operan las APP es un elemento clave para el alineamiento adecuado de los incentivos de cada una de las partes involucradas a lo largo de las diferentes fases del ciclo del proyecto. Los países tienen diferentes grados de desarrollo institucional en lo que respecta a la gobernanza de las APP. Según el último Informe Infrascopio del 2019, que evalúa el entorno de las APP en ALC, a nivel regional las instituciones que preparan, que adjudican, y supervisan las APP tienen en promedio un bajo grado de madurez (puntuación media de 56 sobre 100)⁷. A nivel subnacional la complejidad es aún mayor, ya que la fortaleza institucional se diluye aún más debido que a menudo hay menos capacidad y experiencia que en los gobiernos centrales. Esto complica la organización y la definición de roles claros de las instituciones involucradas en las APP. En el caso de Brasil, por ejemplo, existe una preocupación relevante sobre cómo se desarrollan y gestionan los proyectos en el sector de agua y saneamiento considerando que hay muchos municipios con características no homogéneas.

La misma complejidad institucional que afecta el desarrollo de proyectos de APP también está presente durante la terminación anticipada de un contrato. Un problema que comienza en la estructuración e implementación de un proyecto se traslada a la ejecución de éste, y se acentúa en el caso de un evento de TA. La inestabilidad y la incertidumbre que se da a través de esta serie de sucesos surgen de la concepción defectuosa de los modelos institucionales, lo que hace imprescindible contar con un marco institucional robusto que no solo comprenda el proceso y el modelado legal, sino que también tenga claridad en las responsabilidades institucionales y fortaleza técnica de los involucrados.

Diálogo Interinstitucional y Capacidad Técnica del Sector Público

Las Unidades de APP especializadas son generalmente instituciones clave creadas en respuesta a la necesidad existente de capacidad que requieren gobiernos para administrar un programa de APP de manera eficaz. Estas unidades tienen un papel único en la preparación, estructuración, y seguimiento de proyectos y son custodias del conocimiento específico que es valioso para la implementación exitosa de proyectos. Las unidades de APP brindan apoyo consultivo, operativo y técnico a lo largo de las distintas etapas del proyecto. Su rol es importante antes, durante y después de la licitación. El primer desafío consiste en que estas unidades cuenten con un marco de transparencia e integridad adecuado, que incluya cuando menos reglas y mecanismos operativos para garantizar el acceso a la información, así como reglas y mecanismos para asegurar la integridad de quienes deciden y de las decisiones que toman. Ello incluye, pero no se limita, sistemas digitales para asegurar acceso en tiempo real a la información pública, sistemas de prevención de conflictos de interés de las partes involucradas, información sobre

⁷ "Evaluando el Entorno para las Asociaciones Público-Privadas en América Latina y el Caribe". Infrascopio 2019. The Economist Intelligence Unit.

beneficiarios finales y procedimientos de decisiones que aseguren los principios de consideración igualitaria de las opciones de decisión, entre otros.

Un desafío institucional común es la falta de transmisión de información y experiencia entre los equipos que desarrollan APP y los equipos que administran dichos contratos, que generalmente se ubican en diferentes instituciones gubernamentales, como puede ser el caso de unidades APP que desarrollan proyectos desde el Ministerio Finanzas, y equipos de proyecto que administran dichos proyectos desde ministerios sectoriales. Desde el inicio de los proyectos, es común que las unidades de APP, ya sea a nivel del gobierno central o subnacional, tengan un diálogo e intercambio limitado de información con otras instituciones que deberían ser parte de promoción efectiva y la ejecución de estos contratos.

Este problema institucional suele estar relacionado con la madurez y solidez del proceso de APP en cada país y con el compromiso de apoyo que los gobiernos conceden a estas instituciones desde el inicio. Pero dado el rol estratégico que tienen las Unidades de APP, es esencial que reconozcan a los actores clave a lo largo del ciclo de vida y se aseguren de que exista un entendimiento común de los roles y responsabilidades. Por lo tanto, es fundamental establecer protocolos que incentiven el diálogo entre las partes para que, en caso de una terminación de contrato, el marco institucional, el protocolo y las responsabilidades sean claros y no obstaculicen la resolución.

La calidad de las APP a menudo se ve limitada por la baja capacidad técnica y los incentivos de gestión débiles de las entidades gubernamentales, lo que puede resultar en procesos de licitación mal gestionados o contratos mal redactados y renegociaciones frecuentes. La poca capacidad del sector público significa que los gobiernos carecen de los recursos y las habilidades para estructurar y gestionar bien las APP sobre la base de estándares internacionales actualizados. Una mejor capacidad técnica en el sector público, junto con una mayor transparencia y una menor interferencia política que altere la sostenibilidad económica y financiera de la provisión de servicios de infraestructura, reduciría la incertidumbre y establecería las bases para más inversión, y una provisión de servicios más eficiente.

Enfoques Heterogéneos

Existe una falta de estandarización entre países, y en ocasiones entre gobiernos subnacionales, sobre quién participa en la gestión y resolución de un proceso de terminación de contratos y en qué capacidad. A las entidades se les asignan roles que no necesariamente se ajustan a su capacidad o que quedan fuera de la normativa de sus mandatos, o que en el peor de los casos pueden incluso entrar en conflicto con sus funciones. Este es el caso que, por ejemplo, se presenta cuando se les otorga a organismos reguladores la autoridad otorgante de un contrato de APP, o como cuando una unidad ejecutora de proyectos desempeña al mismo tiempo un papel de supervisión. A nivel municipal, es muy común que no existan unidades de APP donde los proyectos son estructurados por los mismos actores que cumplen el rol de autoridad contratante.

También existe un problema de superposición de poderes, donde los órganos de control o regulación tienen poderes superpuestos sobre las instituciones que tienen la autoridad para

tomar decisiones sobre un contrato APP. En los casos de terminación de contrato ya sea de forma natural o anticipada, esto es especialmente relevante porque crea problemas de jurisdicción legal, donde los acuerdos alcanzados con un organismo de control pueden ser anulados por otro diferente, especialmente si su deber de cuidado (*duty of care*) varía. En Brasil, por ejemplo, para combatir la corrupción en los contratos APP, la arquitectura institucional está compuesta por cuatro instituciones clave (MPF - Fiscalía Federal, AGU - Procurador General, CGU - Oficina de Responsabilidad Gubernamental y TCU - Oficina General de Contabilidad) con diferentes misiones constitucionales que no puede ser modificado por el derecho común.

Garantía de Continuidad de Servicios

Las APP son una herramienta para el financiamiento y gestión de infraestructura pública, en el cual los activos están sujetos o dedicados al uso público o relacionados a la prestación de un servicio. Como tales, los proyectos de APP exitosos garantizan la provisión de infraestructura pública que trae beneficios a la comunidad en su conjunto. Sin embargo, una de las principales consecuencias negativas en el caso de una TA de un contrato es la interrupción de este servicio público, que resulta en efectos sociales y económicos negativos para la sociedad.

Detener la prestación de servicios, desde una carretera hasta una planta de generación de energía, puede tener efectos perjudiciales en la vida diaria de los ciudadanos y deteriorar la función de prestación de servicios para la que se construyen las APP de infraestructura. La interrupción también puede crear efectos perjudiciales a largo plazo, como la pérdida de la calidad del servicio en sí, así como la pérdida de clientes o consumidores que podrían verse obligados a depender de servicios alternativos. Es por eso que a nivel de proyecto se debe abordar la continuidad del servicio al definir y gestionar la eventualidad de un evento de TA. Desde el nivel institucional se debe considerar la rapidez en la gestión de los procesos y el efecto sobre los usuarios, ya sea buscando resoluciones que no detengan la prestación del servicio u ofreciendo una alternativa temporaria.

Volver a Protección del Inversor

Los contratos de APP se financian mediante deuda y capital en el marco de un esquema de *Project Finance*, donde los fondos aportados por los financistas son reembolsados por los flujos generados por el proyecto. Las APP involucran una serie de actores distintos de los patrocinadores del proyecto y un sinnúmero de instrumentos jurídicos destinados a financiar, ejecutar y repagar la obra en el tiempo con el flujo de fondos generados. La terminación anticipada del contrato de APP no solo supone la pérdida de la eficacia del contrato principal entre el Estado y el contratista sino también de todas las relaciones contractuales a él asociadas. Así, se impide, por un lado, la continuidad del proyecto, y por el otro, la realización de las expectativas de las personas ajenas al acto relacionado con la terminación pero que invirtieron en la obra (financistas y contratistas), afectando además a sus trabajadores y potenciales beneficiarios, que esperan que estas inversiones provean mejores caminos, transportes y servicios. Por este motivo, las entidades financieras y los inversores deben analizar detenidamente los riesgos de las APP, y esto incluye la posibilidad de una TA del contrato. La incertidumbre del no saber o no tener claro

un proceso de TA puede aumentar el costo de la financiación o, en el peor de los casos, alejar a los inversores.

Como regla general, todos los casos de TA deben incluir una restitución o compensación dependiendo de la causa de la TA al Contratista APP a fin de evitar el enriquecimiento ilícito de la Autoridad Contratante. Los inversores y los financistas deben tener la certeza de que su inversión será evaluada de manera justa y protegida de los comportamientos arbitrarios del gobierno, como las intervenciones unilaterales. Es poco probable que inviertan los inversores que perciben una falta de reglas claras y procedimientos de restitución y compensación justos en casos de terminación anticipada.

2.2 Mecanismos Institucionales

Solidez del Proceso Administrativo

Es importante contar con un proceso administrativo previamente estructurado en la ley o en el contrato, que aborde la terminación de un contrato, y que señale las medidas necesarias que se deben tomar en caso de que esta se materialice. Cada una de las entidades que participan en el proceso debe ser claramente conocida y su rol debe quedar claro para todos los interesados. Es fundamental que exista claridad en el procedimiento para seguir, el cronograma y el proceso legal de rescisión contractual, para que las entidades puedan implementar y pasar por un proceso que garantice contractualmente la gestión justa de un evento de terminación contractual y la continuidad de prestación de servicios para la comunidad.

Otro aspecto es la minimización de asimetrías entre las instituciones. La gestión contractual de un proyecto debe ser realizada por una unidad que tenga la competencia legal para tramitar un caso de terminación anticipada. Si hay una entidad responsable que gestiona el proceso de terminación del contrato, esa entidad debe tener el poder de tomar la decisión final de terminación. Esta prerrogativa es muy difícil de definir cuando son muchas las entidades que participan.

Existe un proyecto de ley en el gobierno de San Pablo que establece que toda decisión de la agencia reguladora que genere obligaciones financieras al estado debe estar sujeta a una decisión previa del gobierno estatal. No puede asumir compromisos de restitución o compensación sin que el Ministerio de Hacienda y Planificación pueda validar lo que está haciendo el otorgante.

Derechos de Intervención del Prestamista (Lender's Step-in Rights)

Los derechos de intervención son derechos otorgados a los prestamistas para intervenir y tomar el control del proyecto de infraestructura cuando el contratista APP está incumpliendo su contrato. Una forma en que los prestamistas buscan protegerse contra la rescisión del contrato APP después del incumplimiento de un socio privado es de negociar sus derechos de participación. En ciertas jurisdicciones, puede haber leyes obligatorias que impidan el otorgamiento o el cumplimiento de los derechos de intervención del prestamista, lo que podría ser un impedimento para atraer financiamiento del sector privado.

Los derechos de intervención brindan a los prestamistas certeza en términos de bancabilidad y proporcionan un marco dentro del cual las partes pueden reunirse para negociar soluciones en un escenario de incumplimiento / terminación.

Arbitraje

Una cláusula arbitral favorece la seguridad del Marco Institucional ya que las cámaras arbitrales cuentan con una normativa propia que ofrece una mayor alternativa de mecanismo institucional para resolver problemas de inseguridad jurídica. Si bien el arbitraje tiene costos administrativos, al identificar la cámara arbitral ya se sabe de antemano cómo se tramitará en caso de rescisión anticipada, lo que aporta claridad a los inversionistas.

Mediación

La mediación es una solución común dentro de un procedimiento de contratación que se tramita dentro del Poder Judicial, lo que aporta mayor certeza jurídica tanto en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones establecidas para la terminación de contratos como para los agentes públicos implicados. Puede ser iniciada por la agencia que determina la terminación del contrato de APP. La mediación puede agregar más transparencia a los procesos, legitimidad y mejorar el diálogo entre la autoridad contratante y el contratista APP durante una situación de asistencia técnica.

Solución de Controversias

Son importantes mecanismos institucionales para la terminación anticipada de contratos. Las Juntas de Disputas tienen un historial probado de resolución sin recurrir a arbitrajes o litigios que son costosos y consumen tiempo, y pueden establecerse como consecuencia de una disposición contractual o por acuerdo de las partes en una etapa posterior del proyecto. El uso de una Junta de Disputas para un evento de TA puede ser un proceso contractual altamente exitoso y rentable para evitar y resolver disputas durante el curso del proyecto.

Entidades de control

Son los organismos que tienen la función y el mandato de control y monitoreo. En algunos países estos organismos tienen facultades preventivas, en otros actúan *ex post*. También hay casos en los cuales tienen funciones no solo de auditoría y control, sino también legales. Por último, en algunos casos son responsables de cuestiones relacionadas con la integridad de los funcionarios: por ejemplo, recabar declaraciones juradas de bienes y analizar posibles casos de enriquecimiento ilícito. Desde el sector público, las entidades de control pueden dar un seguimiento integral (seguimiento, evaluación, control, reestimación) del desarrollo de los proyectos. En el caso de terminación anticipada, estas entidades pueden dar justificación a la causa y ayudar a establecer una restitución o compensación justa para las partes.

2.3 La Corrupción en las APP y sus Efectos en la TA

Existe abundante literatura que analiza los riesgos de integridad y corrupción en la APP.⁸ La experiencia reciente muestra las consecuencias negativas que pueden tener los casos de corrupción en el desarrollo de infraestructura y, en particular, en las APP⁹. La corrupción, y por ende el control de los eventos de integridad, en las APP es relevante en todas las etapas del proyecto (Iossa *et al*, 2011).

Todos los instrumentos internacionales contra la corrupción se basan en el principio de que la corrupción no puede ser rentable y que, en consecuencia, los gobiernos deben confiscar el producto de la corrupción o aplicar sanciones financieras de efecto equivalente (Aymerich Cano, 2015).

La Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) ha desarrollado un nuevo estándar de tolerancia cero a la corrupción en las APP para apoyar los esfuerzos de los países para fortalecer la transparencia, la rendición de cuentas y la gobernanza eficaz de la inversión en infraestructura pública y la prestación de servicios. En este planteamiento el recurso de nulidad e invalidez del contrato como sanción ante el evento de un acto corrupto es una de las herramientas.

La nulidad y la invalidez del contrato es el resultado más probable ante la ocurrencia del hecho corrupto, ya que la nulidad es la respuesta del derecho administrativo frente a la inexistencia de una regulación específica de las propias leyes de APP¹⁰, ante una situación irregular.

La nulidad genera costos económicos para la sociedad y el desarrollo económico ya que implica la parálisis de un número significativo de obras. En algunos casos, como el escándalo de Odebrecht en proyectos en la región, ha provocado la interrupción de las respectivas cadenas de pagos, la quiebra de proveedores y el despido de miles de trabajadores, además de exacerbar la desconfianza ya existente de la sociedad hacia sus autoridades y funcionarios públicos⁷. El enfoque de tolerancia cero no tiene en cuenta si la empresa ha intentado evitar el soborno o si ha supervisado y sancionado a los empleados que participan en el soborno, si ha cooperado con las autoridades o si ha cumplido con su parte del contrato¹⁰.

Parece oportuno analizar opciones más equilibradas que combinen sanciones personales y materiales (remociones de personal, multas, reemplazo de proveedores, etc.) sobre los responsables del acto corrupto, pero que al mismo tiempo garanticen la continuidad del proyecto de infraestructura y de los contratos, incluidos los terceros que actuaron de conformidad con la ley siempre y cuando exista un impacto socioeconómico positivo¹¹. Las APP involucran a una serie de actores distintos de

⁸ Iossa, E. y Martimort, D. Corruption in Public-Private Partnerships (2011); Knorr y Schomaker, The Potential For Corruption In Public Private Partnerships – Theoretical Aspects and Some Policy Implications ; y Bildfell, C. P3 Infrastructure Projects: A Recipe for Corruption or an Antidote? (2018)

⁹ De Michele, Roberto, Prats, Joan, y Losada Revol, Isaias. "Efectos de la Corrupción en los Contratos APP: Consecuencias de un Enfoque de Tolerancia Cero." 2018, Banco Interamericano de Desarrollo.

¹⁰ Davis, Kevin E. "Civil Remedies for Corruption in Government Contracting: Zero Tolerance versus Proportional Liability." 2009. NYU School of Law.

¹¹ Advisory Group of Experts on Anticorruption, Transparency, and Integrity. "Report of the Expert Advisory Group on Anti-corruption, Transparency and Integrity in Latin America and the Caribbean. Washington." 2018. Interamerican Development Bank.

los patrocinadores del proyecto y un sinnúmero de instrumentos legales destinados a financiar, ejecutar y retribuir el trabajo en horas extras con el flujo de fondos generado. La nulidad del contrato APP no solo significa la pérdida de la efectividad del contrato principal entre el contratista y la autoridad contratante, sino también de todas las relaciones contractuales asociadas a este. Así, se impide la continuidad del proyecto, por un lado, y, por otro, la realización de las expectativas de las personas que son ajenas al acto ilícito pero que invirtieron en la obra (financiadores y contratistas), afectando también a sus trabajadores y beneficiarios potenciales, quienes esperan que estas inversiones brinden mejores servicios públicos.

- **Caja 2 – Participantes en Casos de TA Debido a Corrupción**

- **SPV (Vehículo de Propósito Específico):** las APP se basan en un proyecto de financiamiento estructurado en el que un vehículo de propósito específico, propiedad de un consorcio de empresas, que puede incluir la participación del sector público, firma y ejecuta el contrato. Esta “empresa de proyecto” se encargará del financiamiento, el desarrollo, la construcción, el mantenimiento o la operación de la obra durante la vigencia del contrato, subcontratando bienes y servicios. Las APP se caracterizan por ser una inversión que se recupera en un largo período de tiempo a partir de los flujos que genera el propio proyecto (peajes, tarifas) o aportes del Estado conocidos como pagos por disponibilidad.
- **Agencias / organizaciones estatales que ejecutan el proyecto:** deben apuntar a fortalecer los marcos institucionales y las unidades especializadas en APP como mecanismos para garantizar los recursos técnicos y humanos que reduzcan las oportunidades de corrupción.
- **Contraloría / Anticorrupción:** son los órganos que tienen la función y el mandato de control y seguimiento. Las regulaciones internacionales sobre anticorrupción contienen especificaciones expresas sobre la organización de las entidades de control. La Convención Interamericana contra la Corrupción (CCPI) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) enfatizan el carácter preventivo del control y, entre otros: (i) imponen la obligación de desarrollar mecanismos modernos para detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas ; (ii) realizar evaluaciones periódicas para detectar si los instrumentos utilizados en el país para combatir la corrupción son adecuados; (iii) garantizar la existencia de órganos encargados de prevenir la corrupción y otorgarles la independencia necesaria, dotándoles de recursos materiales y personal especializado, así como la formación de dicho personal; (iv) fomentar la cooperación entre los organismos públicos y los funcionarios.
- **Unidades especializadas APP:** estructura de gobierno permanente que cuenta con los conocimientos necesarios para identificar o gestionar oportunidades de vinculación entre el sector público y el privado. Brindan soporte consultivo, operativo y técnico a lo largo de las diferentes etapas del proyecto. Su papel es importante antes, durante y después de la licitación. No tienen un papel específico para abordar la corrupción en las APP, pero contribuyen a la prevención del delito. No tienen una función de control y seguimiento como las contralorías.
- **Proveedores:** en caso de rescisión de un contrato por corrupción, las cadenas de pago se interrumpen, lo que los puede llevar a la quiebra.
- **Trabajadores:** la nulidad de los contratos provoca pérdidas masivas de puestos de trabajo.
- **Sociedad:** la rescisión de los contratos en caso de hechos de integridad exacerba la desconfianza de la sociedad hacia sus autoridades y funcionarios públicos.

- **Financiadores de proyectos:** un financista es altamente vulnerable a la nulidad ante el evento de corrupción, ya que dicha nulidad extingue la fuente de reembolso, lo que también puede ocurrir una vez que ya se ha realizado toda la inversión. En las APP no existe un eventual recurso al balance corporativo de la empresa, sino al de una empresa proyecto. El riesgo de que la obra sea declarada desierta por actos de corrupción también desalienta la inversión privada.
- **Gobiernos:** se han visto obligados, por un lado, a adoptar medidas encaminadas a evitar la impunidad y sancionar a los responsables de actos de corrupción y, por otro, a asegurar la continuidad de los proyectos de infraestructura para evitar el deterioro de la economía local como consecuencia de una eventual interrupción de las obras que a su vez provocaría el paro y una potencial reducción del flujo de inversiones.

Capítulo 3 – Reversión de Activos: La Experiencia de Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) en Colombia

En la mayoría de los contratos de APP, al final de su vigencia, el socio privado tiene la obligación de transferir o revertir el bien público en cuestión (ya sea un aeropuerto, una carretera, una escuela u otro tipo de proyecto de infraestructura) en condiciones adecuadas que satisfagan los estándares de desempeño y de calidad de servicios exigidos por la autoridad contratante. Lo que se considera una condición adecuada debe definirse en el contrato de APP, tomando en cuenta la devolución anticipada de activos debido a una TA, con estándares técnicos claramente mensurables. Los requerimientos aplicables a la reversión o transferencia del activo pueden describirse mediante estándares técnicos, que deben ser medibles para ser verificados de forma independiente. Para cumplir con estos requisitos, la parte privada deberá mantener la calidad del activo o tener en cuenta las reparaciones antes de la devolución.

Las TA resultan ser muy complejas para el sector público, y generan muchas dificultades ya que muchos de los bienes muebles e inmuebles no tienen derecho de propiedad definidos y causan dificultades al tratar de transferir la titularidad, lo que genera demoras en el proceso. Cuando los contratos se interrumpen prematuramente, el Estado tiene tres opciones principales: retomar la gestión del propio activo; licitar un contrato de obra pública tradicional; o licitar un nuevo contrato de APP, que puede incluir obras de gastos de capital adicionales, así como operaciones en curso. Esta transición es importante ya que afectará la continuidad de la prestación del servicio público y que muchas veces no se le da la consideración estratégica adecuada.

Un desafío identificado en los contratos APP es que los socios privados tienden a hacer el menor mantenimiento posible para reducir los costos, incentivados por motivos de maximización de ganancias. Tales desafíos resaltan la necesidad de estándares técnicos claros y medibles, así como protecciones contractuales adicionales diseñadas para proteger los intereses del gobierno (como cuentas de reserva de mantenimiento y otras garantías de desempeño). Para evitar la pérdida de valor de los activos y la disminución de la calidad de los servicios, los gobiernos deben buscar mecanismos que puedan proteger y facilitar la transferencia de estos. Los contratos de APP deben tener un estándar de devolución de activos claro y bien definido para minimizar la probabilidad de que el contratista los devuelva en una condición deficiente.

Este capítulo analiza la experiencia de la ANI en Colombia en la reversión de activos en contratos APP, enfocándose en los desafíos clave que no pueden pasarse por alto a la hora de estructurar contratos robustos. La ANI es una agencia estatal descentralizada, financiera y técnicamente autónoma del gobierno colombiano, pero adscrita al Ministerio de Transporte, y que tiene la responsabilidad de planificar, coordinar, estructurar, ejecutar, administrar y evaluar los proyectos

de concesión y cualquier otra APP que incluya aspectos de diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento. Junto con otras entidades gubernamentales como el Instituto Nacional de Carreteras (INVIAS) y la Autoridad de Aviación Civil de Colombia (Aerocivil), que pueden cumplir el rol de autoridades contratantes, han sido fundamentales para la madurez del programa de APP en el sector de transporte en el país.

3.1 Marco Normativo

De acuerdo con el marco regulatorio colombiano, los contratos de explotación o concesión de bienes del Estado incluyen un acuerdo que al final del plazo de la explotación y la concesión, los elementos y bienes directamente afectados pasan a ser propiedad de la entidad contratante, sin que esto involucre el pago de alguna compensación. Esta facultad excepcional está consagrada en los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y 31 de la Ley 1508 de 2012.

Sobre la base de estas leyes, la reversión de los bienes asociados a los proyectos APP se ha venido manejando desde la década de los años 1990. Sin embargo, han existido disputas con algunos contratistas que han dado lugar a litigios. Basada en estas experiencias, la ANI ha desarrollado un Manual de Reversiones que establece tanto el procedimiento como los documentos necesarios para hacer todos los procesos de reversión. Este manual tiene como objetivo, entre otros, presentar una guía clara y concreta, de tal manera que los conceptos y procedimientos sean entendidos por las partes, establecer los tiempos necesarios para el proceso de reversión de los proyectos, y unificar todos los procesos y estándares procedimentales de reversión para determinar una guía elemental de toma de decisiones¹².

3.2 Evolución Contractual del Programa Vial de Colombia

Cada programa de concesiones viales en Colombia tiene un número de generación dependiendo de la estructuración del modelo que se adoptó. En la primera generación en la década de los años 1990, se escribieron dos leyes importantes: la ley 80 de 1993 y la ley 105. Estas eran muy básicas con 6 artículos que referían a la prestación de servicios públicos de transporte a través de contratos de concesión. El diseño de la primera generación de concesiones viales se enfocó en concesiones de operación y mantenimiento de vías y usó como estructura de pago un ingreso mínimo garantizado. Uno de los hitos más relevantes del programa vial en Colombia, gracias a su éxito, ha sido hasta la fecha la cuarta generación (4G) de proyectos. Estos usan un modelo de contratación mucho más avanzado en sofisticación, que se basa en la ley 1508 de las APP con la cual el financiamiento recae en la responsabilidad del privado y pagado una vez que se entreguen las unidades funcionales de acuerdo con ciertos niveles de servicio predefinidos. La cuarta generación incluye alrededor de 27 proyectos que fueron adjudicados con una delimitación de riesgos muy detallados donde el gobierno asumió una porción menor de riesgos, y pagos por disponibilidad del servicio.

¹² “Manual de Reversiones.” 2019. Agencia Nacional de Infraestructura. Gobierno de Colombia.

De la misma manera, basado en las experiencias de las cuatro generaciones pasadas, hoy el gobierno de Colombia con el apoyo de la ANI ha desarrollado la nueva generación de concesiones viales 5G, en la cual ya se incluye una lista muy detallada en los contratos que definen la reversión de activos. En las plantillas de contratos ya desarrolladas, que incluyen las Condiciones de Operación y Mantenimiento, se dispone como bienes y elementos a ser revertidos los siguientes:

1. Predios de la zona de corredor del proyecto.
2. Obras civiles (calzadas, separadores, intersecciones, estructuras, obras de drenaje, obras de arte y señales).
3. Estaciones de peaje y sus equipos.
4. Estaciones de pesaje y sus equipos.
5. Centro de control de operación y sus equipos.
6. Bases de operación (uno o los que haya).
7. Áreas de servicio.
8. Todos los automotores destinados para la operación del proyecto.
9. Equipos instalados para la operación del proyecto.
10. Equipos y software de computación.
11. Equipos de telecomunicaciones.
12. Red de fibra óptica.
13. Equipos entregados a la Policía de Carretera.
14. Equipos de rescate.
15. Elementos de Traslado Asistencial Medico (TAM).
16. Cualquier otra obra o bien que forme parte de la Concesión¹³.

3.3 Elementos Claves Para Considerar

Basado en un análisis de seis proyectos manejados por la ANI que han presentado desafíos en el proceso de reversión de activos, a continuación, se presentan las dificultades más recurrentes.

Reversión de Predios de la Zona de Corredor del Proyecto

Uno de los elementos principales para considerar en un proceso de reversión son el traspaso de los predios de la zona del corredor del proyecto al Estado. Esto ha causado muchos conflictos entre el contratista y la autoridad contratante, como por ejemplo en los proyectos Vía al Puerto y Ruta del Sol II. El manejo de esta reversión ha venido evolucionando con el tiempo. En las primeras generaciones el Estado tenía la responsabilidad de entregarle al particular los predios, lo cual evidenció ser ineficiente. Esto llevo a que, en siguientes generaciones, se hagan modificaciones contractuales para asignarle la responsabilidad al contratista. En las 4G se incluyó en los contratos que durante los 5

¹³ En los contratos de APP en Colombia pueden incluir obras de carácter social que están vinculadas al contrato. Ese tipo de obras son parte de la concesión y deben de ser revertidas al final de los contratos.

primeros años de construcción el contratista debe adquirir los predios para los proyectos y en ese mismo tiempo entregar la titularidad a favor del estado.

A pesar de que el manejo de este proceso se mejoró para las 4G, se comprobó que aún era difícil para el contratista cumplir con este plazo. En las 5G la reversión legal de los predios es más flexible y trata de buscar un equilibrio, dando al contratista 5 años de plazo con la posibilidad que se extienda con una penalización sobre la base de descuentos proporcionales por disponibilidad.

Cesión de Licencias Ambientales

La cesión de licencias ambientales ha sido un problema en casi todos los proyectos que han tenido terminaciones abruptas. Según está prescrito en la Ley de Infraestructura (artículo 13, párrafo 3), la terminación anticipada implicará la subrogación de la entidad pública responsable en los derechos y obligaciones del titular de la licencia, los permisos o las autorizaciones ambientales.

Debido a la premura que conlleva la terminación anticipada de los contratos, este proceso se torna complicado. En el proyecto Ruta del Sol II no se encontraba determinada la figura jurídica, sea cesión o subrogación, respecto de la cual se entregaría la titularidad de las licencias ambientales a la ANI. En el proyecto denominado Adicional 13 a la Malla Vial del Valle del Cauca, también existieron dificultades en la cesión de las licencias ambientales, así como los costos asociados a las actividades pendientes.

Entrega de Bienes como Vehículos y Equipos

De acuerdo con el manual de la ANI, los vehículos que se utilizan para las vías (para la supervisión de la vía, policía de carretera, etc.) salvo de los de construcción (maquinaria pesada), son reversibles al estado ya que estos se cargan a los costos del proyecto y deben de ser revertidos en buenas condiciones. Un problema común es que los vehículos y equipos adquiridos para el proyecto estén bajo contratos de leasing, que al momento de una TA del contrato no están pagados en su totalidad. También, a pesar de que los bienes sean propios del proyecto, los trámites de traspaso suelen ser lentos y engorrosos. Este fue el caso del proyecto Vía al Puerto, en el cual el trámite de entrega de vehículos a nombre del INVIAS fue demorado, y en el proyecto Área Metropolitana de Cúcuta y Norte de Santander, donde el contratista del proyecto arrendó los vehículos de servicio cuando en la culminación del contrato se exigía su reversión.

Terminación de Contratos Comerciales y Vínculos Laborales con Trabajadores

En casos de TA, las repercusiones contractuales traspasan la relación directa entre la autoridad contratante y el contratista. También se afectan los contratos que el contratista celebró con empresas de servicios, empresas comerciales, y trabajadores. Si el proceso de terminación no es amigable y el contratista no se hace responsable, la terminación de estos contratos pasa a ser responsabilidad del Estado. En el caso del proyecto Ruta del Sol II, en el cual el consorcio encargado de desarrollar el proyecto estaba encabezado por la empresa brasileña Odebrecht, hubo múltiples problemas relacionados con estos contratos. Los documentos que acreditaban la terminación de los Contratos Comerciales no se encontraron, lo cual dificultó el cese de la

explotación comercial por parte de las empresas comerciales. Tampoco se pudo determinar la terminación del vínculo laboral de los trabajadores de la empresa contratada y de su Constructor (CONSOL). A raíz de esto el Estado ha recibido alrededor de 1.500 demandas por la terminación de este contrato.

Títulos Mineros

Similar a las licencias ambientales, la Ley de Infraestructura determina la subrogación de los títulos mineros obtenidos para el proyecto. En el proyecto de Ruta del Sol II, la empresa contratada para desarrollar el proyecto (Ruta del Sol S.A.S.) solicitó varios títulos mineros de explotación de materiales para las obras. Estos no se habían cancelado y la responsabilidad se trasladó al Estado.

Compromisos de Compensación Social

Para desarrollar proyectos viales se intervienen áreas comunitarias que se encuentran en la zona del corredor. Durante este proceso de intervención, los concesionarios/contratistas APP adquieren compromisos con la comunidad de restablecer sus condiciones en otros lados. Estos suelen quedar inconclusos en eventos de TA, como ha sido en el caso del proyecto Ruta del Sol II. Por este motivo para los proyectos 5G en los contratos se incluirán como bienes a ser revertidos este tipo de compromisos.

Capítulo 4 – Cálculos de la Restitución y Compensación por TA de Contratos APP: Un Análisis Integral de las Metodologías Existentes

4.1 Introducción

En la eventualidad de una TA de un contrato APP, independientemente de la causa, la autoridad contratante recibe un activo que tiene un valor determinado en cuya financiación no ha participado. Por consiguiente, para evitar un enriquecimiento ilícito debe existir un tipo de restitución o compensación al contratista y teniendo en cuenta que en casos donde el culpable de la TA es la administración, existe un lucro que el privado ha dejado de percibir por causas ajenas a su desempeño.

La TA puede ocurrir en cualquier momento de la vida del contrato por numerosas razones que se pueden agrupar en tres tipos de causas.

1. Causas Imputables a la Autoridad Contratante: Por incumplimiento de la administración, por interés público, voluntaria o unilateral
2. Causas Imputables al Socio Privado: Por incumplimiento del contratista APP (esto se puede dar por razones de Quiebra, no consecución de la financiación, penalizaciones reiteradas, etc.)
3. Fuerza Mayor: Por cualquier evento imprevisible que imposibilita el cumplimiento del contrato APP

4.2 Como Se Regula

Las regulaciones de restitución y compensación por TA varían entre países y regiones en cuanto a la extensión de las reglas y el proceso de desarrollo. En Europa no todos los países tienen una legislación APP propia. Existen una serie de directivas emitidas por la Unión Europea¹⁴ que regulan este sector y que sirven como guía para los países que quieran incorporarlas a su propia legislación. El último paquete de directivas (emitido en el año 2014) busca tres grandes objetivos: (1) simplificar los contratos APP; (2) dar flexibilidad para que cada país/contrato pueda incorporar temas críticos que afectan la bancabilidad de los proyectos; y (3) dar seguridad jurídica. Sin

¹⁴ Directive 2014/24/EU on public procurement; Directive 2014/25/EU on procurement by entities operating water, energy, transport, and postal services sectors; Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts.

embargo, en lo que se refiere a estas directivas no hay una concreción de como calcular la restitución y compensación por TA, ni tampoco se contempla que haya una TA por aquellos casos que sean culpa del contratista. Lo que se da a entender es que debe haber una restitución en los casos que así lo decida la administración y por casos de fuerza mayor, y no hay una concreción clara de si el contratista APP tuviera que recibir esa compensación.

Existe además una guía para el tratamiento estadístico de las APP publicada por Eurostat,¹⁵ donde se regula el impacto en la contabilidad nacional de las APP, lo que incluye la restitución y compensación por TA. Hay que tener en cuenta que los efectos de estos cálculos, incluida cualquier garantía de pago que pueda existir, pueden llevar a que el proyecto se compute dentro del balance de la administración y se registre como deuda nacional.

A diferencia de Europa, en ALC la mayoría de los países tienen su propia legislación sobre APP. Estas, en su mayoría, sí regulan los casos en que debe haber una restitución o compensación por TA e incluso existen casos en los cuales se cuantifica cómo se debe establecer (México, El Salvador, Costa Rica, Panamá, República Dominicana, Colombia, Venezuela, Brasil, Chile, y Paraguay). En otros casos simplemente se señala que hay que hacer un pago por terminación anticipada y no se regula el cálculo (Bahamas, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Ecuador, Perú, Argentina, y Uruguay). Y en la minoría de casos no hay ninguna mención al tratamiento de esta restitución o compensación por terminación anticipada (Barbados y Trinidad y Tobago).

¹⁵ "A guide to the statistical treatment of PPPs." 2016. European Development Bank and Eurostat.

• **Gráfico 1 – Legislación de la Restitución o Compensación por TA en ALC**



4.3 Principales Métodos de Cálculo de Restitución y Compensación

Existen tres grandes métodos de cálculo de la restitución/compensación que se usan tanto en ALC, como Europa y otros países. En un contrato APP estos métodos se pueden combinar en función del momento y la casuística de la TA. A continuación, se detallan cada uno de ellos.

Valor Contable (Book Value)

Este método que lleva muchos años de uso y es clásico de los contratos APP, toma como referencia para el cálculo de la restitución y compensación el valor contable de las inversiones, menos la depreciación de los activos. Según ese valor se reducen las subvenciones en caso de que estas hubiesen sido otorgadas por la administración. Si la TA es durante la construcción, el pago es igual al avance real del proyecto en ese momento.

Basado en Financiamiento (Financing Base)

El método Basado en Financiamiento (*Financing Base*) está orientado a la financiación del proyecto. Se toma como referencia para el cálculo de la restitución y la compensación el saldo impago de las deudas en el momento de la TA. En algunos casos, y dependiendo de la causa de la TA, se le puede aplicar una deducción a este valor por daños y perjuicios. Cuando la causa

de la TA no es imputable al contratista APP, también se incluye el capital de riesgo (*equity*) en la cuantificación de la compensación.

Valor de Mercado (Market Value)

Este método de restitución y compensación es uno de los más recientes, donde se toma como referencia el importe que estaría dispuesto a desembolsar un nuevo contratista APP si se vuelve a licitar el contrato. El resultado de la mejor oferta (menos costos de licitación para la autoridad contratante) es el resultado del pago de la restitución o compensación. Este cálculo viene basado por el valor de mercado en una subasta de distintos licitadores, y se compensaría como indemnización al socio privado/contratista APP el pago que indicara el mercado.

Otros Métodos

Los siguientes métodos son casos particulares que sirven como ejemplos de diferentes enfoques. Sin embargo, no corresponden a prácticas internacionales habituales.

- **Ventanas de Rescate:** la Administración se reserva el derecho de resolver unilateralmente el contrato APP en momentos concretos del contrato denominados “ventanas.” El importe de esta restitución o compensación lo define el Contratista APP en su oferta y es una variable de oferta.
- **Modelo Chileno:** la restitución o compensación por la TA es igual a la diferencia entre el valor teórico de los ingresos definidos en la oferta menos los ingresos realmente percibidos hasta el momento de la TA. Al aplicar este método, el importe de los ingresos percibidos en concepto de una TA se (utilizarían como restitución al contratista) actualiza al momento de que esta suceda.
- **Importe Máximo de Rescate:** la restitución por TA es igual al valor patrimonial de las inversiones (expropiaciones, obras de construcción y bienes inmuebles) neto de las amortizaciones hasta la TA. Este método se asemeja al método de Valor Contable (*Book Value*) con la particularidad que el importe máximo de la restitución queda limitado al importe definido en el contrato APP.

4.4 Ventajas y Desventajas de los Métodos de Valoración

Cada una de las metodologías tiene ventajas y desventajas, ya que no hay un sistema perfecto o una metodología que sea mejor que otra. Muchos contratos APP carecen de transparencia y claridad, por lo cual es importante tener reglas claras para que luego cada administración pueda elegir entre un método u otro que se acople mejor a su realidad. La siguiente tabla presenta un análisis de los pros y contras de las diferentes metodologías, y algunos puntos claves para tener en cuenta a la hora de evaluar cuál es el método más adecuado.

• **Tabla 1 - Ventajas y Desventajas de los Métodos de Valoración**

Valor Contable (Book Value)		
Ventajas <ol style="list-style-type: none"> 1. Es un cálculo simple y claro basado en una amortización lineal. 2. Permite proyectar una estimación precisa de su valor a lo largo del contrato mejorando la bancabilidad. 	Desventajas <ol style="list-style-type: none"> 1. Puede causar problemas de interpretación contables según método de registro (Activo Financiero, Intangible). 2. El valor contable del activo puede no corresponderse con su valor real, dando lugar a un pago superior o inferior al que realmente corresponde. 3. El valor contable no recoge el lucro cesante de la compensación por causas ajenas al contratista. 4. No garantiza el repago de la deuda 	Puntos Claves para Tener en Cuenta <ul style="list-style-type: none"> • Es habitual añadir el lucro cesante en TA por causas ajenas al desempeño del contratista. • La inversión debe incluir todos los costos necesarios para la puesta en operación de la infraestructura, incluidos los costos intercalares. • Tras una revisión del estado de la infraestructura se detrae de la restitución/compensación el costo que supondría entregarla en perfecto estado.
Basado en Financiamiento (Financing Based)		
Ventajas <ol style="list-style-type: none"> 1. Garantiza el repago de la deuda en cualquier escenario y momento, aumentando la bancabilidad del contrato APP. 2. Es un cálculo simple y fácil de aplicar y permite proyectar su evolución futura para mejorar la bancabilidad. 	Desventajas <ol style="list-style-type: none"> 1. El importe de la restitución es mayor cuanto más apalancado esté el proyecto, lo cual puede resultar un incentivo a aumentar el riesgo. 2. En términos de contabilidad nacional, se puede entender cómo este método garantiza la deuda y por lo tanto la consolide (según Eurostat, se entiende que esto ocurriría sólo en casos imputables al contratista). 	Puntos Claves para Tener en Cuenta <ul style="list-style-type: none"> • Requiere detalle sobre cómo estimar el lucro cesante en caso de TA por parte de la administración. • Hay necesidad de incluir todos los costos relacionados con la amortización anticipada de la deuda. • En TA por causa del contratista APP, para evitar un enriquecimiento injusto de la administración, sería necesario contemplar el repago del capital de riesgo (equity) en la compensación.
Valor de Mercado (Market Value)		
Ventajas <ol style="list-style-type: none"> 1. No hay un contingente para la Administración. El proyecto no se consolida en la contabilidad nacional (salvo obligación expresa de pago de la administración en caso de no existir un comprador en mercado) 2. Método más ajustado a la realidad económica del proyecto. 	Desventajas <ol style="list-style-type: none"> 1. Importe de la restitución es difícil de estimar a priori, lo que genera incertidumbre en los patrocinadores y los financiadores. 2. El repago de la financiación no está asegurado, lo que puede derivar en un impacto negativo en la bancabilidad. 3. Puede crear complicaciones con el calendario de ejecución del proyecto. 	Puntos Claves para Tener en Cuenta <ul style="list-style-type: none"> • En caso de aplicar este método en un evento de TA por causas no imputables al contratista APP, no deberían repercutir en él los costos de la nueva licitación. La autoridad contratante deberá valorar e incluir en la compensación algún mitigante en relación con el repago de la deuda viva, junto con sus costos por prepago y demás costos directamente vinculados a la TA.

4.5 Certeza en el Cálculo de la TA

Tanto las metodologías de valoración como las reglas, la claridad, y la certeza de cada una de ellas son importantes ya que pueden tener un impacto en función de los diferentes actores que participan de un contrato APP. En el caso de la administración pública, el tener que pagar una restitución o compensación por una TA, ya sea esta por culpa de la autoridad contratante o del contratista APP, puede suponer el desembolso de una cantidad muy importante. Esa cantidad puede tener un impacto significativo en los presupuestos públicos, y por lo tanto, es necesario tener en cuenta ese pago como un pasivo contingente. Es importante tener un monitoreo regular de ese pago, para evitar lo que podrían ser sorpresas que podrían afectar la solidez del presupuesto fiscal del Estado.

Por el lado del contratista APP, la certeza y la claridad de tener reglas sobre la TA tiene un impacto directo en la recuperación de su inversión. El socio privado está invirtiendo con su capital y por tanto debe tener certeza en el caso de una terminación en cualquier tipo de escenario. Si hay reglas claras a la hora de licitar el contrato, habrá un efecto positivo del contratista APP a la hora del presentar ofertas, y por tanto el costo a la administración será menor.

En el lado de las entidades financieras, la restitución o compensación por TA es factor clave en la bancabilidad de los proyectos APP. Las entidades financieras por lo general realizan análisis económico-financieros que incluyen el pago por terminación. La certeza en el proceso ayuda a que se puedan mejorar los plazos de financiamiento, las condiciones, y el precio, lo que resulta en proyectos más bancables y mejores condiciones financieras.

4.6 Otras consideraciones y posibles mejoras

Las metodologías de valoración ya establecidas pueden presentar muchas inconcreciones. Existen ciertos aspectos que no están cubiertos y que dejan vacíos en la mayoría de las legislaciones y contratos APP. A continuación, se muestra una lista de consideraciones y posibles mejoras que los responsables de la formulación de políticas y la toma de decisiones deben tener en cuenta al valorar el cálculo de la restitución y compensación por eventos de TA.

Consideraciones

1. Falta de claridad en lo relativo a daños y perjuicios en los casos de TA por causas imputables a la autoridad contratante: no existe una dirección clara de cómo estos se calculan a pesar de que afectan no solo al contratista APP, sino a todos los contratistas que han adquirido compromisos para desarrollar el proyecto. En estos casos se puede considerar el reconocimiento de algún tipo de lucro cesante para el contratista APP y aquel contratista que esté haciendo una parte concreta de ese contrato.
2. Poca o nula concreción sobre el efecto de la ejecución de garantías y liquidaciones de pólizas de seguros: en el momento de la TA del contrato, se pueden ejecutar pólizas y seguros que de cierta manera cubren determinados eventos. Si se recibe ese pago, se debería analizar de dónde se descuenta y quién recibe esos importes.

3. Saldo de caja en cuentas del proyecto: la mayor parte de los contratos APP exigen que se guarde en unas cuentas especiales (como son la cuenta de reserva del servicio a la deuda, cuenta de reserva de mantenimiento mayor, y cuenta para la operación y mantenimiento) flujos de ingresos que tratan de mitigar el riesgo de incumplimiento de obligaciones contractuales durante la vida del proyecto. Estos saldos deben de ser contemplados durante el cálculo de restitución y compensación, al igual de quien recibirá estos importes.
4. Saldos pendientes de liquidar y reclamaciones/compensaciones de terceras partes: de igual manera se deben tener en cuenta en el cálculo de restitución y compensación los compromisos que tengan proveedores y acreedores, o cualquier otro contratista que tenga el contratista APP en ese momento.
5. Indefinición en el proceso de pago: una vez que se determina el importe de esa restitución o compensación, es importante considerar cuál es el proceso y los plazos para pagar, determinar si hay uno o varios pagos, si existen plazos máximos, o si hay posibilidad de que se pueda ralentizar el pago de esta restitución/indemnización, teniendo en cuenta todas las consecuencias que esto pueda ocasionar a la operación y el mantenimiento de la infraestructura.

Posibles Mejoras

1. Definición de los importes de la compensación (en caso de la decisión de la Administración): de esta manera se lograría limitar la contingencia para la administración, dando claridad a los importes necesarios en cada año. Esto ayuda a limitar la incertidumbre de los inversionistas privados y las entidades financieras, y da una flexibilidad que permite llevar a cabo los ajustes del importe sobre la base de la situación particular del proyecto.
2. Definición en el pliego de un pago máximo: de esta manera se limita la posible contingencia de la administración. Esto puede dar certeza a las partes al saber el importe máximo/mínimo que pueden recibir/pagar. A pesar de que esta es una posible mejora, se debe tener en cuenta una repercusión negativa si el contratista APP y las entidades financieras lo consideran insuficiente.
3. Mejora de la bancabilidad del proyecto: se puede lograr obtener mejores condiciones financieras dándole prioridad y claridad en el cobro a las instituciones financieras, otorgando derechos de intervención (step-in rights) a los bancos, acotando importes totales de penalidad para que los financiadores tengan visibilidad cierta de cuáles son las restituciones o compensaciones en cada momento, o dando claridad a los costos de la interrupción de la financiación.
4. Dotación de Cuentas de Reserva: incluir saldos o la dotación de cuentas de reservas de tal manera que se reduzca el posible riesgo de que la reversión de las infraestructuras en el momento de la terminación anticipada no sea la adecuada y que permita continuar con la operación.
5. Procedimiento y Calendario de pagos: dar claridad sobre el procedimiento para estimar este cálculo de la restitución y compensación, y establecer un calendario de pagos en los pliegos.

Principales Conclusiones

La terminación contractual de los contratos de APP tiene importantes implicaciones para las autoridades gubernamentales, los socios privados y los usuarios que dependen de la calidad y continuidad de un servicio público. En esta Nota de Discusión hemos analizado en profundidad elementos claves que dan forma a la definición y la gestión de la terminación de contratos, con el objetivo de aportar claridad sobre el tema y desarrollar mensajes claves que puedan ayudar a los tomadores de decisiones, tanto del sector público como del privado, a abordar mejor este tema en miras del mejor desarrollo de sus proyectos y programas de APP.

A continuación, presentamos a modo de viñetas las principales conclusiones que nos deja cada tema del análisis.

Las Reglas y Procedimientos

- Las leyes que regulan el proceso de terminación varían entre países en función de su sistema legal, la existencia de una ley de APP, la efectividad de las regulaciones, y la madurez de los mercados de APP.
- En la región de ALC, las reglas de terminación se originan a partir de hipótesis similares. La diferencia entre países radica en el nivel de detalle que cubre cada una, la sofisticación de los procesos y la disciplina de cómo calcular la restitución y compensación al socio privado en el caso de una terminación anticipada del contrato.
- Las reglas y los procesos que se desarrollan sin ambigüedades y son transparentes tienen efectos positivos para todas las partes interesadas. Entre otras cosas, pueden ayudar a reducir las pérdidas en contratos a largo plazo que ya no son viables; pueden reducir los comportamientos oportunistas de los socios privados y las autoridades contratantes que pueden buscar una salida contractual que favorezca su posición; y atraer instituciones financieras que quieran cuantificar financieramente la exposición de sus inversiones.
- En un análisis comparativo en seis países a nivel global, las causas que generan un evento de TA en diferentes escenarios (por factores imputables al contratista APP o a la autoridad contratante, por razones de interés público, cancelación contractual, o fuerza mayor) son generalmente similares, y tienen hipótesis parecidas que enmarcan la motivación de dicho evento. Existen diferencias en el nivel de detalle, donde en algunos contratos el uso de cláusulas generales catch-all es un recurso común.
- La mayoría de los países analizados tiene un derecho contractual que permite a la autoridad contratante, de una forma u otra, declarar disuelto un contrato independientemente de la causa. En los casos de TA por incumplimiento de la autoridad contratante, el contratista APP no siempre tiene derecho a declarar terminado el contrato. En Brasil, por ejemplo, esto depende de la interposición de una demanda.
- Si bien los procesos varían según el país, la jurisdicción legal y la causa de rescisión, existen mejores prácticas que se aplican comúnmente, como la obligación de comunicar por escrito

a la parte culpable del incumplimiento contractual encontrado, dando la oportunidad de remediación.

Quién Participa del Proceso

- La buena gobernanza de los contratos de APP conduce a proyectos con asignaciones de riesgo adecuadas, donde estos se dividen o comparten entre las partes contractuales que tienen la mejor capacidad para gestionarlos.
- Un marco de gobierno transparente con instituciones que tienen roles y responsabilidades claras es clave para gestionar adecuadamente la terminación y justa restitución/compensación de las partes involucradas. Esto se debe a que la rescisión de un contrato tiene consecuencias legales que pueden ir más allá de la estructura de gobierno de las APP.
- El grado de éxito que los países pueden tener en el desarrollo de APP está altamente correlacionado con la fortaleza de sus instituciones y los marcos establecidos responsables de la gobernanza, el desarrollo y la gestión de los contratos.
- Un desafío institucional común es la falta de transferencia de información y experiencia entre los equipos que desarrollan las APP y los equipos que administran los contratos.
- Otro desafío clave es la falta de estandarización entre países, y en ocasiones entre gobiernos subnacionales, sobre quién participa en la gestión y resolución de un proceso de terminación de contrato y en qué capacidad.
- La interrupción del servicio es una de las principales consecuencias negativas de la terminación anticipada de los contratos de APP. Desde el nivel institucional, se debe considerar la celeridad en la gestión de los procesos y el efecto en los usuarios, ya sea buscando resoluciones que no detengan la prestación del servicio u ofreciendo una alternativa temporal.
- Existen mecanismos institucionales que pueden ayudar a fortalecer el proceso administrativo. Es importante contar con un proceso administrativo previamente estructurado en la ley o en el contrato, que aborde la terminación de un contrato, e indique las medidas necesarias que se deben tomar si se materializa. Algunos de estos mecanismos institucionales incluyen el arbitraje, la mediación, las juntas de solución de diferencias, y las entidades de control, que puede brindar tranquilidad al proceso y garantizar una buena gestión de los contratos.
- La corrupción en las APP puede tener costos negativos para la sociedad y una desaceleración del desarrollo económico ya que implica la inmovilización de un número importante de obras. Los instrumentos internacionales de anticorrupción se basan en el principio de Tolerancia Cero, en el que se plantea como una herramienta la apelación de nulidad y nulidad del contrato como sanción en caso de un acto de corrupción. Sin embargo, sería apropiado analizar opciones más equilibradas que combinen sanciones personales y materiales contra los responsables del acto corrupto, pero al mismo tiempo garanticen la continuidad del proyecto.

Reversión de Activos

- Ya sea al final de su vigencia o en casos de rescisión anticipada, en la mayoría de los contratos de APP el socio privado tiene la obligación de devolver el bien público en cuestión en condiciones adecuadas a la autoridad contratante. Lo que se considera una condición adecuada debe estar definido en el contrato de APP, con estándares técnicos claramente medibles.
- En los casos de terminación anticipada, el proceso de reversión de activos suele ser complejo para el sector público, lo cual genera muchas dificultades ya que muchos de los activos tangibles e intangibles no tienen derechos de propiedad definidos y pueden causar dificultades al intentar transferirlos.
- Un desafío principal identificado en los contratos APP es que los socios privados tienden a realizar el menor mantenimiento posible para reducir los costos, incentivados por razones de maximización de ganancias. Los contratos de APP deben tener un estándar de retorno de activos claro y bien definido para minimizar la probabilidad de que el contratista los devuelva en malas condiciones.
- Uno de los principales elementos para considerar en un proceso de reversión es la transferencia legal al Estado de los terrenos intervenidos para el proyecto. La experiencia en Colombia en el programa de concesiones viales muestra que esto ha causado muchos conflictos entre el contratista del proyecto y la autoridad contratante. En el nuevo modelo de concesión 5G, la reversión de los predios de la zona del corredor del proyecto es flexible y busca un equilibrio, otorgando al contratista cinco años de plazo para hacer el traspaso, con la posibilidad de prórroga bajo una modalidad por penalización que tiene descuentos proporcionales por disponibilidad.
- La transferencia de licencias ambientales a la autoridad pública es un problema común, especialmente en proyectos que han tenido terminaciones abruptas. Debido a la prisa que implica la rescisión anticipada de los contratos, este proceso puede volverse complicado y engorroso.
- Otro problema común es el estado y la entrega de bienes, como vehículos y equipos, a la autoridad contratante. Aparte del estado en que se encuentran los bienes, otro problema común es que los vehículos y equipos pueden adquirirse para el proyecto mediante contratos de arrendamiento, lo que puede generar complicaciones en el momento de una rescisión anticipada del contrato.
- Otros temas difíciles de reversión pueden incluir la terminación de los contratos comerciales y los vínculos laborales con los trabajadores, la transferencia de títulos mineros y el cumplimiento de los compromisos de compensación social.
- A partir de las experiencias desarrolladas en el programa de concesiones viales en Colombia, la ANI ha desarrollado un Manual de Reversión que establece tanto el procedimiento como los documentos necesarios para llevar a cabo todos los procesos de reversión. Este manual tiene como objetivo, entre otros, presentar una guía clara y concreta, de tal manera que los conceptos y procedimientos sean entendidos por las partes, establecer los tiempos necesarios para el proceso de reversión del proyecto y unificar todos los procesos y estándares.

Cálculos de la Restitución y Compensación por TA

- No existe un método de cálculo perfecto. De las tres metodologías básicas (Valor Contable, Basado en Financiamiento, y Valor de Mercado), cada una tiene sus ventajas y desventajas. Una se basa en el pasado, otra en el futuro y la tercera en la estructura de financiación.
- El aspecto clave para la bancabilidad en una APP es la claridad y máximo detalle en el contrato y en la ley general sobre cuantificación y plazo de pago de la restitución y compensación para todos los casos de rescisión anticipada que se contemplen.
- En algunos casos, la renegociación de un nuevo contrato entre la administración y los patrocinadores y entidades financieras puede ser una alternativa más barata y eficiente al pago por restitución/compensación.
- El lucro cesante debe considerarse siempre como la posibilidad de que la TA pueda deberse a causas no imputables al contratista APP.
- Es necesario conciliar el conflicto de intereses que se genera entre la administración las entidades (Bancabilidad versus Consolidación).
- Todas las causas de rescisión anticipada deben evaluarse entre la ley y el contrato, y es importante que la nulidad contractual esté incluida en la ley.
- Posibilidad de crear "ventanas de rescate" en el contrato previamente aceptado por el sector Público y Privado para dar visibilidad a cálculos y procedimientos.

Anexos

Ejemplos de Reversión de Activos en Proyectos en Colombia

IP VÍA AL PUERTO - 4G



Alcance físico: 111 km de longitud
Fecha de Reversión: 28 de Marzo de 2019

FORTALEZAS

1. El concesionario cumplió con todos los formatos y procedimientos establecidos en la ANI, para la entrega de la infraestructura dentro de los tiempos estipulados en el contrato.

DIFICULTADES

1. Cesión y/o subrogación de licencias ambientales dado que el concesionario alegaba que era subrogación y la ANI y el INVIAS que era cesión pero este último presenta muchos problemas para el recibo de las mismas
2. Demora en el trámite de entrega de vehículos a nombre del INVIAS,
3. Los problemas presentados fueron por parte del INVIAS.



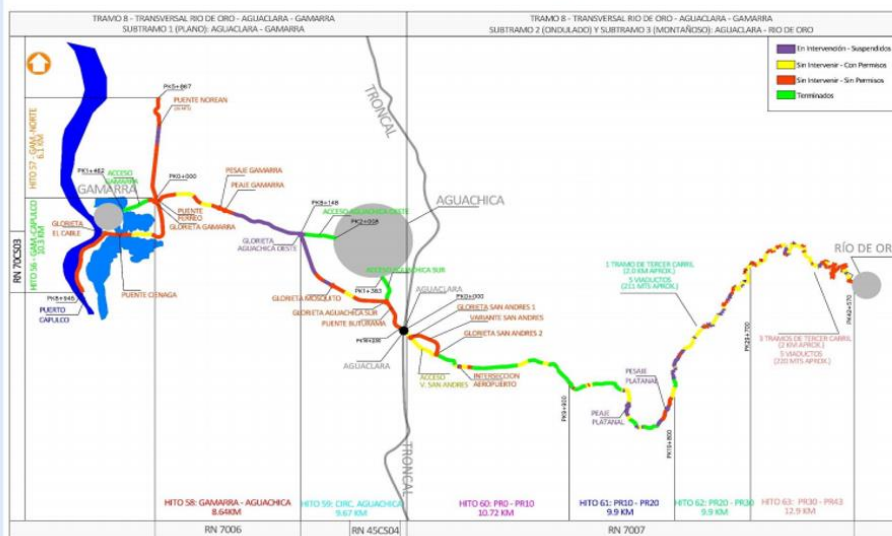
La movilidad es de todos

Mintransporte

Ruta del Sol II



Ilustración 2-12 Mapa temático estado de ejecución Transversal



Fecha de Reversión: 20 de Octubre de 2017
Alcance físico: 510 km de longitud



La movilidad es de todos

Mintransporte

Ruta del Sol II



DIFICULTADES

1. La mayoría de los bienes a revertir como vehículos, bienes inmuebles y equipos se encontraban sin titularidad a favor de la Nación
2. No se encontraba determinada la figura jurídica respecto de la cual se entregaría la titularidad de las Licencias Ambientales a la ANI, si bajo la figura de Cesión o de Subrogación
3. No se encontraron los documentos que acreditarán la terminación de los Contratos Comerciales, suscritos por parte de la Concesionaria con particulares para la explotación Comercial
4. No se habían cancelado los títulos mineros que se encontraban en cabeza de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S
5. Los compromisos de compensación social adquiridos por la Concesionaria quedaron inconclusos
6. No pudo determinarse en el momento de la Reversión el monto total del pasivo de la Concesionaria.
7. No se pudo determinar la terminación del vínculo laboral de los trabajadores de la Concesionaria y de su Constructor – CONSOL.
8. No se pudo establecer en el momento, la gestión y adquisición predial adelantada por el Concesionario
9. Al momento de entrar a verificar la idoneidad del Representante Legal del Concesionario para el momento de suscripción del Acta de Reversión porque el Certificado de Representación Legal no se encontraba actualizado.
10. No se pudo verificar el estado y documentación en los que se encontraban los vehículos y maquinaria a revertir a favor de la Nación.

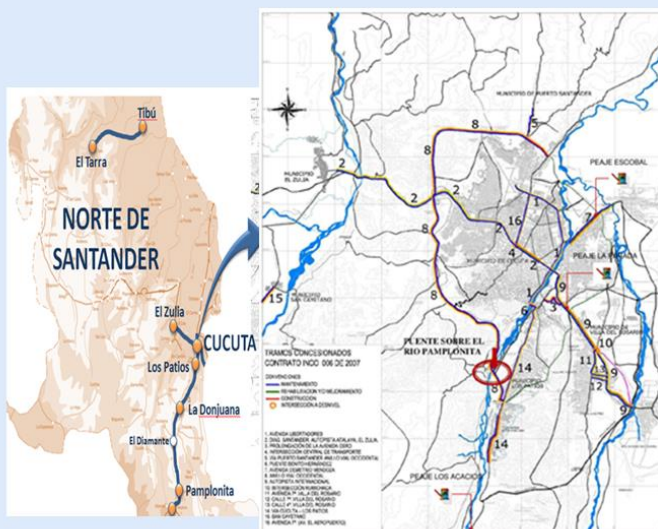


La movilidad
es de todos.

AREA METROPOLITANA DE CÚCUTA Y NORTE DE SANTANDER – 1G



Alcance físico:
208,13 km de
longitud
Fecha de
Reversión: 30 de
Julio de 2019



La movilidad
es de todos

ÁREA METROPOLITANA DE CÚCUTA Y NORTE DE SANTANDER – 1G

DIFICULTADES

1. Devolución de vehículos destinados al servicio de la concesión al momento de la reversión, según clausulado del contrato (apéndices), en donde se establece la posibilidad de subarrendar dichos vehículos (carro grúas, ambulancias, carro talleres etc) para la prestación de esos servicios, pero a la culminación del contrato se exige su devolución
2. Requerimiento por parte de las entidades a quienes se les hace la reversión de la infraestructura de mayores especificaciones técnicas de las vías, sin tener en cuenta el alcance básico contratado
3. La exigencia por parte de entidades como INVIAS de realizar el proceso de reversión con otros procedimientos a los establecidos en el manual de reversión de la ANI (solicitan además el diligenciamiento de formatos de INVIAS)
4. Se sugiere simplificar los trámites de reversión, optándose por la suscripción de actas tripartitas en donde se reciba la infraestructura del concesionario y en la misma acta se proceda a la entrega a la entidad respectiva, la suscripción de actas independientes hace lento y engorroso el trámite.



La movilidad
es de todos

Mintransporte

MALLA VIAL DEL META – 4G



FORTALEZAS

Se planeo la reversión por sectores, unos fueron integrados a nuevos proyectos que se estructuraron, y los otros al INVIAS con tiempo suficiente para levantar y revisar los inventarios

Los expedientes ambientales se habían cerrado en su totalidad.

Alcance Físico: 188,3 km de longitud

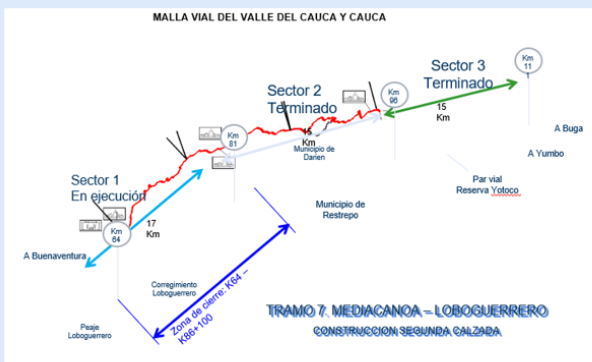
Fecha de reversión: 9 de junio de 2015 y 8 de septiembre de 2015.



La movilidad
es de todos

Mintransporte

ADICIONAL 13 AL CONTRATO No.005 de 1999



Alcance Físico: 47 km de longitud

Fecha de reversión: 24 de febrero de 2017.

FORTALEZAS

Los sectores 2 y 3 del tramo 7 objeto de este adicional, luego de la declaratoria de nulidad se integraron al proyecto Vía al Puerto el 24 de febrero de 2017

DIFICULTADES

1. No hay cierre de expedientes ambientales
2. Dificultades en la sesión de las licencias ambientales, así como los costos asociados a las actividades pendientes
3. Obsolescencia de algunos equipos
4. En el adicional 13 se encontró que la terminación abrupta del contrato, generó dificultades porque la vía no estaba en el óptimo estado para ponerla a disposición de los usuarios.



La movilidad
es de todos

Mintransporte

Ejemplos de Cálculo de las Restitución/Compensación por Terminación Anticipada

Ejemplos de regulación en contratos

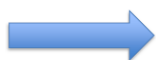
Proyecto L6 Metro Sao Paulo Brasil

Causas imputables al Concesionario

Contrato
Financing Based
<div>+</div> El pago deberá contemplar prioritariamente el valor de la cantidad no amortizada de los pagos de los créditos contraídos por el Concesionario
<div>-</div> Indemnizaciones y pagos causados a terceros como resultado de la TA
<div>-</div> Multas, indemnizaciones y cualquier otro pago debido por la Concesionaria a la Autoridad Contratante

Administración/Razones de interés público

Contrato
Book Value
<div>+</div> Valor de las inversiones vinculadas a bienes reversibles no depreciados ni amortizados
<div>+</div> Indemnizaciones y pagos causados a terceros como resultado de la TA
<div>-</div> Multas, indemnizaciones y cualquier otro pago debido por la Concesionaria a la Autoridad Contratante



Diferentes métodos de valoración dependiendo de la causa de la TA

Ejemplos de regulación en contratos

Ferrocarril Central Uruguay (i)

Causas imputables al Concesionario

Contrato
Book Value
+ Inversión no amortizada del Precio Final Reconocido* aplicando amortización lineal
- Coste de reparaciones necesarias
- Adelantos financieros aportados por la Autoridad Contratante
+ Coste de los intereses incurridos hasta la puesta en servicio
+ Coste de la estructuración de la deuda y comisión de disponibilidad
- Daños y perjuicios (70 veces el valor del PPD máximo diario en operación y 180 en construcción)

Fuerza Mayor (operación/construcción)

Contrato
Book Value
+ Inversión efectivamente realizadas, menos lo abonado como adelanto financiero al Pago por Disponibilidad.

*Valor de la inversión reconocido por la Administración al finalizar la fase de Construcción

Causas imputables a la Administración

Contrato
Book Value
+ Inversión no amortizada del Precio Final Reconocido aplicando amortización lineal
- Coste de reparaciones necesarias
- Multas y gastos y penalizaciones ejecutadas a partir de la garantía de fiel cumplimiento
+ Inversiones adicionales necesarias no remuneradas, si las hubiera
+ Daños y perjuicios (70 veces el valor del PPD máximo diario en operación y 180 en construcción)

➔ *Misma compensación por daños y perjuicios en ambos casos, a favor de la Administración o del Concesionario en función de la causa de la TA*



Ejemplos de TA materializadas

Financing Based

Ruta del Sol II - Colombia	
Descripción	Construcción de una autovía
CAPEX	USD 1.200 M
Causa TA	Incumplimiento del concesionario (corrupción de Odebrecht)
Imputable a	Administración
Método	Financing Based (totalidad de la deuda + 70% del equity)
Cuánto	USD 64 M (equity) + USD 370 M (deuda)
Cuando	Hasta 1 año tras la liquidación
Cómo	Varios pagos (a acreedores comerciales y accionistas)



Ejemplos de TA materializadas

Valor neto contable

Radiales de Madrid y otras carreteras bajo APP (9 en total) - España

Descripción	Construcción de nuevas carreteras
CAPEX	USD 7.250 M
Causa TA	Sobrecostos de obra y de expropiaciones, menor tráfico y en consecuencia no refinanciación (mini-perm).
Imputable a	Concesionario
Método	Valor neto de los activos
Cuánto	USD 4.000 M (estimación Concesionarios) VS USD 2.000 M (estimación Administración).
Cuando	6 meses desde liquidación del concesionario (aún pendiente).
Cómo	Pago único



Ejemplos de otros mecanismos regulados en contratos

Proyecto RED Aragón

Resolución por declaración de la Administración

Contrato
<p>Rescate</p> <p>La Administración se reserva el derecho de resolver unilateralmente el contrato de concesión en los años 10, 15, 20 y 25 del contrato, en caso de efectuarse, la Concesionaria tendrá que ser avisada un año antes.</p> <p>+ El importe de esta compensación en cada momento será aquel que haya expresado el Concesionario en la oferta (no se define ningún límite ni criterio para establecer este importe).</p> <p>El importe definido por el concesionario es una variable de oferta de la licitación.</p> <p>➔ En el resto de casos la compensación por TA se calcula de acuerdo a lo definido en la legislación vigente (LCSP) → Book Value + Lucro Cesante (por causas imputables a la Administración)</p>

