

Reflexiones sobre la importancia de la gestión de contratos APP y sus posibles carencias en la región

José Ernesto Yitani
Andrés Rebollo
Ana Cristina Peña
Gabriel Gracindo
Angel Trinidad Martinez Arboleya
Mateo de los Rios
Patricia Benavente Donayre
Rogério Princhak

Vicepresidencia de Países

DOCUMENTO PARA
DISCUSIÓN N°
IDB-DP-907

Reflexiones sobre la importancia de la gestión de contratos APP y sus posibles carencias en la región

José Ernesto Yitani
Andrés Rebollo
Ana Cristina Peña
Gabriel Gracindo
Angel Trinidad Martinez Arboleya
Mateo de los Rios
Patricia Benavente Donayre
Rogério Princhak

Diciembre 2021

<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

Reflexiones sobre la importancia de la gestión de contratos APP y sus posibles carencias en la región

Coordinador

José Ernesto Yitani

Redactores

Andrés Rebollo

Ana Cristina Peña

Colaboradores

Gabriel Gracindo

Angel Trinidad Martínez Arboleya

Mateo de los Ríos

Patricia Benavente Donayre

Rogério Princhak

Revisores

Pauline Debaeke

José Bonifaz

Acerca de los Documentos de Discusión

Los Documentos de Discusión PPP Américas 2021 componen una serie de textos desarrollados en preparación de la Edición X del PPP Américas, el principal foro de Asociaciones Público Privadas (APP) de América Latina y el Caribe (ALC), organizado cada dos años por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Con motivo de la edición del PPP Américas 2021, se reunieron 8 grupos de expertos, profesionales, consultores y académicos involucrados directamente en la planificación, la identificación, la estructuración y la gestión de proyectos APP en los países de la región. Los grupos, bajo la coordinación de especialistas del BID, revisaron los principales temas de interés y actualidad en el ámbito de las APP, con el objeto de intercambiar experiencias, debatir casos de éxito y lecciones aprendidas en los proyectos que siguen en la región.

A partir de una convocatoria abierta realizada en marzo del 2020, y a la que se presentaron más de 200 especialistas, profesionales y académicos de la región, se seleccionaron a cerca de 90 personas de toda la región como colaboradores, quienes participaron activamente en las discusiones sobre los temas: confiabilidad de los pagos estatales, criterios de selección de proyectos y determinantes de la generación de valor en proyectos, mejores prácticas en gestión de contratos, diversificación de la estructura de capital de los proyectos, las reglas de terminación de contratos y sus consecuencias para la viabilidad de proyectos, planificación y priorización en el desarrollo de infraestructura, impactos fiscales de los proyectos de PPP y el papel de los órganos de control.

Cada tema trabajado en los grupos dio origen a un Documento de Discusión, que compila las reflexiones compartidas por los especialistas en sus discusiones conjuntas entre junio del 2020 y abril del 2021. Asimismo, en enero del 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

Reconocimientos

Dirección y coordinación

Los trabajos en este documento han contado con la dirección/coordinación de José Yitani, Especialista Senior en Gestión de Conocimiento y Construcción de Capacidades en APP del Instituto Interamericano del Desarrollo Económico y Social (INDES) del BID, con el apoyo de Ana Beatriz Arantes Araujo del BID.

Redactores

El redactor principal de este documento es Andrés Rebollo, Director General de Knowledge Infrastructure (K-Infra), con la colaboración de Ana Cristina Peña, Gerente de Asuntos Legales y Cumplimiento en la Corporación Nacional Para el Desarrollo (CND) de Uruguay.

Expertos colaboradores

Nuestro especial agradecimiento a Rogério Princhak por sus extensas contribuciones y a Ángel Trinidad Martínez Arboleya por sus precisas evaluaciones y aportes del caso mexicano.

Nuestro agradecimiento también para Mateo de Los Ríos por sus aportes del caso colombiano y a Gabriel Gracindo por sus cuidadosas exposiciones de algunos aspectos de la experiencia del Estado de Sao Paulo.

A todos ellos gracias por atender las intensas sesiones de discusión, especialmente por las ricas intervenciones de Patricia Benavente, de Perú.

Tabla de Contenido

Acerca de los Documentos de Discusión.....	5
Reconocimientos	6
Tabla de Contenido.....	7
Introducción	15
1. La Gestión del Contrato APP: Concepto, Objetivos y Actividades	18
1.1. Definición y alcance de la Gestión del Contrato.....	18
1.2. Objetivo de la Gestión del Contrato	18
1.3. La importancia de la Gestión del Contrato	18
1.4. Las actividades comprendidas en la Gestión del Contrato	19
2. Problemas y Obstáculos que Impiden o Limitan un Buen Enfoque de Gestión Contractual	22
2.1. Problemas y obstáculos para la buena gestión contractual	22
2.2. ¿Qué requiere la buena gestión contractual?	23
3. Control de Obligaciones y Gestión del Desempeño	29
3.1. Marco general	29
3.1.1. La Gestión del Contrato y la gestión del desempeño.....	29
3.1.2. Herramientas que debería otorgar el contrato para la gestión del desempeño	30
3.1.3. Otras herramientas para la buena gestión del desempeño	30
3.1.4. Actitud para una buena gestión de desempeño	31
3.2. Análisis y discusión de principales problemas, retos y puntos de atención para la buena gestión del desempeño	31
3.2.1. Problemas más comunes y puntos de atención.....	31
3.2.2. Ideas y recomendaciones en referencia a algunos problemas relevados.....	33
i) La necesidad de una actitud colaborativa y proactiva en el manejo de riesgos	33
ii) El problema del enfoque fiscalizador de la obra tradicional.....	34
iii) La necesidad de una adecuada regulación de terminación anticipada por incumplimientos	35
iv) La necesidad de indicadores de desempeño exigentes, pero claramente definidos y realistas	36
v) La importancia de la regulación contractual de la obligación de reversión	37
vi) El problema del monitoreo: ¿Quién debe realizarlo?.....	37
3.3. Ejemplo de autoevaluación del enfoque y grado de preparación para la buena gestión del desempeño: México vs. Uruguay.....	38

4	Gestión de Riesgos (y Gestión de Reclamos por Riesgos Retenidos)	40
4.1.	Marco general	40
4.1.1.	La gestión de riesgos y los reclamos por riesgos transferidos	40
4.1.2.	Herramientas del contrato para una buena gestión de riesgos	40
4.1.3.	Otras herramientas que ayudan a la buena gestión del riesgo, más allá de lo previsto en el contrato	41
4.1.4.	La actitud necesaria para una buena gestión de riesgos	41
4.2.	Principales problemas, defectos potenciales o puntos de atención para la gestión del desempeño	41
i)	La necesidad de una adecuada asignación de riesgos, su debida implantación en contrato y la importancia de asumir responsabilidad en la gestión de todos los riesgos	43
ii)	La necesidad de gestionar adecuadamente el cumplimiento de los compromisos por riesgos retenidos	46
iii)	El papel de los mecanismos de resolución de disputas	48
iv)	Posibilidad de terminación anticipada en casos de fuerza mayor y potencialmente otros posibles eventos extraordinarios de impacto extremo. El potencial uso de la terminación anticipada de contrato para ciertos supuestos de riesgos	48
4.3.	Ejemplo de autoevaluación del enfoque y grado de preparación para la buena gestión del riesgo: México vs. Uruguay	50
5	La gestión de cambios contractuales	51
5.1.	Marco general	51
5.1.1.	Previendo e incorporando el cambio en contrato	51
5.1.2.	Gestionando el cambio: herramientas y actitudes necesarias	52
5.1.3.	Gestionando el cambio: controlando el impacto del cambio	54
5.2.	Análisis y discusión de algunos eventos de cambio relevantes	54
5.2.1.	Modificaciones del alcance de las obligaciones o de los requerimientos de servicio	54
5.2.2.	Cambios accionariales	56
5.2.3.	La refinanciación	58
5.2.4.	Actualización tecnológica y cambios de normativa sectorial	59
6	Otras Materias Relevantes en la Gestión de Contratos	61
6.1.	La gestión de los grupos de interés	61
6.1.1.	La importancia de la comunicación	62
6.1.2.	La transparencia y la rendición de cuentas	63
6.2.	La gestión de disputas o conflictos	63
6.3.	La gestión de información y la gestión documental	64
6.4.	La gestión de contratos y la terminación anticipada	65
6.4.1.	La gestión preventiva y proactiva	65
6.4.2.	La gestión del evento de terminación del contrato	66
7	El COVID-19 y la Gestión de Contratos APP	69

8	Cuestiones de Marco APP y de Estándares Contractuales. Recomendaciones	72
8.1.	La necesidad de un marco que “habilite” y refuerce la gestión contractual	72
8.2.	La necesidad de institucionalizar la función de gestión contractual	73
8.3.	La necesidad de desarrollo de estándares contractuales	74
8.4.	Aspectos relevantes para reforzar (o incorporar) en un marco APP para valorizar e institucionalizar la Gestión de Contratos APP	75
9	Algunas Ideas Destacadas a Modo de Epílogo.....	77
	Lecturas Recomendadas	79

Tabla 1: Potenciales problemas en la gestión del desempeño y puntos de atención discutidos y su origen o fuente	32
--	----

Tabla 2: Potenciales problemas en la gestión del riesgo y puntos de atención discutidos y su origen o fuente	42
---	----

Cuadro 1: Elementos básicos para la buena gestión del conocimiento	25
---	----

Cuadro 2: El caso de los sistemas automatizados de monitoreo en México	38
---	----

Cuadro 3: La definición de fuerza mayor y su tratamiento	44
---	----

Cuadro 4: El problema concreto de los proyectos sujetos a tarifa regulada	46
--	----

Cuadro 5: La posibilidad de extinción anticipada por causas especiales en el Estado Sao Paulo	49
--	----

Cuadro 6: Ejemplo de contenidos de un Manual de Gestión de Contrato*	53
---	----

Cuadro 7: Extinción Anticipada de APP: la experiencia brasileña en el Estado de São Paulo	67
--	----

Cuadro 8: El COVID y el impacto en Chile	70
---	----

Cuadro 9: COVID-19 y APP en España. Una entrevista rápida con un español	71
---	----

Cuadro 10: La terminación anticipada en Uruguay	75
--	----

Figura 1: Áreas de gestión y su cobertura en este documento de discusión	20
---	----

Figura 2: Obstáculos y amenazas para el buen enfoque de gestión de contratos	23
---	----

Figura 3: Cuestionario sobre capacidades, gestión de conocimiento y gestión de información	26
---	----

Figura 4: Cuestionario sobre actitudes y transparencia	27
---	----

Figura 5: Cuestionario sobre Gobernanza y Marco APP	28
--	----

Figura 4: Principales grupos de interés	62
--	----

Gráfico 1: Una evaluación libre y subjetiva de los puntos clave de atención en la gestión de desempeño	39
---	----

Gráfico 2: Una evaluación libre y subjetiva de los puntos clave de atención para la gestión de riesgos	50
---	----

Reflexiones Sobre la Importancia de la Gestión de Contratos APP y sus Posibles Carencias en la Región

Uno de los aspectos menos atendidos en el ámbito de las APP es la gestión de los contratos durante su ciclo de vida

El objeto de este documento de discusión es brindar reflexiones en relación con los aspectos clave de la gestión de contratos, sobre la base de una selección de temas o “áreas de gestión”, reflexionando sobre buenas prácticas internacionales, y llamar la atención sobre lo complejo de esta función, y lo necesario de una mayor conciencia sobre su importancia. Lo anterior a fin de ayudar a los gobiernos a darle la relevancia adecuada, mejorar el diseño de la función de gestión de contratos, o reevaluar sus prácticas.

Algunos objetivos específicos que se busca satisfacer con este documento:

- Comprender por qué es importante definir y asentar una estrategia de gestión de contratos APP e institucionalizarla y que áreas de actividad representa esta.
- Ayudar a erradicar la “miopía de la transacción”, por la que los gobiernos piensan que su trabajo está hecho ya con la firma del contrato. La firma en el contrato es solo el inicio del proyecto, su gestión es lo que definirá el futuro de este.
- Tomar conciencia sobre la relación entre la buena gestión contractual y el buen diseño de los contratos para visualizar los aspectos esenciales que deben cubrirse en un contrato a efectos de dotar a este de los mecanismos adecuados para acomodarse a los cambios y responder a las amenazas.
- Proponer para su consideración las principales herramientas y actitudes de gestión con las que debemos dotarnos para ejercer de manera adecuada la función.
- Tratar de evidenciar las áreas de gestión contractual que puedan estar más desatendidas o descuidadas desde la perspectiva de marco APP, diseño de contrato, o desde la praxis de gestión, o en todo caso, ofrecer un marco para su mejor tratamiento y desarrollo en cada país y cada proyecto.

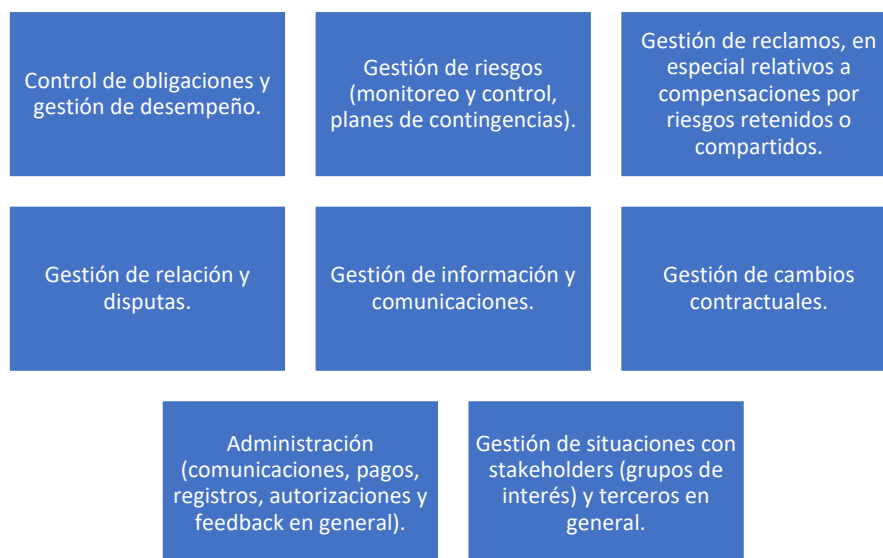
Para cumplir estos objetivos, el documento se estructura en 8 secciones que tratan de dar respuesta a los siguientes extremos:

Sección 1: ¿Qué es la gestión del contrato APP? ¿Cuál es su objetivo y sus principales actividades?

Definen la Gestión del Contrato APP como: “el conjunto de procesos, metodologías y recursos, que permite el buen desarrollo del proyecto desde su contratación hasta el final de su vida operacional” (la vida del contrato).

El objetivo de la gestión del contrato: es proteger y velar por el buen desarrollo del proyecto durante su vida operacional para conseguir que se obtengan los resultados deseados en cuanto al beneficio para la sociedad, controlando en todo momento su asequibilidad, equilibrio y cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades a cargo de cada parte.

La gestión, abarca un número de actividades, más allá del obvio control de obligaciones del privado (vea la figura debajo).



Sección 2: ¿Cuáles son los principales obstáculos y qué se requiere a nivel país y a nivel proyecto para enfrentar, con garantías, el reto de la buena gestión de contratos?

Presenta la importancia de contar recursos, herramientas y actitudes, además de un marco que incorpore la institucionalización de la función de la gestión contractual y unas buenas prácticas en la preparación y redacción de los contratos (que en definitiva son el marco operativo en el que se debe mover su propia gestión).

Destaca la limitada visión de las funciones de un administrador de contrato (generalmente pensado como el seguimiento de cualquier contrato de obra pública tradicional), los escasos recursos con que se dota la función por lo general (básicamente centrados en la “miopía de la fiscalización”), la ausencia de una cultura de “Project management” y de herramientas tan esenciales como “el Manual del Contrato” por no hablar de otras como la falta de uso de un modelo financiero, o los sistemas de información, y la ausencia de una cultura de “socios” - “*partnership*”, así como los defectos en cuanto a la incorporación de la gobernanza de las APP aguas arriba (desde la perspectiva de todo el gobierno) sin considerar debidamente a las agencias centrales como un “grupo de interés interno”.

Secciones 3, 4, 5 y 6: Describen las principales actividades y áreas de gestión destacadas por el grupo de expertos, tratando de dar respuesta a preguntas como:

¿En qué consiste la gestión de desempeño, o la gestión de cambios?; ¿Qué herramientas se requieren? ¿Qué debe incorporar un buen contrato para atender los retos relativos a la gestión de riesgos?

En estas secciones se trata de facilitar una comprensión inicial de lo que conllevan las áreas de gestión que se han destacado y sus principales retos.

Se describen los aspectos para tener en cuenta en los contratos, las herramientas y las actitudes que se requieren para la buena gestión de cada una de las áreas o actividades que se han analizado con mayor profundidad por considerar que son las más demandantes en cuanto a la gestión proactiva (la gestión del desempeño y los cumplimientos en la sección 3, la gestión de riesgos y reclamos en la sección 4, la gestión de cambios en la sección 5). Se propone una lista de los principales puntos de atención que se deben tener en cuenta, vertiendo comentarios sobre cómo “califica” la región en buenas prácticas o donde hay principales zonas de mejora.

Por destacar algunos aspectos analizados en este sentido, el documento reflexiona en concreto sobre:

- En relación con la gestión del desempeño:
 - o cómo la gestión del desempeño del privado (el control de su buen desempeño y cumplimiento de las obligaciones) debe estar enfocado precisamente en anticipar y evitar que sucedan los incumplimientos y no tanto en castigarlos cuando suceden;
 - o cómo el excesivo enfoque fiscalizador todavía tan presente, propio de los contratos de obra tradicionales, cercena los beneficios de la APP;
 - o cómo importa la definición clara y objetiva de los requerimientos de servicio realistas y la estandarización mínima de los mecanismos de pago (de proyectos similares), y como se debe descansar más en el “auto monitoreo” del privado;
- En relación con la gestión de riesgos:
 - o cómo importa la asignación de riesgos y que esta debería ser mejorada y más precisa/clara en su implantación contractual;
 - o cómo la gestión de riesgos debe abarcar la gestión de todos los riesgos, también los transferidos, y por qué;
- En relación con la gestión de cambios o modificaciones contractuales
 - o la necesidad de una buena gobernanza en torno a los cambios de alcance de obligaciones (sobre todo con relación a obras adicionales) o requerimientos de servicio y como estos deberían estar sometidos al mismo ciclo de revisiones y aprobaciones por agencias centrales;
 - o cómo el cada vez más frecuente cambio de accionistas (transferencia o venta de acciones del promotor original) debe atenderse y cubrirse en los contratos

otorgando mayor flexibilidad bajo principios claros y objetivos en cuanto a las autorizaciones necesarias

- cómo es importante darle un tratamiento claro y de riesgo compartido, al impacto de ciertos cambios normativos, en especial los que son de normativa técnica específica del sector.

Para terminar, se mencionan otras actividades para las que se brinda una descripción algo más reducida (sección 6), pero no porque no sean realmente importantes, como por ejemplo, la necesidad de gestionar los grupos de interés y como se correlacionan con la gestión del contrato (especialmente en cuanto a la necesidad de transparencia y de instaurar mecanismos de rendición de cuentas); la gestión de la terminación anticipada del contrato (que parte de la necesidad de contar con planes de contingencia, una cultura en principio muy ausente en la región); la gestión de información y documental (donde hay bastante retraso en cuanto al uso debido de sistemas y de gestión de información) y la gestión de disputas (cuya incorporación a los contratos sí es altamente satisfactoria en la región).

Sección 7: ¿Cómo puede impactar el COVID en un contrato APP y que enfoques se están tomando para adaptar el contrato a este evento inesperado?

Esta sección ofrece breves observaciones sobre el impacto de la pandemia causada por el COVID-19 en la gestión de los contratos. La cuestión es observar como el COVID-19 puede ser concebido como un evento de “fuerza mayor” y tratado como tal (pero no siempre, dependiendo del marco contractual y del marco jurídico del país), o como es a veces configurado como un evento de “acción directa adversa del gobierno” o de “cambio legal discriminatorio”, lo que resulta en ocasiones en la necesidad de una verdadera renegociación del contrato que según las jurisdicciones puede requerir de la emisión de un decreto (por ejemplo, España) para habilitarla legalmente.

Sección 8: ¿Qué debe incorporar el Marco APP para institucionalizar y facilitar una buena gestión de contratos? ¿Qué estándares contractuales deberían ser definidos para incorporar de manera consistente mecanismos de gestión flexible pero acotada?

En esta sección, se presentan unas reflexiones finales en relación con la necesidad de estándares contractuales que garanticen la buena incorporación en el contrato de algunas herramientas y “recursos contractuales” en relación con los marcos APP y la necesidad de incorporar en ellos la función y las responsabilidades de gestión de contratos debidamente integrada en la arquitectura institucional, otorgándole la necesaria institucionalidad, ofreciendo un listado de aspectos para estandarizar que puede ser utilizado a modo de lista de verificación de cuestiones para cubrir adecuadamente en un contrato antes de licitarlo.

Introducción

La Gestión del Contrato APP debería ser reconocida como una disciplina con sentido propio, que va más allá de la mera fiscalización de las obligaciones del socio privado, que, con ser importante, no es sino una parte de las actividades a enfrentar.

Gestionar un contrato, sobre todo de esta naturaleza, es gestionar las obligaciones, las responsabilidades, las amenazas y los riesgos que pueden comprometer los objetivos de un proyecto cuya duración es generalmente muy prolongada, a saber: cambios de contrato, riesgos acaecidos, disputas contractuales, problemas de comunicación y falta de toma de decisiones fluida, entre otros. Un contrato no es solamente el documento legal o administrativo con el que se define, acuerda o implementa un proyecto, es una herramienta en el que se establecen todas las características y factores que influirán en el proyecto.

Pero esto requiere de la toma de conciencia acerca de la magnitud de la tarea y de una preparación adecuada para enfrentarla, así como de recuperar el sentido de la propiedad del proyecto por parte del Estado, sin perjuicio de que haya sido contratado bajo la modalidad APP (con la consiguiente amplia delegación de funciones a un partícipe privado), y de entender el sentido de esta forma de contratación, que no puede ser gestionada con los mismos recursos ni la misma actitud de los contratos convencionales de la Administración Pública. Las APP son una figura de contratación mucho más compleja que la obra pública tradicional, por lo que, tratar los contratos de infraestructura o provisión de servicios mediante APP, de igual manera que la obra pública tradicional, es un error que puede llegar a costar mucho al proyecto y a sus resultados. Por ello, en materia de gestión de contratos de esta naturaleza, es recomendable tomar en consideración las lecciones aprendidas de otros gobiernos, y del propio, con proyectos ejecutados o en ejecución.

El objeto de este documento de discusión es brindar reflexiones en relación con los aspectos clave de la gestión de contratos, enfocado desde la perspectiva pública, sobre la base de una selección de temas o “áreas de gestión” de entre las que comúnmente se describen en la literatura y guías existentes¹, reflexionando sobre las buenas prácticas internacionales, y llamar la atención sobre lo complejo de esta función, y lo necesario de una mayor conciencia sobre la importancia de esta. Lo anterior a fin de que se logre un mejor enfoque del diseño de la función de gestión de contratos, o de reevaluar las prácticas del gobierno en ese sentido².

¹ Existe poca literatura con respecto a este tema, y no abundan las guías o directrices nacionales específicas en esta materia, claramente a la zaga de otras como la gestión de la preparación y evaluación de proyectos, o la gestión y asignación de riesgos. En el apartado de referencias bibliográficas (“Lecturas recomendadas”) se aportan las que el autor principal de este documento suele manejar, sin perjuicio de otras que puedan existir. No obstante, en este documento no abundan las referencias o citas puesto que se ha decidido seguir un enfoque más informal y basado en la experiencia y las opiniones propias.

² Una de las principales causas de fracaso de los proyectos APP es su falta de adecuada preparación (identificación del proyecto adecuado, preparación y evaluación sólidas, y adecuada estructuración del contrato y del proceso de licitación). El hecho de precipitar un proyecto, sin cumplir las fases previas o sin que esté debidamente estudiado y calibrado, evaluados los diferentes aspectos, será causa de

El enfoque desde el ámbito público no implica restar relevancia a la fundamental participación de los actores privados en la vida del contrato. Se trata indudablemente de una gestión conjunta y de profunda colaboración entre públicos y privados³.

El documento incorpora la discusión de un grupo de expertos que representa el conocimiento y la experiencia de los siguientes países: Brasil, México, Uruguay y Colombia, y que han participado en las discusiones de los temas clave y proporcionado en algunos casos su visión sobre la práctica aplicada en sus países y sus propias reflexiones⁴.

Algunos objetivos específicos que se buscan satisfacer con este documento:

- Ayudar a entender por qué es importante definir y asentar una estrategia de gestión de contratos APP e institucionalizarla, y que áreas de actividad representa esta. Ayudar a erradicar la “miopía de la transacción” por la que los gobiernos piensan que su trabajo está hecho con la sola firma del contrato o el darle el mismo trato que al contrato de una obra pública tradicional.
- Tomar conciencia sobre la relación entre la buena gestión contractual y el buen diseño de los contratos para visualizar los aspectos esenciales que deben cubrirse en un contrato a efectos de dotar a este de los mecanismos adecuados para acomodarse a los cambios y responder a las amenazas.
- Proponer para su consideración las principales herramientas y actitudes de gestión con las que debemos dotarnos para ejercer de manera adecuada la función.
- Tratar de evidenciar las áreas que desde el marco APP, desde los enfoques de diseño de contrato, o desde la praxis de gestión, puedan estar más desatendidas, o en todo caso, ofrecer un marco para su mejor tratamiento y desarrollo en cada país y cada proyecto.

Para cumplir estos objetivos, el documento:

- En la sección 1, enmarca el análisis y las reflexiones definiendo la función de gestión de contratos, sus objetivos y contenidos (actividades principales).
- En la sección 2, se reflexiona a grandes rasgos sobre lo que se requiere a nivel país y a nivel proyecto para enfrentar, con garantías, el reto de la buena gestión de los contratos.
- Las secciones 3, 4, 5 y 6 describen las principales áreas de gestión contractual que se han considerado y sus particularidades, con la perspectiva de facilitar una

problemas sin duda, a la hora de gestionar el contrato. Dicho esto, este documento no trata sobre buenas prácticas en la preparación y estructuración de los proyectos, sino que se centra en la buena gestión del contrato durante su vida, después de su adjudicación y firma. No obstante, como veremos, desde la pura perspectiva de la buena gestión del proyecto de contrato, resulta esencial que la función de gestión contractual esté presente en todas las fases de preparación y estructuración, de manera que se hayan tenido en cuenta los recursos que se van a necesitar para la gestión y la administración del proyecto (monetarios y humanos) y que se hayan incorporado al contrato las herramientas que habilitarán su gestión efectiva. Esta idea se desarrolla en las secciones centrales relativas a las principales áreas de gestión.

³ Para mayor profundización en el tema, nos referimos a la PPP Certification Guide (2016) en su capítulo 7.

⁴ Para algunos aspectos relevantes se ofrece un “cuestionario de autoevaluación” o lista de verificación de aspectos y condiciones para ser atendidas para salvaguardar la mejor gestión contractual.

comprensión de las herramientas y los recursos que se requieren, y reflexionar sobre algunos retos específicos.

- La sección 7 ofrece algunas observaciones sobre el impacto de la pandemia por el COVID-19 en la gestión de los contratos.
- Por último, la sección 8 propone unas reflexiones finales en relación con la necesidad de estándares contractuales que garanticen la buena incorporación en el contrato de algunas herramientas y “recursos contractuales”; en relación con los marcos APP y la necesidad de incorporar en estos la función y las responsabilidades de gestión de contratos debidamente integrada en la arquitectura institucional, otorgándole la necesaria institucionalidad.

1. La Gestión del Contrato APP: Concepto, Objetivos y Actividades

1.1. Definición y alcance de la Gestión del Contrato

A los efectos de este documento de discusión definiremos la Gestión del Contrato APP como:

”El conjunto de procesos, metodologías y recursos que permite el buen desarrollo del proyecto desde su contratación hasta el final de su vida operacional” (la vida del contrato).

Diversas guías internacionales, esencialmente nacionales de determinados países, proponen definiciones similares, por ejemplo: *“El proceso que permite a las partes del contrato cumplir con sus respectivas obligaciones para posibilitar que se alcancen los objetivos establecidos en el propio contrato”*⁵

1.2. Objetivo de la Gestión del Contrato

El objetivo de la gestión del contrato es proteger el buen desarrollo del proyecto durante su vida operacional para conseguir que se obtengan los resultados deseados en cuanto al beneficio para la sociedad, controlando en todo momento su asequibilidad, equilibrio y cumplimiento de las obligaciones y las responsabilidades a cargo de cada parte, así como la correspondiente ecuación económico-financiera.

El beneficio neto estimado inicialmente puede verse seriamente erosionado durante la vida del proyecto en ausencia de una gestión proactiva del contrato, que es aquella:

- que ayude a que las respectivas obligaciones del contrato se cumplan,
- que permita al contrato adaptarse adecuadamente a los cambios necesarios y a los riesgos acaecidos y a otras amenazas (por ejemplo, oposición de grupos de interés).

Todo lo anterior con fluidez, que incluye minimizar las disputas, y en caso de existir, gestionarlas eficientemente para preservar la vida del contrato y del proyecto.

1.3. La importancia de la Gestión del Contrato

La responsabilidad del gobierno con la buena gestión del proyecto no acaba con la preparación del proyecto y la firma del contrato. Una gestión eficiente es necesaria en todas las fases del ciclo de un proyecto APP.

La etapa más extensa es precisamente la que resulta de la “vida” del contrato pero, al mismo tiempo, es para la que menos se preparan o planifican la mayoría de la administraciones.

⁵ South African National Treasury 2004. National Treasury PPP Manual.

El mejor proyecto (con mucho sentido/impacto económico, bien evaluado y preparado, bien estructurado como APP y licitado de manera efectiva) puede fracasar por una mala gestión del contrato.

Las amenazas sobre los resultados del proyecto APP (el contrato) son muchas y variadas: cambios contractuales o regulatorios, riesgos acaecidos, disputas, oposición de grupos de interés, etc. o simplemente por el incumplimiento de alguna de las partes en cuanto a sus obligaciones y responsabilidades.

Estos cambios y variaciones pueden comprometer el resultado (la calidad del servicio o la disponibilidad de la infraestructura), comprometer la sostenibilidad de las finanzas públicas (cuando requieren un aumento de esfuerzo del gasto) o la asequibilidad del usuario, afectar a los usuarios y otros colectivos y minar nuestra reputación.

Parecería que se olvida que el proyecto es un proyecto del gobierno: una APP no deja de ser una inversión pública (con independencia de si está en el balance de la administración o no según los estándares que se apliquen en cada país), y una gran parte de las posibilidades de seguir avanzando con el proyecto es gestionar el contrato, que es un instrumento en el que se delega al privado una parte importante de responsabilidades y obligaciones del proyecto. Por ello, el Gobierno sigue siendo (o debería seguir siendo) responsable de los resultados, y esta responsabilidad es continua durante toda la vida del contrato.

La naturaleza integral de la responsabilidad del proyecto se ejemplifica muy bien en la gestión de riesgos. La administración responsable del proyecto (gobierno) debe gestionar todos los riesgos, que incluyen colaborar en la gestión de los riesgos transferidos: si un riesgo genera un problema de salud financiera del socio privado, se afectará el servicio y, en definitiva, la sostenibilidad del contrato. Si el proyecto presenta dificultades serias y el contrato debe finalizar anticipadamente, esto puede tener serias consecuencias fiscales⁶ además de reputacionales.

Una adecuada gestión del contrato ayuda a evitar además que se reviertan riesgos de manera inadvertida, alterando de facto la matriz de la asignación de riesgos.

1.4. Las actividades comprendidas en la Gestión del Contrato

La supervisión y el monitoreo del desempeño y el cumplimiento de obligaciones son una pieza esencial de la gestión de contratos: el control de las obligaciones de construcción, de puesta en marcha, de operaciones / desempeño de servicio, y de reversión, además de otras obligaciones contractuales (por ejemplo, las relativas a reportes/informes y al cumplimiento de las distintas normas que aplican a la Sociedad de Propósito Específico, SPE), y la gestión

⁶ Si bien algunas jurisdicciones en la región han incorporado a sus mecanismos de terminación por incumplimiento la subasta del contrato (la venta de la titularidad del contrato por su plazo remanente) evitando así tener que abonar compensación por terminación anticipada, la mayoría de los países mantienen el enfoque tradicional de terminación contractual, con liquidación del contrato y rescate de los activos.

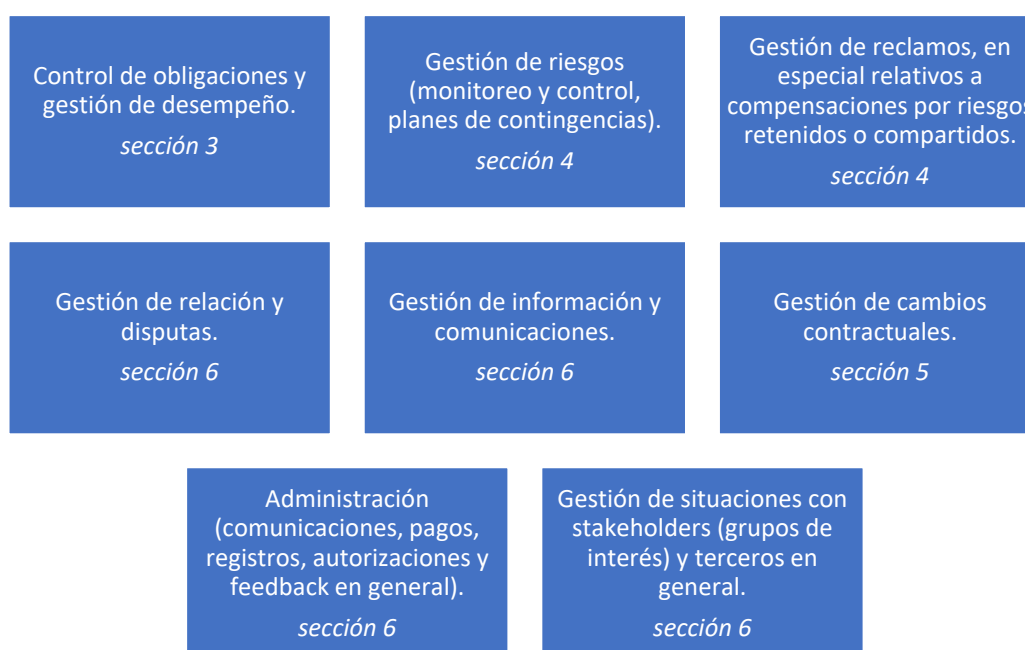
de su fiscalización así como la aplicación de sanciones y penalidades (es decir, la “gestión del desempeño⁷”) están en el corazón de la gestión del contrato.

Pero existe una percepción errónea de que la gestión de contratos APP es esencialmente o básicamente esa actividad de control y fiscalización de obligaciones. Nada más lejos de la realidad.

La gestión del contrato abarca básicamente:

- Control de obligaciones y gestión de desempeño.
- Gestión de riesgos (monitoreo y control, planes de contingencias).
- Gestión de reclamos, en especial aquellos relativos a compensaciones por riesgos retenidos o compartidos.
- Gestión de relación y gestión de disputas.
- Gestión de información y comunicaciones.
- Gestión de cambios contractuales.
- Administración (comunicaciones, pagos, registros, autorizaciones y *feedback* en general).
- Gestión de situaciones con *stakeholders* (grupos de interés) y terceros en general.

- **Figura 1:** Áreas de gestión y su cobertura en este documento de discusión



Este documento de discusión describe más adelante (secciones 3 a 6) las actividades que consideramos más relevantes (en qué consisten dichas actividades, con qué herramientas se

⁷ La gestión del desempeño es la gestión de los mecanismos de remedio o desincentivos contra el mal desempeño por parte del privado, que abarcan esencialmente la aplicación de deducciones, penalidades, auditoría incremental y avisos de terminación por incumplimiento.

debe contar desde la perspectiva del contrato y de la gestión de proyectos) con algunas observaciones sobre cómo se están enfocando en la región.

2. Problemas y Obstáculos que Impiden o Limitan un Buen Enfoque de Gestión Contractual

2.1. Problemas y obstáculos para la buena gestión contractual

Existe un problema de raíz detectado que es la **falta de conciencia sobre la relevancia de la función de la gestión contractual** y su necesidad de institucionalizarla. Esto se manifiesta claramente en la ausencia de guías de gestión contractual para APP en la región, la **necesidad de reconocimiento de un perfil profesional especializado**, o la falta de **ensamblaje de la función de gestión de estos contratos en la gobernanza y en el ciclo de proyecto general de las APP** con un involucramiento estable y estructurado de agencias centrales⁸.

Sabemos que el buen cumplimiento del alcance contratado es un interés primordial de la administración. Pero existe, por lo general, una **visión limitada de la función de gestión del contrato**, muy focalizada en la **fiscalización de obligaciones**, con una **parcelación extrema** de las actividades, sin el necesario enfoque holístico e integrado, que la actividad requiere (al igual que en las fases de preparación y estructuración del proyecto).

Parte del problema proviene de una falta de **entendimiento de lo que supone un contrato APP**, que debe estar enfocado a resultados y al cumplimiento de objetivos y no a obligaciones de medios y que resulta **altamente complejo** si lo comparamos con contratos de gestión directa o convencional. Aun cuando el contrato pueda estar debidamente diseñado en este sentido, persiste el riesgo de la **visión ingenieril tradicional** en la fiscalización de la obra, como comentaremos más adelante.

Otro factor generador de problemas en el sentido de falta de gestión proactiva es el **desapego al activo**, la falsa sensación de que **ya no es “nuestro proyecto”**. Hemos observado que al haberse transferido al contratista, generalmente el riesgo de diseño y construcción, genera que la administración contratante **deje de sentirse “responsable”** y no aplique las necesarias medidas para supervisar/gestionar el proyecto (es decir, la falta de rendición de cuentas o “*accountability*”)⁹.

Esta descripción de problemas y obstáculos está inspirada en lo que entendemos que sucede en la región, con carácter general, y en la mayor parte de los países con mercados emergentes o mercados de APP no maduros o desarrollados.

⁸ Es común que surja la necesidad de aprobación de un proyecto antes de su licitación, por parte de agencias centrales (por ejemplo, Ministerio de Hacienda). Sin embargo, no es infrecuente que no se requiera la aprobación de estas para cambios contractuales cuando estos deberían ser considerados en sí mismos como una decisión de inversión, en la que debería verificarse el valor por dinero y la asequibilidad de su impacto fiscal.

⁹ Una cuestión de marco APP que ayuda a recuperar asunción de responsabilidad e incorporar la rendición de cuentas es institucionalizar las evaluaciones ex-post de los proyectos y programas.

- **Figura 2: Obstáculos y amenazas para el buen enfoque de gestión de contratos**



2.2. ¿Qué requiere la buena gestión contractual?

La gestión de cualquier contrato público implica la observancia de los aspectos referentes a la legalidad y la evaluación de la eficiencia contractual, que exige considerar si se están logrando los resultados esperados, al costo previsto, asegurando la optimización de los recursos existentes.

Pero en el caso de las APP, se requieren aspectos adicionales que permitan apoyar el buen desarrollo del proyecto en su totalidad con garantías de éxito y que pasan en primera instancia por dotarse de las actitudes o recursos adicionales o más especializados y distintas o nuevas capacidades. Sumado a ello, la función o responsabilidad contractual debe estar eficaz y claramente incorporada en el marco APP (incorporada e integrada en la gobernanza general de los programas APP y dotada del debido grado de institucionalización).

- **La buena gestión requiere de un buen contrato.** Los contratos deben estar preparados para acomodarse a los cambios y a las amenazas de manera eficiente. El contrato es el marco, en primera instancia, para la gestión: no solo debe contener previsiones legales o sobre la forma de fiscalización sino también sobre la gestión de pagos (las obligaciones de la parte pública), el marco para implementar cambios de alcance o requerimientos, la evaluación y la aprobación de eventuales cambios de financiación, de accionariado, el marco para la resolución de disputas, o para la

terminación anticipada, la gestión para la reversión del activo, etc. El contrato debe estar dotado de “flexibilidad acotada”, siendo conscientes de que lo que no se prevea en él, conlleva posibles renegociaciones.

Por debajo del contrato, como herramienta operativa, estará el Manual y otras herramientas de gestión que se comentan más abajo.

En general, en algunos países de la región, se disfruta de buenos contratos, aunque con lagunas en materia de regulación de la gestión contractual, las cuales se comentan en las siguientes secciones.

A lo largo de los apartados siguientes, relativos a las principales áreas de gestión, se incluyen reflexiones sobre aspectos clave a tener en cuenta a la hora de diseñar y redactar un contrato. En la Sección 8:

Cuestiones de Marco APP y de Estándares Contractuales. Recomendaciones” se propone una lista de estos temas clave a modo de lista de verificación.

- **La buena gestión requiere de capacidades y gestión de conocimiento, así como de gestión de información, de documentos y de otras herramientas propias del “Project Management”¹⁰.** La administración contratante, en general, no suele estar preparada en términos de capacidades y procesos para asumir este conjunto de tareas necesarias para las diversas etapas del contrato.

Se requiere de recursos humanos capacitados y de presupuesto suficiente para dotarse de un buen equipo con conocimiento de APP y con el suficiente grado de especialidad en sus distintas ramas de conocimiento (financiero, legal y técnico, este con experiencia en el sector de infraestructura de que se trate), así como de herramientas de gestión, empezando por la necesidad de contar con los fondos que se van a requerir desde etapas tempranas del proyecto, y considerando desde el inicio la figura clave (persona/funcionario) que va a dirigir y liderar la gestión del contrato (el “**gestor del contrato**” o “**administrador del contrato**”) dotado de libertad para cierto nivel de toma de decisiones por delegación y de capacidades específicas: habilidades interpersonales (de dirección, comunicación, capacidad de solución de problemas, gestión de relaciones), sólidos conocimientos técnicos de APP (habilidad para comunicarse en la jerga técnica y credibilidad como profesional especializado en APP), y habilidades administrativas (de planeación, organización, supervisión y coordinación).

Existe, además, una necesidad imperiosa de gestionar (aprovechar o capitalizar) el conocimiento del proyecto adquirido en fase de preparación y contratación¹¹, y cuidar el conocimiento durante la vida del contrato. Ello requiere de una serie de estrategias y herramientas que se resumen en el cuadro siguiente.

• **Cuadro 1: Elementos básicos para la buena gestión del conocimiento**

- Planificar desde etapas tempranas (idealmente antes de la adjudicación) las necesidades de recursos, las disponibilidades internas y la necesidad de contratación de apoyos externos¹².
- Desarrollar e implementar un plan de formación para los miembros del equipo de gestión.

¹⁰ Nos referimos a planes de contingencias, procedimientos de actuación, manuales operativos, un sistema de control y monitoreo de riesgos, un sistema de gestión de información y gestión documental, etc.

¹¹ Un enfoque habitual es el de que al menos un profesional del equipo del proyecto responsable de la preparación y estructuración forme parte posteriormente del equipo de gestión del proyecto, al menos en las etapas iniciales. Alternativamente, alguna de las personas que vaya a trabajar (o que trabaje) en el área de gestión de contratos, debería participar en cierta medida en la estructuración (aportando comentarios, por ejemplo).

-
- Contar con un “manual de inducción” para las nuevas incorporaciones al equipo y con un “plan de sucesión” que garantice el traslado de conocimiento y responsabilidades por parte de un miembro saliente a otro del equipo.
- Elaborar y mantener/actualizar un **Manual de gestión** que describa de manera cercana y práctica las previsiones del contrato y que desarrolle con mayor detalle práctico los procedimientos para seguir para su gestión.
- Contar con sistemas de gestión de información y gestión documental adecuados, y otras herramientas de gestión (planes de gestión de riesgos y contingencias, un modelo financiero, un modelo del mecanismo de pagos, etc.).
-

En la mayor parte de los casos observados, se reconoce y presenta, una falta de recursos para la adecuada gestión de los contratos (reducidos equipos internos, escasa presencia de un buen equipo de apoyo con expertos públicos de apoyo y asesores externos que no sean los expertos puramente técnicos para ayudar a la fiscalización).

La presencia de elaboración de Manuales de gestión o administración de los contratos es nula o inexistente, así como la de planeación de contingencias y sistemas de monitoreo de riesgos (problemas relativamente usuales en México según observaciones del experto, aunque comunes en muchos otros países de la región).

A veces (en algunos países) existe un administrador del contrato, si bien parece tener un ámbito de actuación reducido a la fiscalización de las obligaciones (denominándose en ocasiones, interesantemente, el “interventor del contrato” (Colombia), o “inspector” (Brasil) algo bien lejos del concepto de “gestor de contrato” como responsable holístico de la administración y gestión efectiva del contrato.

En las secciones siguientes de revisión de las áreas relevantes de la gestión de contratos, comentaremos sobre las herramientas relevantes en relación a cada una.

- **Figura 3: Cuestionario sobre capacidades, gestión de conocimiento y gestión de información**

¿Se evalúa debidamente la necesidad de recursos y presupuesto desde etapas iniciales? ¿Se considera cual va a ser la fuente de fondos para estas actividades?

¿Existe una figura de gestor de contrato identificable (por debajo del responsable del contrato) con poderes / nivel de delegación adecuados?

¿Se cuenta o se prevé una unidad de gestión de contratos o equipos específicos por proyecto?

¿Cómo se garantiza que el conocimiento del proyecto creado durante la fase de preparación, estructuración y licitación se aproveche?

¿Se cuenta con asesores financieros y legales para la gestión del contrato o solo con recursos de experiencia / conocimiento técnico?

¿Con qué herramientas de gestión de conocimiento e información se prevé contar?

¿Existen manuales de gestión?

¿Se realizan planes de gestión de riesgos y planes de contingencias?

¿Se utiliza un modelo financiero consensuado, idealmente adjunto al contrato, para monitorizar y acordar impactos de riesgos, cambios y sus equilibrios? ¿Cuál es el modelo financiero que rige el contrato?

¿Se organizan /usan sistemas de gestión documental y registros?

- **La buena gestión requiere de una actitud colaborativa y transparente.** Los problemas se acrecientan con una actitud adversaria, olvidando que, en esencia, se trata de una “asociación” o “*partnership*”. Es necesario contar con un foro claramente definido para el buen seguimiento de la relación público-privado (comités de seguimiento). Se trata de la “gestión de la alianza”. La transparencia es donde el gestor proporciona acceso al flujo de información, evitando datos ocultos y despojando sus acciones dentro y fuera de la organización.

La rendición de cuentas requiere también de transparencia y de comunicación planificada (gestión de grupos de interés), que partan de la base de un mapa de grupos de interés y una buena estrategia de comunicación o involucramiento respecto de estos.

Según lo comentado, sólo algunos países institucionalizan comités de seguimiento público-privados. Sí parece algo más presente la gestión efectiva de grupos de interés (por ejemplo, como reportan desde Brasil).

- **Figura 4: Cuestionario sobre actitudes y transparencia**

¿Existen / se implantan comités de seguimiento público-privado? ¿Quiénes intervienen?

¿Cada cuánto tiempo?

¿Existen mapas de grupos de interés y una estrategia de comunicación hacia estos?

¿Se realizan evaluaciones ex-post de los proyectos y programas?

- **La buena gestión requiere de una incorporación eficiente a la gobernanza general de las APP¹³ dentro del Marco APP que institucionalice la función.** Se necesita que haya institucionalización aguas arriba (“*upstream*”, es decir, a nivel de marco), con definición clara de roles y responsabilidades de las distintas agencias o instituciones intervinientes y foros para el seguimiento a nivel programa APP.

Debe haber claridad desde el inicio sobre cuál es la implicación del Ministerio o Secretaría de Finanzas/Hacienda y de otras agencias en las aprobaciones y toma de decisiones durante la gestión del contrato¹⁴ (¿qué cambios o decisiones deben ser aprobados por Hacienda? ¿Cuándo debería ser informada¹⁵? ¿Deben las agencias centrales aprobar los cambios de contrato y reequilibrios?), y una planificación clara de la gestión de los “grupos de interés internos”, para implicarlos en el ciclo de gestión de manera eficiente.

¹³ Podemos entender gobernanza como el conjunto de reglas y procedimientos que establecen los incentivos y restricciones que orientan las decisiones y estrategias, tanto de los actores públicos como los privados.

¹⁴ Una figura con creciente relevancia en la gobernanza de los proyectos APP durante su vida es la de los organismos reguladores sectoriales, en los países y sectores que cuentan con esta figura, en especial en relación con su rol en la fiscalización de los proyectos y la posible determinación de incumplimientos o imposición de penalidades o multas. En todos los casos se debe tener presente la necesidad de que exista un alto nivel de claridad de este actor/organismo, incorporando sus prerrogativas en el contrato para mayor claridad, y definiendo bien hasta dónde alcanza su participación en la supervisión contractual de manera que no entre en conflicto o redunde sobre la entidad responsable de la gestión del contrato, que no es otra que la entidad contratante. Otro aspecto para tener en cuenta relativo a los organismos reguladores, desde la estructuración del proyecto, es en aquellos proyectos que operan con tarifa regulada, de manera que las reglas de determinación de la tarifa estén claramente expuestas en el contrato y que este incorpore mecanismos de compensación cuando tal actualización difiere de lo previsto al inicio del contrato. Sobre este punto se brinda más información más adelante (vea el Cuadro 4).

¹⁵ Un problema recurrente es la solicitud “sobrevenida” de aprobaciones a agencias centrales/decisoras (sin perjuicio de otras agencias o entidades con un rol dentro de la vida del contrato APP), por ejemplo, Ministerios de Hacienda, en relación con la aprobación e implementación de cambios de contrato o reequilibrios. Cuando a nivel de agencia central debería existir un contacto más continuado y fluido con la evolución del contrato.

En la mayoría de los casos/países comentados, se debe contar con aprobación de la agencia central, normalmente de Finanzas/Hacienda, para cambios de contrato y reequilibrios. No obstante, la participación de tales agencias centrales en la gestión del contrato no está claramente prevista en la mayor parte de los marcos APP y no se cuenta con comités o comisiones de seguimiento del contrato donde mantener informadas a las agencias centrales de la evolución de los contratos.

En algunos países (por ejemplo, Brasil, México) se realiza el seguimiento desde Finanzas/Hacienda de la evolución de los pasivos, incluidos los contingentes, pero no parece estar prevista una determinada frecuencia de los reportes para emitir por parte de las entidades contratantes ni definidas con precisión sus obligaciones de presentar reporte de tales pasivos.

- **Figura 5:** Cuestionario sobre Gobernanza y Marco APP

¿Se tiene claro cuál es la implicación en la administración del contrato de las agencias centrales (por ejemplo, Ministerio de Hacienda)?

¿Cómo se gestionan los “grupos de interés internos”, para implicarlos en el ciclo de gestión? ¿se prevé una involucración continuada de las agencias centrales a través de comités o comisiones de seguimiento?

¿Deben estas aprobar los cambios de contrato y reequilibrios? ¿Cuándo es necesario su concurso?

¿Se gestiona la comunicación de la autoridad contratante como con un *stakeholder*?

3. Control de Obligaciones y Gestión del Desempeño

3.1. Marco general

3.1.1. La Gestión del Contrato y la gestión del desempeño

La gestión del desempeño está en el corazón de la gestión del contrato, pero normalmente se sobrevalora en detrimento de otras funciones, o se entiende de manera muy restrictiva, igualándola a la actividad de vigilancia e imposición de multas y penalidades. Pero no todo es controlar incumplimientos y poner multas.

La función de gestión del desempeño debe estar primeramente abocada al objetivo de cumplir con lo establecido dentro del contrato, sus responsabilidades y compromisos, así como el evitar los incumplimientos. Sobre todo, en definitiva, evitar el incumplimiento en alguna parte del contrato que afecte de sobremanera al proyecto y que conlleve a la terminación anticipada.

Es la gestión eficaz, con ese objetivo, de todas las herramientas que otorga el contrato, sobre todo de “los mecanismos de remedio” (es decir, incentivos/desincentivos financieros para asegurar el buen desempeño, como son las multas/penalidades, la intervención y la terminación por incumplimiento), lo que implica:

- Vigilar debidamente (“monitoreo”)
- Avisar/notificar incumplimientos en tiempo y forma
- Registrarlos debidamente y hacer un control agregado de estos
- Evaluar, con buen juicio los posibles incumplimientos, entendiendo que en muchos casos pueden tener causa en un evento para que el contrato prevea un alivio¹⁶
- Saber proyectar tendencias y adelantarse al incumplimiento (por ejemplo, inspeccionar el estado del activo de cara a la reversión desde unos años antes de la terminación del contrato, evaluar por proyecciones el posible retraso final de la obra, etc.).

El foco de la gestión de desempeño, y sobre todo de su primera función (monitoreo), es distinto, según la fase del contrato en la que nos encontremos; los recursos y mecanismos de vigilancia serán distintos en construcción y en operaciones, reconociendo además que hay tres hitos que requieren especial atención (visto bueno o no objeción al diseño, finalización de la construcción, aceptación para entrada en servicio y reversión).

Al igual que otras muchas cuestiones relativas a la gestión contractual, el marco de la gestión del desempeño lo establece el propio contrato. En ese sentido, la buena gestión del

¹⁶ En la mayor parte de la literatura especializada, se considera como eventos de “alivio” (*relief events*, denominados en algunos países “eventos eximentes”) los que dan derecho a la no aplicación de una penalidad o a evitar la consideración de incumplimiento. Su ocurrencia es muchas veces interpretable, y esta interpretación requiere de buena fe y buen juicio, en pos de mantener una relación sana entre los “socios”.

desempeño, como el resto de las funciones de gestión contractual, se basa en un buen contrato, sin embargo, el contrato no es el marco definitivo de la gestión. Hay otras herramientas e instrumentos que lo complementan (al igual que en el resto de las facetas de la gestión contractual).

3.1.2. Herramientas que debería otorgar el contrato para la gestión del desempeño

Son o deberían ser:

- Acceso a información / obligación de informes del privado y facultad de inspeccionar (por ejemplo, para revisar las condiciones de los activos de cara a la reversión, o para inspeccionar el sistema de gestión de calidad relacionado con el monitoreo).
- Garantía de fiel cumplimiento como mecanismo de ejecución del cobro de penalidades
- Sistema de penalizaciones: multas/penalidades explícitas (con sus avisos previos) y deducciones / ajustes en pagos por servicio
- Imposición de auditorías técnicas adicionales a coste del socio privado
- “*Step-in*” (intervención) del servicio por parte de la administración contratante
- Admisión del “*step-in-right*” o toma de control por las entidades financieras (vea los “puntos de atención”)
- Terminación por incumplimiento persistente (normalmente incorporado en terminación general por incumplimiento) (vea los “puntos de atención”)
- Terminación anticipada por incumplimiento grave (vea los “puntos de atención”)
- Obligación de dotar y mantener fondos de reserva para reinversiones
- Indirectamente, un buen sistema o proceso de resolución de disputas

Todas estas herramientas y mecanismos de remedio deben estar recogidos debidamente en el contrato configurando el marco esencial en el que se podrá mover la gestión del desempeño¹⁷.

3.1.3. Otras herramientas para la buena gestión del desempeño

- Un buen sistema de gestión de información y documentos (común en realidad para cualquier faceta de la gestión de contratos) para el registro debido de información relativa a incumplimientos, avisos y sanciones.
 - La buena gestión de información implica: registrarla debidamente, evaluarla, interpretarla, y gestionar también la información de salida (comunicaciones previas, apercibimientos, multas, etc.).
- Planes de contingencia para eventos críticos de incumplimientos, en especial plan de contingencia para el caso de necesidad de intervención / toma de control del proyecto, o para el caso de terminación anticipada por incumplimiento grave.

¹⁷ La Tabla 1: Potenciales problemas en la gestión del desempeño y puntos de atención discutidos y su origen o fuente, desarrolla una lista de “puntos de atención” para salvaguardar la buena gestión del desempeño, describiendo cuáles guardan relación con los contenidos del contrato, y potencialmente con la conveniencia de desarrollo de estándares contractuales, cuáles con otras herramientas de gestión y cuáles con un problema o cuestión de necesidad de cambio de actitud.

- Protocolos (incorporados a un Manual de gestión del contrato) para la administración de notificación, imposición y cobro de multas (que ayuden entre otros a evitar que el derecho a irrogar una penalidad decaiga o que se cree una validación no intencionada de un incumplimiento).
 - Un incumplimiento no notificado/avisado podrá interpretarse como un consentimiento que además puede resultar consolidable. Lo que no implica que siempre sea necesario imponer multa ante cualquier incumplimiento.
- Protocolos para la evaluación del desempeño / análisis de la información y proceso de cálculo de deducciones al pago

3.1.4. Actitud para una buena gestión de desempeño

- Los *outputs* / resultados son lo que importan, y no los medios (sin perjuicio de la necesidad de vigilar la dotación de medios y recursos según compromiso de contrato). *--- por ejemplo, vea la reflexión sobre la necesidad de controlar la existencia y evolución de reservas de mantenimiento más abajo---*
- Actitud de apertura al diálogo, colaborativa y basada en la confianza: el socio privado debe advertir que la parte pública es una parte informada y vigilante pero también debe saber cuándo ser dialogante y proactiva.
 - Se deben desarrollar mecanismos de diálogo temprano de potenciales problemas (comités de seguimiento).
 - El foco del monitoreo debe basarse en la confianza en primera instancia, descansando como base de información en el sistema de gestión de calidad. Hay que abandonar el enfoque fiscalizador hacia uno de monitoreo y evaluación.
 - Los retrasos pueden deberse a múltiples causas muchas de las cuales están fuera del control del privado y se debe coadyuvar a su gestión aun cuando el riesgo esté transferido
- Actitud realista (al preparar y estructurar el proyecto): saber definir requerimientos realistas, alcanzables (por ejemplo, en cuanto a los KPI, en cuanto a requerimientos de seguro, etc.).

3.2. Análisis y discusión de principales problemas, retos y puntos de atención para la buena gestión del desempeño

3.2.1. Problemas más comunes y puntos de atención

Muchos de los problemas más habituales y puntos de atención como posibles defectos de la estrategia y enfoque de la gestión del desempeño tienen que ver con posibles defectos o con la necesidad de mejoras en los contenidos del contrato (a lo que defendemos que tiene que dar respuesta el desarrollo de una praxis de estandarización de contratos¹⁸), o con la ausencia o defecto de herramientas de gestión.

¹⁸ Vea “La necesidad de desarrollo de estándares contractuales” en la Sección 0.

Otros, como se explicó en los apartados introductorios, se relacionan con una percepción equívoca de lo que supone la gestión de contratos en su conjunto y en particular la gestión del desempeño (problemas de “actitud”), según también se ha comendado más arriba en esta sección.

La Tabla 1: Potenciales problemas en la gestión del desempeño y puntos de atención discutidos y su origen o fuente”, propone una lista resumen de los más relevantes, indicando su relación con el contrato, las herramientas de gestión o los problemas de actitudes o de percepción.

Algunos de ellos son desarrollados en mayor detalle en los siguientes apartados dentro de esta Sección.

- **Tabla 1: Potenciales problemas en la gestión del desempeño y puntos de atención discutidos y su origen o fuente**

Problema / punto de atención	Relacionado con
Falta de definición clara de las obligaciones e incumplimientos	Contrato
Falta de definición precisa de importes (o rangos) de penalidades debidamente categorizados por relevancia de incumplimientos	Contrato
Falta de definición precisa de incumplimientos graves que den derecho a terminación anticipada: claros, objetivos, con materialidad, relativos a obligaciones catalogables como esenciales (vea más adelante <i>La necesidad de una adecuada regulación de terminación anticipada por incumplimientos</i>)	Contrato (estándares)
Falta de descripción clara y objetiva de cálculo de indemnización, en su caso, u otras consecuencias por terminación anticipada por incumplimiento	Contrato (estándares)
Requerimientos de servicio (condiciones de criterio/KPI) mal planteados o mal implementados: los requerimientos/condiciones de servicio deben ser claros, objetivos, medibles, realistas (vea el desarrollo más adelante). Debidamente (en el caso de las APP de pago por gobierno) incorporados en un mecanismo de pagos de funcionamiento claro y entendible (vea el desarrollo más adelante en <i>La necesidad de indicadores de desempeño exigentes, pero claramente definidos y realistas</i>)	Contrato (estándares)
Falta de realismo en general al definir las obligaciones, o definición de obligaciones no debidamente balanceadas o matizadas por asignación de riesgos	Actitud no realista en la estructuración del proyecto
Falta de un sistema de monitoreo eficaz y eficiente: los sistemas de monitoreo de desempeño deberían basarse sustancialmente en el auto monitoreo según sistemas de gestión de calidad del privado (con requerimientos mínimos) (vea el desarrollo más adelante en <i>El problema del monitoreo: ¿Quién debe realizarlo?</i>)	Percepción y contrato (estándares)
Falta de claridad del papel de organismos reguladores en la gestión del contrato	Marco legal (debería clarificar el rol exacto de los organismos reguladores o fiscalizadores para no entrar en conflicto con la función de gestión contractual de la autoridad contratante) y Contrato
Exceso de foco fiscalizador a la manera tradicional y riesgo de toma de vuelta del riesgo de diseño y construcción (vea el desarrollo más adelante en <i>Enfoque fiscalizador de la obra tradicional</i>)	Actitud y marco
Escasa proactividad y colaboración en la gestión de ciertos riesgos transferidos que causan retraso (y sobre costes), por ejemplo, expropiaciones, reubicación de afectados, licencia ambiental, etc. (vea el desarrollo más adelante en <i>La necesidad de una actitud colaborativa y proactiva en el manejo de riesgos</i>)	Actitud (y estándares)
Falta de regulación de derecho y consecuencias de intervención / <i>step in</i> de la administración	Marco / estándares

Factibilidad legal (o falta de regulación mínima) de derechos de <i>step-in</i> de los acreedores/bancos	Marco (si no admite) / estándares
Falta de fondos/presupuesto para el monitoreo	Preparación / evaluación de proyectos
Falta de capacidades internas / falta de dotación de equipos o presupuesto	Actitud general (falta de institucionalización de la función de gestión contractual en el país)
Falta de cultura de gestión de riesgos y contingencia y de planes de contingencias	Actitud / conciencia
Falta de diálogo / adecuada gestión de relación con intercambio de información transparente y temprana con comités de seguimiento con más diálogo informal	Actitud / cultura de <i>partnership</i>
Inexistencia o insuficiencia de protocolos o manuales internos para procedimentar la gestión / administración de la evaluación de desempeño y cálculo de pagos, determinación de incumplimientos y cálculo e imposición de multas, etc.	Actitud / herramientas de gestión / contrato
Insuficiencia o ausencia de sistemas de gestión de información y documentos	Actitud / herramientas de gestión
Ausencia de sistemas de control de trazabilidad de incumplimiento persistente	Contrato / herramientas
Ausencia de procesos claros en el contrato en relación con la revisión y aceptación de la puesta en servicio	Contrato
Ausencia de control de fondos de reserva de mantenimiento	Contrato
Ausencia de mecanismos de control del cumplimiento de condiciones de reversión (vea el desarrollo más adelante en <i>La importancia de la regulación contractual de la obligación de reversión</i>)	Contrato / Herramientas de gestión

3.2.2. Ideas y recomendaciones en referencia a algunos problemas relevados

Esta sección desarrolla a continuación algunas ideas y recomendaciones para los potenciales problemas y puntos de atención que hemos considerado más relevantes.

i) La necesidad de una actitud colaborativa y proactiva en el manejo de riesgos

Como ya se explicó antes, en la Sección 2, hay tendencia a actuar por parte del gobierno como si el proyecto ya no fuera de su propiedad, cuando la responsabilidad última del proyecto frente al ciudadano recae en el gobierno. Y esto implica también responsabilidad en el manejo de todos los riesgos aun cuando hayan sido transferidos. Ello implica que en muchas ocasiones se entre en incumplimiento (especialmente hablamos de retrasos de construcción) teóricamente culpable, pero que no hubiese acaecido con una actitud más colaborativa por parte del socio público.

Algunos ejemplos usuales son la disponibilidad de los predios, la obtención de licencias ambientales o la aceptación de las comunidades al desarrollo del proyecto o al cobro de tarifas por su uso.

Si bien, gran parte de la responsabilidad de la gestión de estos puntos han podido ser delegados al sector privado a través del contrato, se observa muchas veces que es una labor que excede la capacidad privada y que se necesita de la gestión activa del gobierno para solventar estos asuntos.

Es necesario resaltar la importancia de una gestión conjunta: si bien los contratos en la región parecen contar usualmente con unas reglas claras en caso de incumplimientos y retrasos, es necesaria esta gestión coordinada para determinar qué causas de retraso son realmente atribuibles a la parte privada y cuáles no los son.

ii) El problema del enfoque fiscalizador de la obra tradicional

Las obligaciones con respecto a los diseños y la solución de la infraestructura en los contratos de APP, a diferencia de los de obra pública tradicional, deben recaer generalmente sobre el privado, quien con su *expertise* y como responsable del mantenimiento y la calidad de la obra en el largo plazo, debe plantear y ejecutar una solución que provea el servicio esperado con un coste optimizado y controlado. Es en este punto donde la entidad pública debe tener la capacidad de gestionar el contrato de manera tal de lograr sus objetivos (la calidad requerida o la ofertada cuando mejora aquella) sin caer en prácticas fiscalizadoras tradicionales, pero siendo eficaz en conseguir el cumplimiento del contrato por parte del privado.

Con carácter general se comenta que, en la región, los contratos de APP contienen los alcances generales y la capacidad buscada para la infraestructura, lo que se pensaría suficiente para dar conformidad con el diseño y su no objeción, si es el caso para no quedar comprometidos con una aprobación que les implique responsabilidad sobre los diseños. Sin embargo, el uso que se le da a la figura de los interventores o supervisores encargados de fiscalizar las obras hace que estos, dependiendo de las responsabilidades plasmadas en la ley de cada país, se puedan comportar más como en una fiscalización tradicional de obra pública que como deberían supervisar en un contrato APP.

En el caso particular de Colombia, a pesar de que la ley de APP es clara en la determinación de responsabilidades por el diseño y la construcción en la parte privada, hay una falta de claridad a nivel marco con respecto a la responsabilidad del interventor, el cual sigue cumpliendo su rol como en un proyecto de obra pública tradicional, lo cual no está alineado con el planteamiento del contrato y genera conflictos, retrasos y potenciales incumplimientos en el cronograma de obra.

Con esto en mente, es recomendable alinear a todos los actores que intervienen en los proyectos de APP bajo una misma línea de responsabilidad jurídica, de tal forma que el espíritu de los incentivos planteado en el modelo de negocio de una APP realmente se dé y no entre en contradicción con unos incentivos contrarios a los de los fiscalizadores o inclusive de los entes de control, procuradurías y contralorías, los cuales entran en etapas posteriores de la ejecución y mantenimiento de la infraestructura, y evaluarán a los funcionarios públicos responsables de la toma de decisiones.

En Uruguay, de manera similar, se reconoce que hay en la gestión de algunos contratos un claro riesgo de asumir inintencionadamente el riesgo de diseño y construcción por este enfoque tradicional de fiscalización de obra, que se encuentra presente en ambas partes (público/privado), algo que es común a muchos países. No obstante, se ha dado un importante esfuerzo por evolucionar del concepto de obra pública tradicional al de obra pública bajo la modalidad APP, tanto desde la perspectiva profesional como de la de funcionarios públicos, trabajando en la necesidad de reformular del rol de la supervisión desde

la Administración Contratante, reconociendo el reto de que la supervisión (especialmente de las obras) preserve la distribución de riesgos originalmente acordada entre las partes.

En el lado positivo, como ejemplo de una actitud menos fiscalizadora (en este caso en relación con el desempeño durante la fase de operaciones) se puede ver en México el establecimiento de premios por cumplimiento como forma de incentivo, que ha sido aplicado en el programa de Contratos APP de Conservación de Carretera desarrollados por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Se ha definido en los contratos un pago adicional del 5% cuando el desarrollador logra el cumplimiento del 100% de los estándares en una sección o segmento del tramo carretero, pudiendo perder todo ese incentivo con una sola deducción por incumplimiento que se le aplique a la sección. Esto podría ser, por ejemplo, una incidencia por deterioro de la superficie de rodamiento no atendido en los tiempos de respuesta pactados o la no reposición de algún señalamiento en los tiempos de contrato, eso ocasiona la pérdida del incentivo (Factor de Cumplimiento) en toda la sección para el resto de los estándares de Corona, Señalamiento, Funcionalidad de Derecho de Vía, Drenajes, Taludes y Servicios de vialidad, con lo que se tiene un doble efecto: si se logra es un incentivo o si se pierde dicho factor de cumplimiento puede ser visto también como una pena o perjuicio del desarrollador.

iii) La necesidad de una adecuada regulación de terminación anticipada por incumplimientos

Una buena regulación de la terminación anticipada por incumplimiento resulta esencial para que esta posibilidad se configure como un mecanismo de incentivo efectivo para controlar o evitar incumplimientos graves o recurrentes.

Para ello el contrato debe proveer con claridad los siguientes extremos:

- Cuáles son los incumplimientos que van a otorgar el derecho de terminación anticipada
- Definirlos claramente como esenciales y materiales
- Establecer un tiempo de remedio previo a la ejecución del derecho a terminación
- Otorgar derecho previo de *step in* a los prestamistas
- Describir de manera objetiva el cálculo de compensación por terminación anticipada por incumplimiento

En general existe consenso, entre los colaboradores de este documento, sobre lo razonable de la regulación contractual de escenarios de terminación anticipada por incumplimiento, en especial en cuanto a la definición objetiva de las causales y la necesidad de materialidad en el incumplimiento (destacando México y Uruguay) si bien se adolece a veces de una definición clara y objetiva de la forma de cálculo de las compensaciones por terminación (México)¹⁹.

¹⁹ Nos llama la atención lo poco frecuente en la región de instaurar la re-licitación del contrato como método para concluir la relación contractual con el partícipe privado incumplidor. En estos casos, ya frecuentes en Europa, se somete a concurso en competencia la adquisición de la SPE entre inversores/operadores interesados, quienes adquieren la sociedad de manos del socio privado saliente, disponiendo primero la entidad financiera actual y si hay remanente, los accionistas, de la cifra ofrecida por el inversor ganador. De esta forma la administración no ha de hacer desembolso

iv) La necesidad de indicadores de desempeño exigentes, pero claramente definidos y realistas

Resulta esencial que las condiciones de servicio queden definidas de manera clara, con niveles de exigencia realistas, y que sean objetivables en forma de KPI medibles. Lo contrario generará graves problemas en la adecuada monitorización del desempeño y las consiguientes disputas recurrentes, además de que de seguro implicará un costo más alto para pagar por parte de la administración contratante merced a la consiguiente prima por el mayor riesgo percibido por el privado de sufrir deducciones potencialmente injustas.

Por otro lado y en relación con la necesidad de actitudes flexibles, realistas y colaborativas, no es infrecuente a nivel global que en un contrato, la parte privada y también la pública se encuentren con que una determinada condición de servicio (como el nivel de calidad determinado en un requerimiento de servicio) es inalcanzable, o que su cumplimiento pleno requiera de una inversión que no resulta rentable para el privado (incluso por un error no intencional en el diseño del mecanismo de pago), quien podría preferir perpetuar ese posible incumplimiento marginal con una pérdida leve de ingresos. Ello puede requerir de la redefinición por ajuste de los requerimientos en beneficio de ambas partes.

Se considera que la batería de indicadores para regir el control del desempeño durante operaciones suele estar por lo general bien definida en términos de requerimientos de calidad y disponibilidad del servicio prestado.

Se observa que los contratos cuentan con unos indicadores claros de seguimiento, mecanismos de cura o rectificación y mecanismos efectivos de descuento sobre los ingresos esperados en caso de incumplimiento. Los incumplimientos suelen estar bien categorizados según su relevancia o gravedad.

Sin embargo, es indispensable que el nivel de indicadores esté en concordancia con el uso que se le va a dar al activo, los costos asociados a su mantenimiento y la practicidad de su monitorización: en casos como el de Colombia, algunos indicadores de calidad del pavimento, por ejemplo, tienen estándares superiores quizás a lo que sería necesario y que podrán implicar que el privado esté en riesgo de no cumplir con el indicador y sufra descuentos muy relevantes sobre los ingresos esperados, que solo podría evitar asumiendo un coste desmedido de construcción o de mantenimiento que no le resulta rentable.

Se observa por los expertos del panel que hay además un nivel de variación demasiado elevado en el diseño de KPI aún en el mismo país y para proyectos de mismo sector. En este sentido, se requiere de una mayor estandarización de los mecanismos de pago a nivel país y sector, que garantice mejor una mejora permanente de su uso y mayor consistencia de las estructuras lo que facilita su comprensión por parte del sector privado.

alguno, y el contrato no es necesario que se dé por terminado sino que continuará por los años que le resten en ese momento hasta su finalización natural.

En general, se comentó como en el modelo o esquema de las APP en México hay una buena praxis en el diseño y la definición de los mecanismos de pagos por desempeño/disponibilidad especialmente en carreteras pero también en hospitales²⁰.

v) La importancia de la regulación contractual de la obligación de reversión

Las condiciones para cumplir por parte del activo, al momento de la reversión deben de estar clarificadas desde el inicio en el contrato. Pero además, se deben prever mecanismos para controlar su cumplimiento, que deberían basarse en dos pilares íntimamente relacionados: inspecciones por un tercero / por cuenta de la administración, con carácter anual, desde ciertos años previos a la finalización del contrato (por ejemplo, 5 años) y obligación de dotar un fondo de reserva para las inversiones correspondientes al cumplimiento de las condiciones de reversión, controlando su suficiencia para acometer las inversiones necesarias, según el resultado de las inspecciones mencionadas (so pena de poder efectuar retenciones u obligar a la dotación de más fondos según se considere necesario).

En general, la región se comporta bien en sus prácticas en este punto: las condiciones de reversión del activo suelen estar establecidas desde el inicio del contrato y se prevén mecanismos de inspección del cumplimiento de estas. En este punto se puede destacar de nuevo México²¹.

Sin embargo, en ocasiones se requeriría una mejor o más clara regulación del proceso o mecanismo de control del cumplimiento de las condiciones de reversión.

vi) El problema del monitoreo: ¿Quién debe realizarlo?

La práctica global de países más maduros en sus estrategias APP nos hablan de la necesidad de descansar el monitoreo esencialmente en la información que debe generar el propio privado con un manejo adecuado de su sistema de gestión de calidad, y que será contrastada con chequeos aleatorios sin perjuicio de que siempre deberá ser debidamente revisada y analizada. La racionalidad de esto es sencilla: el privado siempre tendrá un incentivo para inspeccionar el estado del activo y controlar la calidad del servicio en la medida de que sus ingresos (o posibles penalidades) dependen de ello.

Sus obligaciones de inspección y reporte partirán de unos requerimientos mínimos en las bases del contrato sujetos a posibles mejoras en oferta.

Sin embargo, en la región, normalmente se aplica una práctica diferente, por la que los recursos de inspección de los niveles de servicios, aun siendo fondeados / sufragado su coste por el partícipe privado, quedan definidos por la parte pública.

²⁰ Algunos ejemplos concretos que se citaron fueron el contrato M&R de la Autopista Guadalajara – Colima con BANOBRAS (M&R = Mantenedor Rehabilitador) o el APP Querétaro – San Luis con SCT, en carreteras o los APP de hospitales del Hospital Regional de Alta Especialidad del Bajío o el Hospital Regional de Alta Especialidad de Ixtapaluca.

²¹ Veá, por ejemplo, el M&R de Guadalajara Colima o la Concesión Estatal del Libramiento de Celaya.

Por otro lado, cuando la información para el monitoreo es generada en primera instancia por el privado, al pensar en la gestión de esa información, hay que pensar en cómo se va a garantizar el acceso inmediato a la misma por parte del socio público.

En este sentido es de destacar, el enfoque en algunos proyectos de México respecto al monitoreo y que se explica en el cuadro a continuación.

- **Cuadro 2:** El caso de los sistemas automatizados de monitoreo en México.

Es de destacar el empleo de sistemas automatizados de monitoreo (Unidades de Autocontrol) de las condiciones de la carretera en algunos proyectos de México como son requeridos en los contratos de Mantenedor Rehabilitador Operador de BANOBRAS y en las APP de Conservación Carretera de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes ambos con pago basado en el cumplimiento de Estándares de Desempeño. En dichos contratos se exige que el desarrollador cuente con una Unidad de Autocontrol que mediante recorridos, estudios de medición de estándares con equipo de alto desempeño y operación de un Sistema Informático de Gestión de Carreteras, se registre y se de seguimiento a las incidencias e incumplimientos en los estándares contractuales y también a los trabajos de conservación que se desarrollen en la vía. La información registrada en el sistema de gestión por parte de la Unidad de Autocontrol debe ser accesible para la Supervisión Externa (empresa contratada con recursos del proyecto al servicio del ente gubernamental) y para los funcionarios designados del ente contratante. Estos entes pueden también hacer sus propias mediciones de contraste y realizar inspecciones programadas y no programadas para la validación de los pagos mensuales.

Otra tendencia reciente de mercado a nivel de buenas prácticas globales es la búsqueda de la mayor participación de los usuarios en la monitorización del servicio.

3.3. Ejemplo de autoevaluación del enfoque y grado de preparación para la buena gestión del desempeño: México vs. Uruguay

En el siguiente gráfico, mostramos una evaluación (subjetiva y personal) realizada para este documento, sobre una lista de los principales factores o elementos de éxito para la buena gestión del desempeño, que incluye en especial aspectos que son o deberían ser parte del contrato, así como algunas otras herramientas y actitudes²².

Se les pidió valorar de 1 a 5 según su conocimiento o percepción cada factor o aspecto relativo a la buena gestión del desempeño en cuestión, siendo 1 “no se cumple o se cumple muy raramente” y 5 “se cumple siempre y de manera muy satisfactoria”.

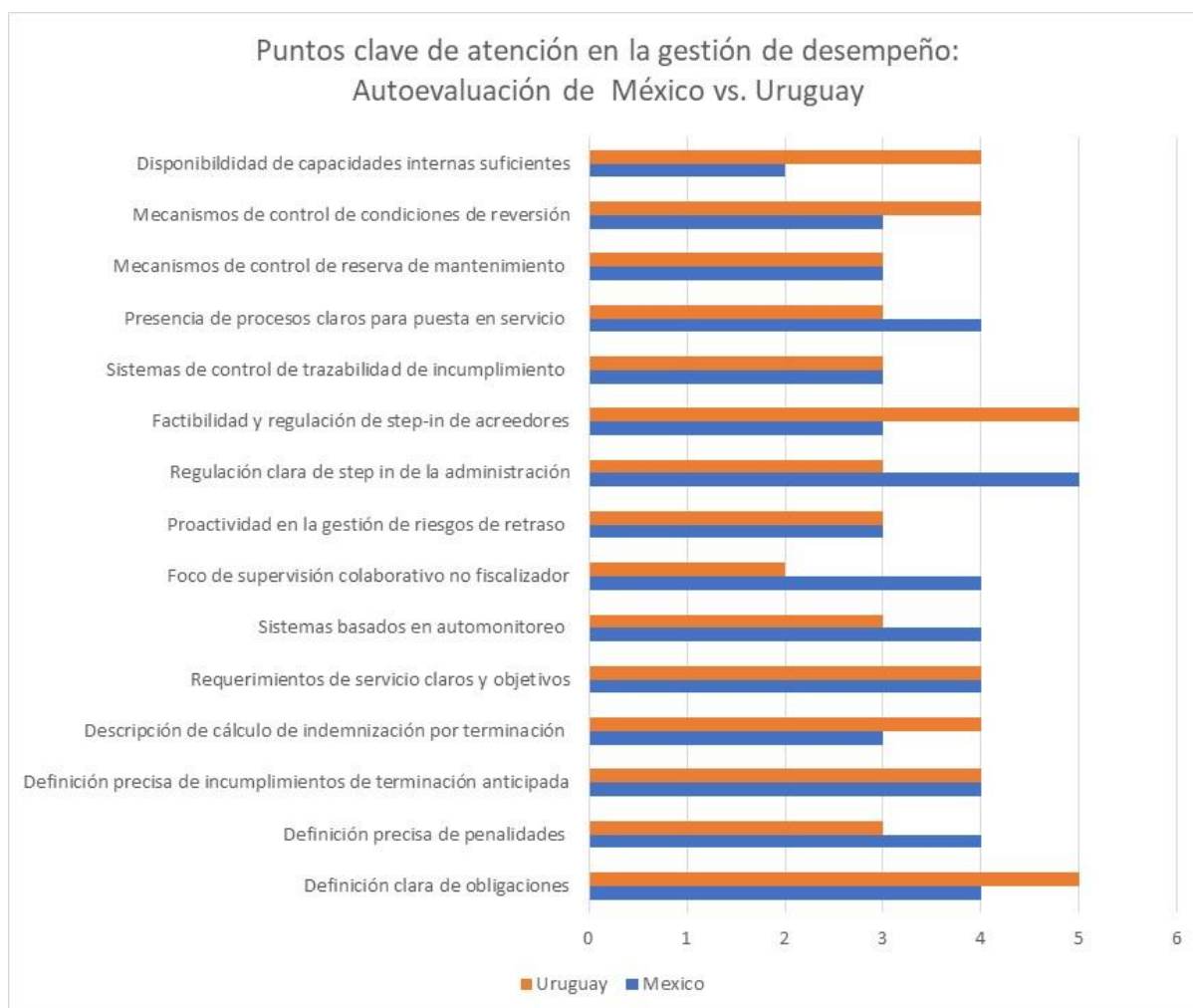
Es interesante observar, por ejemplo, como se considera que destacan en México en lo positivo, aspectos como la regulación del *step in*, o la claridad en los contratos en cuanto a definición de obligaciones (nivel 5 sobre 5), así como también (4 sobre 5), las capacidades

²² Sería interesante el considerar, por parte de los países, algún sistema de evaluación de la calidad de sus contratos, enfoques y sistemas de gestión contractual, bien por expertos independientes, bien por personal interno o bien por el inversor/promotor privado, a fin de ayudar a identificar los puntos de mejora más relevantes en cada caso. Dicha posibilidad o una definición más precisa de un sistema de evaluación como el que se sugiere queda, no obstante, lejos del alcance de este documento.

internas / dotación de equipos de gestión por la parte pública entre otros. En lo negativo sobresale el exceso de foco fiscalizador en la supervisión de los contratos.

En el caso de Uruguay el principal defecto apuntado es precisamente las capacidades internas o la dotación de recursos para la buena gestión.

- **Gráfico 1:** Una evaluación libre y subjetiva de los puntos clave de atención en la gestión de desempeño



Fuente: elaboración propia en base a una encuesta diseñada para este documento.

4 Gestión de Riesgos (y Gestión de Reclamos por Riesgos Retenidos)

4.1. Marco general

4.1.1. La gestión de riesgos y los reclamos por riesgos transferidos

Se trata de la gestión continua de los riesgos durante la vida del contrato con el objetivo de minimizar su impacto en el coste y la disponibilidad del servicio, lo que se debe hacer a través de diversas vías como, por ejemplo:

- Colaborando en minimizar las probabilidades de ocurrencia de los riesgos transferidos y el valor de su potencial impacto (lo que comienza en una buena preparación del proyecto, que incluye estudios en profundidad de riesgos relativos a las condiciones de suelo, la reubicación de residentes, expropiaciones, pero que debe continuar durante la vida del contrato bajo una gestión integral y proactiva de todos los riesgos). *Vea i) La necesidad de una adecuada asignación de riesgos y en todo caso la importancia de asumir responsabilidad en la gestión de todos los riesgos.*
- Mitigando el potencial impacto de los riesgos retenidos, sobre todo con una buena gestión de las actividades y responsabilidades retenidas (por ejemplo, expropiaciones). *Vea i) ídem anterior.*
- Cumpliendo debidamente con los compromisos adquiridos en el contrato en relación con la compensación de riesgos retenidos y compartidos, así como con los compromisos de otorgar alivios de incumplimiento.

4.1.2. Herramientas del contrato para una buena gestión de riesgos

Son:

- Asignación clara de responsabilidades y riesgos (y las condiciones de acceso al alivio o compensación).
- Mecanismos de compensación (por ejemplo, pago directo, revisión de tarifas, extensión de plazo, etc.).
- Protocolo de cálculo de reequilibrio/compensación
- Proceso de resolución de disputas (en relación con conflictos o disputas sobre existencia del derecho de compensación o alivio, sobre la valoración de impactos o en la implementación de la compensación o reequilibrio). *(Vea el punto iii) El papel de los mecanismos de resolución de disputas).*
- Regulación precisa de fuerza mayor *(vea el cuadro de texto “La definición de fuerza mayor y su tratamiento”)*
- Posibilidad de terminación anticipada en casos de fuerza mayor y potencialmente otros posibles eventos extraordinarios de impacto extremo. *(Vea iv))*

4.1.3. Otras herramientas que ayudan a la buena gestión del riesgo, más allá de lo previsto en el contrato

- Sistema de control y monitorización de riesgos (Vea el desarrollo más adelante en esta sección)
- Planes de contingencia (para fuerza mayor o para eventos de terminación por causa de un riesgo de impacto extraordinario, p.ej. caso de quiebra de la sociedad del proyecto por baja demanda²³).
- Fondos de contingencia
- Protocolos de gestión de reclamos por riesgos retenidos o compartidos detallando el proceso de solicitud, evaluación, discusión, estimación de impacto, etc. (Vea el desarrollo más adelante en esta sección)

4.1.4. La actitud necesaria para una buena gestión de riesgos

- Abierto al diálogo
- “Ownership” (es decir, ejercer de verdadero dueño del contrato y responsable del proyecto frente a la ciudadanía) y gestión proactiva: el gobierno es el responsable último del proyecto y por ende de todos los riesgos, además de que un riesgo transferido puede “volver” sobre el gobierno en forma de rescate o terminación anticipada. Debe acompañar la gestión de todos los riesgos y debe cumplir eficazmente sus obligaciones explícitas en contrato de compensación en tiempo y forma
- Actitud/enfoque profesionalizado de gestión de riesgos y proyectos (*Project Management*)

4.2. Principales problemas, defectos potenciales o puntos de atención para la gestión del desempeño

Muchos de los problemas más habituales y puntos de atención como posibles defectos de la estrategia y enfoque de la gestión del desempeño, tienen que ver con posibles defectos o necesidades de mejoras en el enfoque de los contenidos del contrato (a lo que defendemos que tiene que dar respuesta el desarrollo de una praxis de estandarización de contratos²⁴ sin perjuicio de la importancia de contar con un equipo multidisciplinario experimentado), o con la ausencia o defecto de herramientas de gestión.

Otros, como se explicó en los apartados introductorios tienen que ver con una percepción equivocada de lo que supone la gestión de contratos en su conjunto y, en particular, en este caso, con lo que supone la responsabilidad en la gestión de los riesgos (problemas de “actitud”).

²³ Este tema se aborda también en la sección 6.5. “La gestión de contratos y la terminación anticipada”.

²⁴ Ver Sección 8, La necesidad de desarrollo de estándares contractuales.

La Tabla 2, a continuación, propone una lista resumen de los más relevantes, e indica su relación con el contrato, las herramientas de gestión o los problemas de actitudes o percepción.

Algunos de ellos son desarrollados en mayor detalle en los siguientes apartados.

- **Tabla 2: Potenciales problemas en la gestión del riesgo y puntos de atención discutidos y su origen o fuente**

Aspecto / posible problema o punto de atención	Relacionado con
Fallas en la asignación adecuada de riesgos.	Preparación (estándares)
Fallas en la debida implantación de esta en el contrato con definición exhaustiva de eventos de riesgo.	Contrato
Específicamente problema de indefinición o concreción del concepto de fuerza mayor en algunas jurisdicciones	Marco y Contrato
Falta de preparación de los proyectos con mitigación temprana de riesgos (por ejemplo, desarrollando estudios/investigaciones adecuadas en relación con las condiciones del suelo, o en relación con el proceso expropiatorio, o evaluaciones de impacto social y ambiental, y el inicio de su gestión efectiva antes de la licitación, etc.).	Preparación
Falta de gestión apropiada de responsabilidades retenidas (por ejemplo, expropiaciones).	Actitud / enfoque de gestión / herramientas de gestión
Falta de acompañamiento / apoyo en gestión de riesgos transferidos (por ejemplo, permisos).	Actitud
Ausencia de fondos para pago de compensaciones y retraso en el pago de estas (falta de mecanismos como fondos de contingencias u otras soluciones de flexibilidad presupuestaria)	Herramientas de gestión
Excesivo o a veces pleno descanso en el participe privado para financiar el impacto/pérdida (exceso de uso de reequilibrios)	Actitud
Falta de capacidades internas / falta de dotación de equipos especializados o presupuesto	Actitud general (falta de institucionalización de la función de gestión contractual en el país)
Demoras/dificultades para llegar a acuerdos en reclamos por riesgos retenidos o compartidos, y ausencia de mecanismos efectivos de resolución de disputas	Marco y Contrato
Falta de desarrollo de planes de gestión y sistemas de control y monitoreo de riesgos (que incluyan todo riesgo y no solo los retenidos)	Herramientas de gestión / Actitud gestora
Falta de planeación de contingencias (por ejemplo, un plan para gestionar una situación de terminación anticipada debida a la ocurrencia de un riesgo de impacto extraordinario)	Herramientas de gestión / Actitud gestora
Falta de reporte "aguas arriba" (hacia las agencias centrales) del valor de los riesgos (pasivos contingentes) y su evolución	Marco / actitud general de incorporación de gobernanza "aguas arriba"

Algunos de los problemas o puntos de atención para considerar en la gestión de riesgos del contrato

i) La necesidad de una adecuada asignación de riesgos, su debida implantación en contrato y la importancia de asumir responsabilidad en la gestión de todos los riesgos

- Lo necesario de una adecuada asignación de riesgos.

La asignación de riesgos nos marca la pauta en la gestión de estos durante el contrato, ya que en aquellos que son transferidos o compartidos, la gestión de estos en primera instancia se ha transferido al privado (a pesar de que aun así, recordemos, no podemos desentendernos de su adecuada monitorización y colaboración en gestión proactiva).

Desde la preparación y la estructuración del proyecto, la columna vertebral del modelo de negocio de las APP se desarrolla con base en la asignación de riesgos (no es asignación de culpas o de conveniencias) a la parte que está mejor capacitada para gestionarlos de manera eficiente (mitigando probabilidades de ocurrencia, o transfiriéndolos a una tercera parte de manera rentable, o de absorberlos, siendo capaz de mitigar sus consecuencias financieras o impactos, o siendo capaz de valorarlos con mayor fiabilidad o confianza).

Las últimas décadas han revelado la adopción, por países de América Latina y Caribe, de prácticas estándar en identificación, asignación, valoración y mitigación de riesgos, resultando en contratos con mayor estabilidad jurídica y que, al mismo tiempo, proporcionan el correcto alineamiento de incentivos para ambas las partes (se destacan los casos de Perú y Colombia al incorporar además estándares de asignación de riesgos²⁵).

Sin embargo, en algunos de los riesgos, como aquellos referentes a los ingresos por tarifas (peajes principalmente) y costos prediales, se han experimentado variaciones extraordinarias entre la fase de preparación del proyecto y las fases de construcción y operación, lo cual ha generado problemas en los aspectos de financiación y flujo de retribución del proyecto, y activado las cláusulas de compensación o reclamos en riesgos compartidos.

En definitiva, se observa que en la región se han venido asignado riesgos más allá del nivel teóricamente recomendado, lo que termina teniendo consecuencias para ambas partes. Se hace necesario reflexionar sobre lo adecuado de la transferencia de algunos riesgos.

Este es el caso de riesgos como los prediales (cuando la gestión expropiatoria ha sido transferida al privado), sociales, ambientales, geotécnicos, y de redes, que en cierta medida pueden ser gestionados por el privado, pero en muchos casos, en esencia, están fuera de su control por carecer de instrumentos para su gestión efectiva (por ejemplo, expropiaciones o permisos), o porque no cuenta con la información suficiente para una adecuada valoración de estos (condiciones de subsuelo, redes de servicios)²⁶.

²⁵ Véanse, por ejemplo, los documentos CONPES aprobados por distintas resoluciones de la DNP en Colombia.

²⁶ Se recomienda la lectura de la sección 5 del Capítulo 5 de la Guía del Certificado CP3P y su apéndice en cuanto a buenas prácticas en asignación de riesgos.

- **Lo necesario de identificar y describir de manera precisa los riesgos retenidos y compartidos.**

Pero no todo es acertar con la asignación de los riesgos más adecuada, a los fines de la búsqueda de un mayor valor por dinero. La asignación debe estar implantada en el contrato de manera clara, sin ambigüedades, incluyendo definición precisa de los eventos, exhaustividad en la identificación de aquellos retenidos o compartidos, y claridad en los enfoques del acceso a las compensaciones o reequilibrios. Esto es propio de la etapa inicial de estructuración del proyecto y constituye un aspecto para evaluar muy seriamente.

Un aspecto concreto que es crucial en cuanto a la necesidad de mayor claridad es el concepto de riesgo de fuerza mayor, que debiese contar o bien con una definición por lista cerrada/exhaustiva de eventos, para definir según cada contrato, o bien de al menos una lista no exhaustiva de eventos, junto con una definición precisa de las características del evento para ser considerable como fuerza mayor.

En este punto la región no puntúa bien (con carácter general), ya que se reconoce falta de claridad y exhaustividad en la definición de los eventos de riesgo que dan lugar a la compensación (por ejemplo, México), y muy en concreto el problema de la definición o falta de definición más bien del concepto de fuerza mayor (por ejemplo, México y Uruguay).

- **Cuadro 3: La definición de fuerza mayor y su tratamiento**

En la mayor parte de los países de la región (si es que no en todos), el término de fuerza mayor para los contratos públicos se aborda desde la perspectiva de definición amplia, según características (por ejemplo, Colombia), cuando no se aplica directamente la definición o la doctrina propia de la legislación civil o mercantil, en muchos casos sin facilitar definición alguna en el contrato.

Sin ser necesario un enfoque de definición cerrada por lista exhaustiva de eventos (más propia de países regulados por derecho común (*Common Law*), aunque también de otros como España), resultaría conveniente instaurar un estándar de definición lo más precisa posible, separada de la ambigüedad que genera el concepto de “riesgo imprevisible”, centrada en cubrir eventos de verdadera naturaleza irresistible (desastres naturales -actos de dios- o eventos geopolíticos –por ejemplo, guerras), junto con la definición de una lista de eventos concretos que se aceptan como fuerza mayor, aunque no sea una lista cerrada.

En todos los casos, cabría considerar la implantación de los estándares más comunes a nivel internacional en relación con su regulación, en los países en los que no estén presentes, a saber: la facultad de cualquiera de las partes de terminar anticipadamente el contrato con un régimen de compensación especial, que no incluye compensación por lucro cesante sino mero resarcimiento de la parte de la inversión pendiente de recuperar, pero lo anterior transcurrido un tiempo mínimo de imposibilidad de continuidad del contrato, y siempre sobre la base de la existencia previa de seguros contratados por el privado con requerimientos mínimos de cobertura según se definen en el contrato.

- **Lo necesario de asumir responsabilidades de acompañamiento en los riesgos transferidos.**

En los casos en que estos riesgos sean asignados al privado (sin perjuicio de lo conveniente en algunos casos de que dicha transferencia sea compartida o limitada para generar cierta certidumbre), sin el acompañamiento o la gestión pública, la incapacidad de expropiación²⁷, de lograr acuerdos con las entidades ambientales o con las comunidades puede conllevar a la paralización de obras, la cancelación del contrato o retrasos considerables en la ejecución de las obras. Solo cuando el sector público entra a gestionar, mediar o decidir sobre estos temas, se ha visto que las partes de los proyectos logran solucionar sus desacuerdos y se encarrilan en la buena ejecución.

Los financiadores en algunos países (por ejemplo, Colombia) han exigido la solución anticipada de la compra de predios y las licencias ambientales (o sus directrices esenciales) y sociales antes de desembolsar los recursos de crédito, lo cual al no darse en los tiempos esperados genera retrasos en la ejecución y por ende mayores costos por aportes adicionales de capital (equity) en el proyecto o simplemente incumplimiento en los plazos de ejecución.

Es necesario que los gobiernos analicen adecuadamente todos los riesgos y su posible impacto en el apetito de inversión en los proyectos ²⁸, de tal forma que se retengan los riesgos en los que el privado no tiene la capacidad de añadir valor en su gestión, o que se plantee compartirlos o acotarlos/limitarlos ²⁹, de tal forma que se mantengan los incentivos para la gestión del privado pero se reconozca parte los sobre costes, por ejemplo, en los casos en que los estudios previos estuvieron desfasados y existieron causas no controlables que llevaron a mayores costos, generando así además incentivos para que la parte pública coadyuve proactivamente en la gestión de estos.

²⁷ El riesgo de expropiaciones es un riesgo sobre el que no termina de haber consenso. Resulta claro que el sector privado, con las herramientas jurídicas adecuadas, puede ser más eficaz en la gestión de las expropiaciones. Sin embargo, resulta también evidente que el riesgo de sobre costes es enorme, desde el punto de vista especialmente de probabilidad de ocurrencia, aunque también de valor potencial del impacto. Sin embargo, se ha evidenciado que la solución de retener no ya el riesgo sino la responsabilidad de la gestión (directa) del proceso de expropiaciones, se ha convertido en algunos casos en un problema de magnitud insospechada, con severos retrasos en el proceso que generan retrasos en el inicio o el avance de las obras, con un impacto financiero en el socio privado de muy difícil gestión (lo que ha traído en muchos casos consigo la imposibilidad de cierre financiero antes incluso que el impacto en el posible retraso del plazo de construcción). Se considera que, la asignación de la gestión de las expropiaciones al privado bajo un régimen de compartición de riesgo de sobre el coste, con un límite absoluto del impacto financiero afectable al privado, es una opción posible si existen o se crean los mecanismos jurídicos adecuados para habilitar al privado a la gestión efectiva de estas y si la legislación local lo habilita.

²⁸ Apuntar que es recomendable y considerado una buena praxis que desde la fase de estructuración los gobiernos realicen rondas de sondeo de mercado con este objeto entre otros. Por ejemplo, el Estado de São Paulo, en Brasil, ha realizado rondas permanentes con agentes de mercados, asociaciones y otros *stakeholders* para obtener informaciones que ayuden el gobierno a delimitar adecuadamente el objeto contractual y sus peculiaridades.

²⁹ En el caso colombiano, por ejemplo, los riesgos prediales, sociales-ambientales, de redes y geotécnicos fueron compartidos por un sistema de bandas en los proyectos de las carreteras 4G, en donde el primer sobre costo del 20% es asumido por el privado, seguido de una franja compartida entre ambas partes si el sobre costo está entre el 20%-80%, y en caso de que los sobre costos superen el 100% el público entra a asumir el costo adicional. Esto busca incentivar y responsabilizar al privado en la gestión, reconocimiento hasta cierto punto la posibilidad de la gestión y limitación del privado en sus funciones e información.

Lo anterior siempre sin perjuicio de incrementar la necesidad de desarrollar mejores y más profundos estudios e investigaciones de manera previa al cierre de la estructura de los contratos (estudios de expropiaciones, mapas arqueológicos, estudios de impacto ambiental y social, estudios de demanda, de condiciones de subsuelo, etc.), pues aun cuando el riesgo relacionado vaya a ser transferido, la información creíble y detallada disminuye la incertidumbre y por ende disminuye el precio de la transferencia del respectivo riesgo.

Es importante también, que el contrato establezca la exigencia de compromisos contingentes a ambos partícipes y así el riesgo tenga una cobertura previsible y se minimice el impacto de las sorpresas que puedan restringir la ejecución del proyecto.

- **Cuadro 4: El problema concreto de los proyectos sujetos a tarifa regulada.**

Según se observó, es frecuente la existencia de conflictos y problemas en contratos que operan bajo un marco tarifario regulado.

Al margen de la consideración de que en muchos países las tarifas se perciben (o quizás son) altas, en especial las de energía y agua, los esquemas concesionales con tarifa regulada tienen un alto impacto en la gestión de reclamos y de pedidos de reequilibrios, esencialmente cuando la tarifa no viene siendo actualizada como se esperaba. Estos problemas solo pueden ser solucionados “ex ante”, previéndolos en el contrato y generando una estructura eficiente para su resolución o para su eliminación.

Un ejemplo que se expuso es el concepto de tarifa “técnica” utilizado en las APP de transporte en España y que se puede evidenciar en casi todos los proyectos APP de metros y tranvías del país (por ejemplo, los tranvías de Barcelona, el metro de Sevilla o el de Málaga). Se trata de una “tarifa en la sombra” fijada por contrato, que queda indexada al IPC y que genera automáticamente el ingreso a compensar por diferencias (donde abona el gobierno / autoridad contratante la diferencia entre el ingreso calculado con la tarifa técnica y el ingreso realmente percibido en función de la tarifa real).

Un enfoque similar es el que se aplica en los proyectos de APP de autopistas con peaje en Colombia, y se puede apreciar en los proyectos del programa 4G.

ii) **La necesidad de gestionar adecuadamente el cumplimiento de los compromisos por riesgos retenidos**

El derecho de reclamo por eventos de compensación debe ser claro y encontrarse bien establecido en los contratos, con una clara descripción de los mecanismos de compensación por lo general, así como el proceso para el cálculo del reequilibrio.

Por lo general, la región parece puntuar bien en este extremo, según observan los expertos del panel de discusión, si bien en ese último punto (procesos de reequilibrio) se puede observar en ocasiones un defecto de claridad en el proceso de cálculo del reequilibrio, o un anclaje en el indicador VAN en lugar del indicador de la TIR de capital y respecto al RCSD que entendemos es lo que debería prevalecer. Otro defecto notable que se observa en casi toda la región es la tendencia al uso de la extensión del plazo como mecanismo de reequilibrio, algo que (salvo en los proyectos basados en pagos por usuario, donde es un

mecanismo natural de reequilibrio) debería ser un mecanismo de última opción por la ineficiencia financiera que puede generar³⁰.

Pero más allá de eso, la parte pública debe atender a una buena gestión de pronto pago de sus compromisos de compensación, y, sobre todo, que los impactos de riesgos que supongan inversiones adicionales se procuren financiar directamente por parte de la administración contratante, sin apelar a la financiación de estos por parte del privado o cuando se hace, que no sea sino en base al mejor esfuerzo por captar y aportar dicha financiación.

En este sentido, es conveniente en la medida de lo posible, contar con esquemas de dotación/creación de fondos de contingencia³¹.

En este punto se observa que algunos países en la región cuentan con fondos de contingencia (por ejemplo, Colombia). Sin embargo, existe incertidumbre en los tiempos de pago o reintegro de los recursos aun en esos casos, lo cual genera impactos económicos adicionales en el partícipe privado, motivada por la usual indisponibilidad de fondos para atender los compromisos.

Parece bastante difundida la mala práctica de obligar al privado a financiar la pérdida mediante mecanismos de reequilibrio (algo relativamente común, por ejemplo, en México).

Es conveniente establecer el reconocimiento/devengo de un interés por retraso del pago de los compromisos de compensación, a pesar de que de por sí tampoco garantiza del todo el pago en tiempo y forma.

En el caso colombiano, se observó que se establece un costo de interés remuneratorio de los recursos que compensan el riesgo retenido o compartido, pero aun así existe incertidumbre en los plazos de pago, lo cual le exige al privado aportar los dineros, sea vía capital (equity) o deuda, para asumir los sobrecostos y así no impactar el cronograma de la obra, lo cual pone una presión financiera adicional en los proyectos, que potencialmente hace más vulnerable al mecanismo.

Por todo ello, es altamente necesaria una gestión financiera eficaz³² por parte de las administraciones contratantes y sus gobiernos, de manera que se garantice mejor la

³⁰ La ampliación de plazo puede reequilibrar el VAN de los flujos del proyecto, pero puede afectar la bancabilidad por afectar el Ratio de Cobertura de la Deuda, además de incrementar el valor presente de los compromisos fiscales (en el caso de las APP de pagos por gobierno), además de expandir el periodo en el que seguimos sometidos a la pérdida de flexibilidad gubernamental. No obstante, el utilizar ratios de cobertura y TIR, como indicadores clave para definir el reequilibrio, requiere de un modelo financiero consensuado adjunto al contrato como herramienta de cálculo, algo que en algunos países (por ejemplo, Colombia) no se usa.

³¹ Mediante el esquema de fondos de contingencia, se realiza una valoración de los riesgos retenidos, y se efectúan dotaciones de fondos contra presupuesto de manera que el riesgo retenido (o una parte de este) se registra como gasto desde el inicio y se va contando con fondos que permiten no tener que acudir a la apropiación presupuestaria cuando un evento de riesgo se materialice, dando gran flexibilidad en la gestión fiscal y en la capacidad de honrar los pagos debidos por riesgos retenidos o compartidos, lo cual es muy bien valorado por los inversores.

³² Por ejemplo, mediante préstamos de liquidez por parte de la banca pública o una agencia financiera para adelantar los importes definidos en el acuerdo de compensación, la flexibilización de los

disponibilidad de fondos para realizar los pagos en su debido tiempo, o de lo contrario se repercutirá negativamente en la reputación y credibilidad del respectivo programa APP.

iii) El papel de los mecanismos de resolución de disputas

Lógicamente, la determinación de la existencia del derecho de compensación (es decir, determinación de la verdadera ocurrencia de un evento compensable que reúna las condiciones establecidas en contrato) así como la determinación del impacto financiero del evento y el cálculo de la propia compensación (sobre todo en casos de reequilibrio, donde el privado adelanta la financiación para absorber en primera instancia el impacto), es materia posible de disputa. Por lo que resulta esencial habilitar mecanismos ágiles y claros para su resolución, como manera de mejorar la gestión del riesgo retenido³³.

En lo que respecta a los reclamos y las disputas, la percepción del panel de expertos es muy positiva. Se ha promovido en casi toda la región la buena práctica de que los contratos contengan un “proceso de resolución de disputas” jerarquizado, con varias instancias consecutivas de solución de conflictos, de tal forma que en primera instancia se fomenta el acuerdo de soluciones directamente entre las partes. En caso de que no sea posible el acuerdo directo o amigable, muchos países cuentan con la figura del “panel de resolución de disputas”, el cual consta usualmente de tres expertos (uno designado por cada parte y otro de común acuerdo) a fin de entender el caso y llegar a una resolución³⁴. La instancia superior, de fallar el panel, puede ser el arbitraje (nacional o internacional, siendo esta última considerada la mejor praxis) cuya resolución es normalmente inapelable al menos en cuestiones de fondo), o se acudiría a un tribunal, cuya sede es el último recurso y suele tomar mayores tiempos.

iv) Posibilidad de terminación anticipada en casos de fuerza mayor y potencialmente otros posibles eventos extraordinarios de impacto extremo. El potencial uso de la terminación anticipada de contrato para ciertos supuestos de riesgos

Un último tema que merece resaltarse es la terminación anticipada del contrato como herramienta de gestión de riesgos.

Más allá de lo que resulta más usual, que es el reconocimiento de un derecho a ambas partes para resolver el contrato con una determinada indemnización en beneficio del socio privado, en casos de fuerza mayor (en algunos países), cabe incorporar la misma filosofía (derecho a invocar la terminación anticipada) en otros casos de riesgos que se consideren retenidos o compartidos aunque no resulten catalogables en algunas jurisdicciones como de fuerza mayor (cuando esta quede definida en el contrato de manera acotada), o para generar mayor

mecanismos de acceso a los fondos de contingencia o la generación de partidas contingentes en el presupuesto.

³³ Los procesos de resolución de disputas son una herramienta también esencial en la buena gestión del desempeño ante las potenciales discrepancias en cuanto a la existencia de incumplimientos, lo adecuado o no de la imposición de penalidades o del cálculo de la retribución en los pagos por disponibilidad entre otros. En la sección 6 “Otras Materias Relevantes en la Gestión de Contratos”, se ofrece descripción adicional sobre este tema, que afecta a casi todas las facetas de la gestión contractual.

³⁴ A veces a esta instancia le precede una negociación con un “mediador”.

certidumbre en relación con ciertos eventos de riesgo para los que podría ser invocada la causa de fuerza mayor pero cuya determinación final se demoraría mucho.

No son raros los casos en que el operador sufre serios problemas financieros que surgen, por ejemplo, de la imprevista insuficiencia de la demanda del servicio, por actos directos del estatal, u otros casos catalogables como caso fortuito o fuerza mayor.

- **Cuadro 5: La posibilidad de extinción anticipada por causas especiales en el Estado Sao Paulo**

Para estos casos el Estado de São Paulo, en Brasil, ha diseñado una solución contractual que posibilita la extinción contractual anticipada. Esta materia es disciplina contractual, porque la Ley Federal de Concesiones (Ley Federal N.º 8.987/1995) no prevé esta posibilidad y la Ley de Concesiones del Estado de São Paulo (Ley N.º 7.835/1992) permite la extinción anticipada del contrato, pero se trata de una autorización genérica.

Esto es, para casos específicos, que el instrumento jurídico de las APP regionales tiene una salida previa, amigable, que evita que el gobierno mantenga concedido un servicio cuyo contrato está siendo mal ejecutado por causas no directamente imputables al privado, o que el privado siga ejecutando un negocio sufriendo un fuerte deterioro financiero, lo que hará normalmente a expensas de la calidad y disponibilidad del servicio.

Los contratos del Estado de São Paulo, tienen una cláusula específica de extinción anticipada. La extinción anticipada solamente puede ocurrir luego de verificados eventos específicos como (I) caso fortuito y fuerza mayor que no sean asegurables en Brasil y cuyas consecuencias se extiendan por más de 90 días; (II) imposición de limitaciones en valores de tarifa específica para el proyecto (cuando se trata de un proyecto con libertad tarifaria del concesionario); (III) materialización de riesgos derivados de imposiciones tributarias que, además de la libertad tarifaria, afecten demasiado el flujo de caja de la concesión y este no se mantenga apto para solucionar el desequilibrio por medio de los instrumentos previstos en el contrato; y (IV) eventos de desequilibrio cuando la proyección del impacto en el flujo de caja a valor presente supere el montante determinado en el contrato.

Se trata de eventos de impacto extraordinario que resulten en la imposibilidad de recomposición de la ecuación económico-financiera del contrato sin perjudicar seriamente la calidad y disponibilidad del servicio.

En todo caso, las partes tienen la opción de readecuar el contrato a los términos iniciales (reequilibrio) o promover la extinción anticipada. Para las hipótesis en que existan impactos tributarios en la concesión, para no ir hacia la extinción, y siempre que la solución sea oportuna, la autoridad contratante puede optar por no extinguir la concesión y asumir los efectos financieros por medio del reequilibrio contractual.

I. Para el caso fortuito y la fuerza mayor = fórmula general de indemnización (parcela de inversiones relacionadas a bienes reversibles aún no amortizados o depreciados).

II. Para casos de imposición de limitaciones de valores de tarifas y eventos de desequilibrio cuya proyección del impacto en el flujo de caja a valor presente supere el montante determinado = misma fórmula del rescate de la concesión (nacionalización del proyecto, retorna el activo al estado).

III. Para casos de materialización de riesgos tributarios = misma fórmula de caducidad/cancelación de la concesión

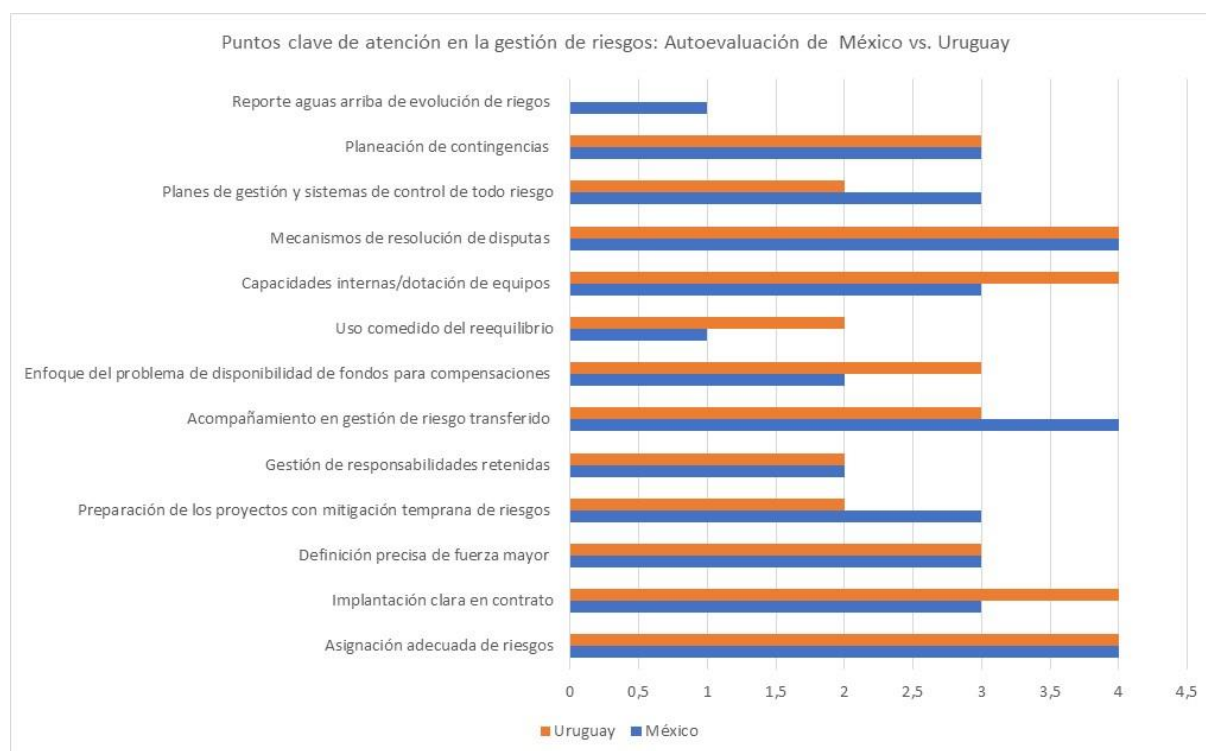
Existe también la posibilidad de una extinción amigable del contrato mediante su calificación a los fines de una nueva licitación, en el programa del Gobierno de São Paulo después de la solicitud del operador, pero las hipótesis son más genéricas que las del régimen de extinción anticipada (inobservancia recurrente o permanente de las disposiciones contractuales, o incapacidad de cumplir con las obligaciones contractuales o financieras asumidas). Después de la calificación y la decisión de licitar, las partes firman un acuerdo. Las reglas de indemnización son las mismas aplicables para los casos de caducidad.

4.3. Ejemplo de autoevaluación del enfoque y grado de preparación para la buena gestión del riesgo: México vs. Uruguay

Como en la sección anterior, en relación con la gestión del desempeño, en el siguiente gráfico mostramos una evaluación (subjetiva y personal) realizada para este documento por parte de los expertos de México y Uruguay, en este caso sobre una lista de los principales factores o elementos de éxito para la buena gestión del riesgo, incluidos los aspectos que hacen o deberían hacer parte del contrato, así como algunas otras herramientas y actitudes.

Se les pidió valorar de 1 a 5 según su conocimiento o percepción cada factor o aspecto relativo a la buena gestión del desempeño en cuestión, siendo 1 “no se cumple o se cumple muy raramente” y 5 “se cumple siempre y de manera muy satisfactoria”.

- **Gráfico 2:** Una evaluación libre y subjetiva de los puntos clave de atención para la gestión de riesgos



Fuente: elaboración propia en base a una encuesta diseñada para este documento.

5 La gestión de cambios contractuales

5.1. Marco general

5.1.1. Previendo e incorporando el cambio en contrato

Los contratos APP son contratos a largo plazo que están inevitablemente sujetos a cambios durante su vida.

Muchos cambios se relacionan con la evolución tecnológica del servicio. Es inimaginable suponer que la forma de prestación del servicio, como telefonía, electricidad u otros sectores de uso intensivo de la tecnología, permanezca invariable durante 15 o 20 años, inmune a los cambios tecnológicos inherentes a ellos.

Otros cambios se relacionan con las modificaciones en las necesidades a cubrir por el proyecto (por ejemplo, la necesidad de ampliar el servicio prestado a más población).

El vínculo contractual con la modalidad APP puede requerir variaciones por muy diversas causas. También los habrá de origen financiero: un cambio de la propiedad accionaria de la sociedad contratista o en los instrumentos de inversión o de financiación.

La necesidad de implementar cambios es inevitable, y la naturaleza de la mayor parte de estos es conocida de antemano, cuando no lo es directamente la posibilidad de su ocurrencia. Por lo tanto, la buena gestión del cambio, como tantas otras facetas de la gestión de contratos, comienza con un buen contrato que sepa anticiparse a estos incorporando en sí mismo un marco para su adecuada implementación³⁵.

Esto protege la transparencia en el proceso de contratación (el contrato se otorga considerando conscientemente la posibilidad de implementar ciertos cambios que pueden suponer un negocio adicional) y genera certidumbre a la parte privada (p.ej. los cambios de alcance de obligaciones debidamente regulados clarificarán los derechos que se generan para la parte privada en cuanto a la restauración de su equilibrio económico-financiero).

Los cambios, por tanto, pueden estar limitados explícitamente en su cuantía (acotados)³⁶ en pos de proteger el interés público: en relación con el alcance de obligaciones (nuevas obras,

³⁵ La distinción entre la evitabilidad del cambio y la anticipación de este es algo sutil. Hay veces que es posible evitar el cambio, siempre desde la perspectiva ex-ante, de preparación del proyecto, definiendo de antemano el proyecto ya incorporando una evolución prevista (de manera clara) de las necesidades. Hay cambios, especialmente en lo referente al alcance o los requerimientos técnicos, que sí pueden evitarse estando razonablemente seguro de que la definición del proyecto que se va a licitar es la más adecuada, teniendo en cuenta un horizonte temporal razonablemente amplio, si quiera de medio plazo. Por ejemplo, prever el crecimiento poblacional cuando este sea de una tendencia evidente, o prever la influencia del efecto red cuando resulta conocido un desarrollo de infraestructura de transporte que sin duda impactará en nuestro proyecto, incorporando dicho efecto desde el inicio al alcance del proyecto. Pero en otros casos, lo que procederá, ante la incertidumbre de cuándo será necesario un ajuste del servicio o del alcance del proyecto, es incorporar en el contrato la previsión del cambio necesario en el proyecto.

³⁶ La gestión contractual, en cuanto a la gestión de cambios, no está encaminada a evitarlos o limitarlos sino a gestionarlos de manera asequible.

ampliación de servicio), en relación con transparencia (cuándo y cómo se aceptará un cambio en la propiedad de la sociedad contratista). La limitación de los cambios ha de buscar el equilibrio debido entre proteger la transparencia y dotar de la flexibilidad necesaria a los contratos.

Es buena praxis, por ejemplo, a nivel de marco APP, establecer límites cuantitativos (por Ley y no solo por contrato) de manera que cambios de valor acumulado superior a ciertos importes (por ejemplo, 50% del valor inicial del contrato, como se prevé en la UE) conlleve necesariamente la re-licitación del proyecto.

El objetivo del establecimiento en el contrato de un marco que habilite los cambios, y la posterior gestión de estos cuando acaecen o resultan necesarios, debe ser el de evitar en lo posible la “renegociación” del contrato (si es que esta resulta factible según el marco jurídico del que se trate³⁷) y en último evitar terminar anticipadamente el contrato.

Las renegociaciones, de resultar factibles legalmente, deben ser aplicadas con espíritu restrictivo y solo cuando existan causas verdaderamente fundamentadas de manera que se proteja la subsistencia del proyecto y del servicio público asociado por no convenir la terminación anticipada de este (opción que siempre debe ser contemplada en tales casos).

5.1.2. Gestionando el cambio: herramientas y actitudes necesarias

Ahora toca comentar sobre la gestión de los cambios en sí, una vez que acaezcan los eventos que los originan.

Efectivamente la gestión del cambio se deberá realizar siguiendo las previsiones del contrato. Pero no solo se trata de seguir lo que sin duda serán previsiones más o menos generales, sino que su buena gestión requerirá de:

- Como casi todo en gestión de contratos, un buen manual de administración del contrato³⁸, que describa de manera más cercana y práctica las previsiones del contrato y que desarrolle con mayor detalle práctico procedimientos para seguir (vea el Cuadro 6).
- Como en todo lo relativo a gestión del contrato, las capacidades adecuadas dentro del equipo: *expertise* técnico sectorial para cambios de alcance o requerimientos, capacidades de análisis financiero y conocimientos de *project finance* para la medición del impacto y su compensación, conocimiento financiero APP para calcular el VpD y estimar el impacto fiscal, y capacidades legales en cuanto a la determinación de la

³⁷ Se entiende por renegociación la negociación de la solución de un evento que no estaba contemplado en el contrato o cuya solución requiere de cambios o ajustes no contemplados en el contrato o distintos a los contemplados en el contrato. Un ejemplo notable a nivel internacional es el caso de los proyectos SCUT (carreteras “sin coste para el usuario”, de peaje en la sombra) de Portugal, o como con la crisis económica sufrida por este país, debieron de mutar los proyectos a autopistas de peaje real. La renegociación consistió en alterar dramáticamente la estructura del contrato para pasar a un mecanismo de pago basado en la disponibilidad (mecanismo neutro al comportamiento de la demanda) con los peajes ingresados siendo retenidos por la parte pública.

³⁸ Para leer más sobre el sentido y enfoque de un Manual de Gestión de Contrato se puede leer el “Topic 4 - Adopting a user-friendly contract management manual” de la Unión Europea, EPEC, “Managing PPPs during their contract life”.

legalidad de los requerimientos de compensación o la cualificación/revisión de contratos de financiación y naturaleza de los cambios de accionariado.

- Manejo de comunicaciones e información (que requiere de un buen sistema de gestión de información, del que se comenta en la Sección 6. “La gestión de información y la gestión documental”)
- Gestión de conflictos: tratar de evitar la entrada en una disputa.
- Gestión de grupos de interés interno (gobernanza aguas arriba), en relación con la debida comunicación con agencias centrales que deban aprobar o al menos conocer la necesidad del cambio.
- Actitud de transparencia y confianza, en marco de buena gestión de relaciones entre socios.

• **Cuadro 6: Ejemplo de contenidos de un Manual de Gestión de Contrato***

Introducción	Periodo de construcción	Periodo de operación del servicio
<ol style="list-style-type: none"> 1. Sentido y objetivos del <i>contract management</i>. 2. Objetivos y alcance de este documento. 3. <i>Background</i> del proyecto-contrato. <p>Funcionamiento de la gobernanza</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Responsables de la autoridad, comisiones y comités (incluye reuniones internas). 2. Proceso de comunicación e información. 3. Sistema de información y comunicaciones. 4. Proceso de toma de decisiones 5. Gestión de grupos de interés. <p>Equipo de la autoridad</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Esquema organizativo 2. Roles y responsabilidades 3. Contactos clave <p>Equipo del socio privado</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Esquema organizativo 2. Roles y responsabilidades 3. Contactos clave 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Reuniones con el privado (tipo propósito, frecuencia, asistentes, resultados) 2. Obligaciones clave y monitoreo [incluye gestión de calendario] 3. Autorizaciones y aprobaciones 4. Obligaciones de reporte 5. Gestión de datos e información (recogida, validación, registro y <i>feedback</i>) 6. Pagos durante construcción. 7. Gestión de riesgos y reclamaciones [incluye mapa de asignación de riesgos] 8. Aprobaciones finales / conformidad para entrada en servicio 9. Gestión de cambios contractuales 10. Gestión de disputas 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Reuniones con el privado (tipo propósito, frecuencia, asistentes, resultados) 2. Obligaciones clave y monitoreo / requerimientos de <i>performance</i> 3. Obligaciones de reporte 4. Gestión de datos e información (recogida, validación, registro y <i>feedback</i>) 5. Administración del mecanismo de pago, proceso de validación y pago. 6. Gestión de riesgos y reclamaciones [incluye mapa de asignación de riesgos] 7. Gestión de cambios contractuales 8. Gestión de disputas <p>Apéndices</p> <p>Mapa de obligaciones</p> <p>Matriz de riesgos</p> <p>Registro de riesgos</p> <p>Protocolos, modelos/plantillas</p>

*Basado en un ejemplo real

A la luz de lo conversado en el grupo de discusión, y como se ha comentado ya en otros aspectos de la gestión, la percepción es que la región no puntúa muy bien en herramientas, recursos y actitudes en cuanto a la gestión del cambio.

5.1.3. Gestionando el cambio: controlando el impacto del cambio

Como premisa, la solución de enmienda o modificación no debe implicar en ningún caso, además de la transparencia (lo cual queda protegido por la previsión del cambio y su marco en el contrato), una reducción de la calidad de la prestación del servicio o amenazarla (por ejemplo, por un cambio de titularidad de acciones de la SPE con deterioro de la capacidad operativa de la sociedad), o tampoco comprometer la capacidad fiscal de la autoridad otorgante (merced sobre todo inversiones nuevas por cambio de alcance). De hecho, los cambios no deberían deteriorar (no debería poderse prever que puedan deteriorar) la ecuación de valor por dinero.

En este sentido, es buena praxis de gestión contractual, desde la perspectiva de marco APP y gobernanza aguas arriba, el sometimiento de los cambios de contrato con posible impacto en el valor por dinero o en la sostenibilidad financiera, a revisión y aprobación de los mismos agentes que en su momento aprobaron el proyecto en relación con estas variables.

Generar la información que se prevea (que se debería prever) como es la justificación motivada del cambio, su impacto neto positivo o neutro en Valor por Dinero, y la ausencia de impacto (o su medida para su evaluación) en el impacto fiscal del proyecto (bien por generación de nuevos pasivos firmes, o bien sean estos contingentes³⁹).

Según se comentó en el panel, en la mayoría de los casos no se tiene institucionalizado un sistema de control “aguas arriba” (a nivel agencias centrales o entes rectores) para reporte, revisión y validación de los cambios contractuales. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, si son cambios de alcance/requerimientos, con impacto potencial en asequibilidad / impacto fiscal, se suele requerir aprobación del ente recto de las finanzas públicas, no así tan claramente en cuanto a revisión de valor por dinero.

5.2. Análisis y discusión de algunos eventos de cambio relevantes

A continuación, comentamos sobre algunos de los tipos / eventos de cambio más relevantes, tanto desde la perspectiva de su buena incorporación al contrato como de su gestión efectiva a la hora de implantar (o no) el cambio.

5.2.1. Modificaciones del alcance de las obligaciones o de los requerimientos de servicio

Las modificaciones del alcance o de los servicios son usualmente iniciadas por la parte pública pero también las puede iniciar la parte privada, lo cual no implica necesariamente que la autoridad contratante dueña del proyecto no deba comenzar por los costes adicionales que implique la modificación.

³⁹ Muchos cambios contractuales de carácter técnico o de requerimientos arrastran a veces cambios de facto en la matriz de asignación de riesgos.

Sin embargo, en muchas ocasiones, cambios instados por la parte privada (*value engineering*, durante el proceso de desarrollo del proyecto a detalle) pueden precisamente conllevar ahorro en costes para la parte pública (es buena praxis el aceptar propuestas de optimización de costes del privado, supeditadas a compartir los ahorros generados).

En general, es útil prever en las bases de licitación que la oferta a la APP contenga la obligación de especificar precios unitarios para evitar o minimizar, en lo posible, negociaciones de costos de obra por cambios en general no significativos.

De hecho, hay ocasiones en las que se viene parametrizado de antemano la revisión del precio del servicio (en esquemas de pago por gobierno).

Lo que es más complejo de gestionar son las modificaciones en el alcance del contrato (diseño/alcance del proyecto) o de requerimientos técnicos o de servicio que conlleven impacto significativo en los costos bien de inversión o bien de operación y mantenimiento. Y esto puede ser tanto a mayor como a menor coste, siendo estas últimas especialmente complicadas: una de las mayores dificultades para superar con las reducciones de obras o servicios es la definición de la indemnización por la reducción del alcance cuando tal reducción pueda resultar en falta de economía por pérdida de escala.

El propio análisis de costos de obras adicionales tiene la complejidad añadida de que no solo hay que acordar el precio de las obras sino también considerar su posible impacto en los costos de operación y mantenimiento.

- **¿Qué implica la gestión de estos cambios?**

Implica / requiere de:

- Evaluar el costo-beneficio del cambio y el impacto en el valor por dinero
- Determinar la conveniencia de implantar el cambio con el mismo contratista / en virtud del mismo contrato o por el contrario valorar la conveniencia de una re-licitación.
- Determinar el costo/precio para reconocer por las obras o servicios adicionales: proponiendo el costo al privado o requiriendo de este su mejor oferta, quedando en todo caso sujeto a negociación el precio final.
- Negociar/acordar el costo directo
- Negociar/acordar el impacto en costes a largo plazo
- Si se va a requerir al privado la financiación de obras adicionales, la determinación/acuerdo en el impacto en la TIR de capital o los costes financieros de la posible nueva deuda⁴⁰.
- La decisión del mecanismo de compensación (revisión al alza de pagos por servicio, incremento de tarifa, aumento de plazo, pagos directos, etc.) para aplicar
- Los cálculos / definición de la compensación

⁴⁰ Una cuestión de buena praxis internacional que no parece presente en la región por lo general es la de supeditar la obligación del socio privado de financiar una modificación a la existencia de financiación disponible o a los mejores esfuerzos por obtenerla por parte del privado. Es decir, si realmente no resulta factible obtener la financiación, la parte pública debe exonerar de dicha obligación al privado y en ausencia de acuerdo, abonar directamente los costos de las obras adicionales. Esto rige también en relación con eventos de riesgo compensables con impacto directo en CapEx.

- El pago efectivo de una compensación directa
- El “cálculo del reequilibrio” (cuando el privado va a financiar el sobrecosto). Es decir, la determinación del importe de ajuste de las condiciones financieras del contrato para alcanzar el reequilibrio: determinar cuánto plazo adicional o cuánto incremento del pago por servicio.
- Su implantación en contrato (normalmente como adenda).

Un proceso así, debidamente desarrollado, debería estar presente en un buen manual de administración del contrato.

Habría además que tener en cuenta (gestión de *stakeholders*) la necesidad de informar e involucrar en su caso a las agencias con prerrogativas de aprobación de los cambios, sobre todo aquellos con potencial impacto en Valor por Dinero y en asequibilidad (impacto fiscal)⁴¹.

Por otro lado, un buen proceso de resolución de disputas es esencial para evitar o solventar la posible disputa en torno a la evaluación de impacto y la definición de su debida compensación financiera.

5.2.2. Cambios accionariales

Los cambios en la propiedad o el control deberán estar regulados en el contrato de APP porque pueden afectar el perfil de riesgo del proyecto. La necesidad de regular las transferencias de acciones también está vinculada con la transparencia y la imparcialidad de la licitación, ya que es probable que la participación en la propiedad de la compañía transmisora de acciones haya sido considerada en la evaluación de las ofertas. Por lo tanto, el contrato generalmente requiere que la parte privada obtenga el consentimiento previo de la autoridad contratante para ciertos cambios (por ejemplo, cambios durante la construcción y cualquier cambio que equivalga a un cambio en el control). Si bien esas autorizaciones pueden (buena praxis) no ser necesarias para transferencias marginales, pero no aquellas que impliquen un cambio de control (que debería estar debidamente definido en el contrato, por ejemplo, en todo caso de transferencia de más de 20%). También es buena praxis diferenciar entre fase de construcción (más sensible a los cambios, con restricciones más severas a la transferencia de acciones) y fase de operaciones.

Es aconsejable clarificar en el contrato las condiciones para que un cambio accionarial sea aprobado, evitando la detención de discreción absoluta sobre si da su consentimiento, o que este deba estar motivado, incluso estableciendo límites para poder rechazar el consentimiento con un rango limitado de razones establecidas en el Contrato (por ejemplo, el accionista controlador entrante debe cumplir los requisitos de cualificación originales).

⁴¹ Llama la atención como en algunos países de la región, es necesaria la aprobación del proyecto antes de su licitación por parte de Hacienda o Finanzas, usualmente desde el punto de vista del impacto fiscal (y a veces de VpD) y sin embargo ello no está previsto (cuando menos explícitamente) a la hora de implementar un cambio, aunque sea significativo.

- *¿Qué hay que tener en cuenta a la hora de evaluar y considerar aprobar un cambio accionarial?*

Desde un punto de vista práctico, la autoridad contratante no debe resistir innecesariamente los cambios en la propiedad o el control de la parte privada, ya que son una característica deseable de un mercado de APP activo.

En general⁴², deberemos:

1. Asegurarnos de que la parte privada haya proporcionado toda la información que la autoridad contratante necesita para evaluar el cambio.
2. Identificar quién tiene la "propiedad" o el "control" de la parte privada antes y después del cambio⁴³.
3. Evaluar el impacto del cambio.

La autoridad contratante debe evaluar cómo el cambio en la propiedad o el control afectarán el perfil de riesgo del proyecto. Los posibles impactos de riesgo incluyen los siguientes:

- Si el proyecto depende de la tecnología o los conocimientos proporcionados por un inversionista en particular existe el riesgo de que se pierda el acceso a la tecnología o los conocimientos. En esta situación, la autoridad contratante debe solicitar evidencia de que la parte privada seguirá teniendo acceso a la tecnología o los conocimientos necesarios después de que el inversionista haya salido del proyecto.
- El nuevo inversionista puede tener menos capacidad financiera que el inversor saliente. En esta situación, existe el riesgo de que el nuevo inversionista no pueda hacer ninguna contribución de capital futura planificada o inesperada pero necesaria para la parte privada. En esta situación, la autoridad contratante debe solicitar evidencia de la capacidad financiera del inversionista entrante.
- La identidad de un nuevo inversor puede crear riesgos de interés público para el gobierno. Por ejemplo, puede ser inaceptable para el gobierno y el público que una persona con antecedentes penales obtenga el control de la parte privada y esté en posición de influir en la administración de los servicios prestados al público en nombre del gobierno. El contrato de APP puede permitir que la autoridad contratante rechace cualquier cambio de control propuesto.

⁴² Basado en la "Guía de gestión de contratos" desarrollada con financiación BID por el mismo autor para un país de la región.

⁴³ En algunos casos, esta es una pregunta simple, sin embargo, cuando los inversionistas utilizan estructuras de propiedad complejas, puede ser difícil identificar qué partes se encuentran dentro de la definición de "propiedad" o "control" en el contrato de APP. La autoridad contratante puede requerir asesoramiento legal en relación con estas definiciones.

4. Consultar con otros grupos de interés del gobierno si es necesario el cambio propuesto.

La autoridad contratante debe consultar con cualquier otro grupo de interés relevante dentro del gobierno. En algunos casos, un solo inversionista estará vendiendo o comprando dos o más proyectos APP de los gobiernos al mismo tiempo. Si los contratos relevantes son administrados por diferentes autoridades contratantes, las autoridades contratantes deben consultar entre sí para asegurarse de que están adoptando enfoques coherentes en la evaluación de las cuestiones planteadas por el cambio.

Por lo general este es un punto mejorable en la gestión, desde la perspectiva de la necesidad de una necesaria objetividad en el proceso de autorización de cambios accionariales, bajo un prisma de flexibilidad acotada. Esto resulta más relevante cuanto más común es, en mercados APP que van madurando, la entrada de inversores financieros puros en los proyectos, aspecto positivo que permite a los desarrolladores reciclar capital y acometer nuevos proyectos.

5.2.3. La refinanciación

Otro aspecto relevante que puede requerir modificaciones está relacionado con la financiación.

Hemos visto situaciones en ALC donde la adjudicación del proyecto ocurre previo al cierre financiero de la operación, y atento al largo plazo que llevan las etapas iniciales, el contratista adjudicado se ve enfrentado a diferencias de condiciones de financiamiento al cierre, respecto de las consideradas o contenidas en su oferta.

Generalmente este riesgo lo asume el oferente y en principio, no debería tratarse de una hipótesis donde se requiera modificar el contrato, salvo que enfrentáramos una situación de crisis del mercado, sea local o internacional, que afectara sustancialmente la financiación, el tipo de cambio, etc. Es frágil el equilibrio entre minimizar modificaciones, y la necesidad de generar un proyecto financieramente sustentable a largo plazo y es buena praxis contractual considerar en contrato esta posibilidad.

Ahora bien, el cambio más usual en las condiciones de financiación, incluida la propia estructura financiera de la SPE (hacia usualmente una situación más apalancada, es decir, de mayor deuda) es el supuesto de la refinanciación. Los proyectos APP, dados su largo plazo y la relativa estabilidad de sus flujos financieros, disfrutan en ocasiones de un espacio u oportunidad para optimizar la financiación, normalmente tras construcción y unos años de operación que muestre un cierto grado de consolidación financiera del proyecto.

La parte pública debe facilitar el margen de maniobra y la flexibilidad para que su socio privado optimice en fases posteriores a la financiación, sin embargo:

- En algunos países desarrollados es práctica habitual el requerir la compartición del beneficio extra que se obtiene (es decir, en la medida en que la mejora en la estructura financiera no fue compartida en el proceso de licitación con la presentación de la

oferta). Esto requiere de una previsión clara ex-ante en el contrato, y de las capacidades necesarias para evaluar y calcular los beneficios y su compartición.

- En todo caso, el dueño del proyecto no debe ser ajeno al riesgo que puede suponer un apalancamiento excesivamente elevado de la SPE. Nuevamente, no es raro que se incorporen limitaciones al respecto en el contrato
- Dicho posible endeudamiento adicional, puede conllevar según la casuística de compensación por terminación anticipada, un aumento del valor del pasivo contingente asociado a terminación anticipada en algunos supuestos, por lo que en tales casos se debería prever autorización previa para la refinanciación.

En general, según se observa, en la región no se aplica el estándar internacional de compartición de ganancias de refinanciación. Tampoco se suele hacer control de los contratos de préstamo por suscribir por parte de la parte privada. Y ello sería interesante, a fin de tener información precisa de la sostenibilidad financiera de la SPE, y conocer de primera mano las condiciones de garantías y “covenants” establecidas por las entidades financieras, que a la postre son una parte interesada y afectan al riesgo de desempeño del proyecto, por no hablar de que según cuál sea el enfoque de compensaciones por terminación anticipada, el contrato de financiación podría conllevar un incremento no deseado de los compromisos o pasivos contingentes.

5.2.4. Actualización tecnológica y cambios de normativa sectorial

En la vida del contrato, pueden existir nuevos requerimientos normativos en aspectos vinculados al proyecto. A modo de ejemplo, cambios en normas de señalamiento y seguridad vial.

La gestión de estos tiene mucho que ver (o debería) con la gestión de reclamos por riegos retenidos o compartidos, en el sentido de que se considera buena práctica compartir los riesgos de sobre costes derivados de la obligación de implantar nuevos estándares que vengan a ser vinculantes en función de la normativa técnica del sector en cuestión (por ejemplo, seguridad vial en carreteras).

Desde un punto de vista práctico de gestión, en los casos en que acaezca un cambio de normativa técnica que se contemple como de impacto compartido, se debe estar preparado y con capacidades disponibles para:

- Determinar lo oportuno de otorgar una compensación / compartición del impacto financiero, analizando la verdadera naturaleza del cambio como un requerimiento que entra en la definición (que debería estar prevista en contrato) de cambio normativo específico o figura similar.
- Evaluar el impacto financiero del cambio normativo (definir el impacto en los costos de inversión o de operación y mantenimiento) sobre la base de estudios propios y de lo sustanciado por la parte privada
- Acordar el importe del impacto

- Proceder como en todo reequilibrio (vea, por ejemplo, los comentarios en relación con los cambios de alcance o de requerimientos técnicos, pues en el fondo la situación es similar en ese sentido).

No es común en la región que se precise o estandarice en distintas categorías de cambio legal (usualmente en praxis internacional, cambio legal general, cambio legal específico o sectorial, y cambio discriminatorio), siendo la buena praxis global que las dos últimas categorías vengan a ser riesgo compartido y retenido respectivamente. Sin embargo, sí vemos como no es inusual que efectivamente se compartan los cambios en normativa técnica (por ejemplo, Colombia en sus APP de carreteras o aeropuertos) o en normativa fiscal o de tarifas específica del sector (aeropuertos en Colombia).

6 Otras Materias Relevantes en la Gestión de Contratos

Es obviamente imposible abarcar la totalidad de las materias relevantes en torno a la gestión de los contratos APP. Algunos de los temas que quedaron fuera de análisis y discusión significativos, para los que simplemente se quiere hacer una descripción más breve, son:

6.1. La gestión de los grupos de interés

Para abordar el tema de los grupos de interés, debemos incorporar el término común que se utiliza para designarlos: “*stakeholders*”. Se trata de los actores afectados o alcanzados de alguna forma, por alguna instancia del proyecto APP.

La vida del contrato APP tiene varios aspectos para considerar, e indudablemente el involucramiento y gestión de los grupos de interés es uno de ellos, a menudo bastante descuidado. Su participación es clave en las etapas iniciales, pero lo sigue siendo a lo largo de la vigencia del contrato. Su gestión adecuada va a permitir mitigar riesgos relativos a la posible oposición al proyecto, y reforzar el apoyo de los adeptos, generando en general confianza por la demostración de compromiso con el proyecto.

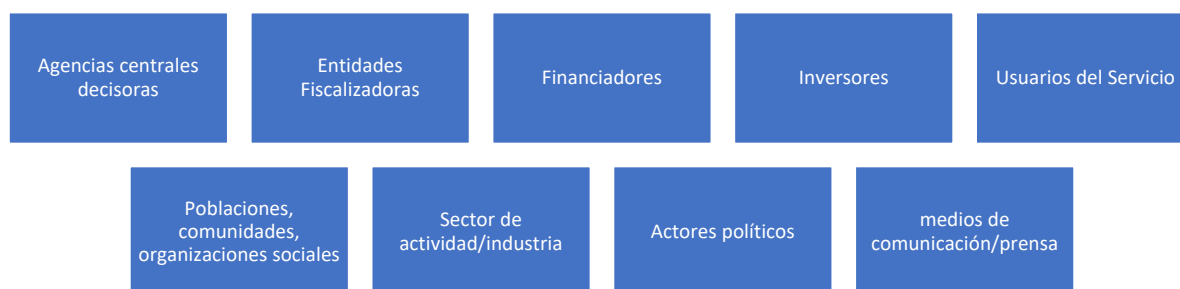
En el comienzo de la reestructuración de un proyecto APP, se suele tener instancias institucionalizadas de intercambio con los grupos de interés, en pro de lograr un proyecto viable desde todo punto de vista. Los actores relevantes son convocados y se busca conseguir aliados, entre diferentes posiciones: los promotores, los opositores, los escépticos, etc.

Pero en etapas posteriores, se vuelve menos común, cuando en realidad debería ser una línea estratégica que involucre todo el plazo del proyecto. Hay que tener en cuenta además que los grupos de interés varían durante la vida del proyecto, y son más o menos relevantes unos u otros en función de la etapa en la que nos encontremos.

Nos parece indudable que, por ejemplo, en la modificación contractual, que mencionábamos antes al tratar el punto, deban ser escuchados nuevamente. Es deseable que estas etapas también contengan instancias de interacción que permitan sostener el proyecto y su aceptación por todos los grupos de interés.

Lo primero que requiere la gestión de grupos de interés es su debida identificación que incluye un “mapa de grupos de interés”, lo que permite trazar una adecuada estrategia de comunicación.

• **Figura 4: Principales grupos de interés**



6.1.1.- La importancia de la comunicación

Se debe trazar una estrategia de comunicación, diferenciada según los grupos de interés, tras definirlos sobre la base de un mapa que los identifique y describa su interés específico en el proyecto (como los afecta), sus inquietudes y posición respecto al mismo (a favor, en contra).

Lo anterior a fin de dar un tratamiento a medida en comunicación a los distintos grupos de interés.

Podrán implementarse diferentes mecanismos para la publicidad, intercambios, redes, etc., pero resulta fundamental que en cualquiera de los ámbitos donde operen los intercambios, el parámetro esté basado en la comunicación efectiva y adecuada o a medida para el grupo objetivo de la comunicación.

Por otro lado, la comunicación exige una profesionalización en la forma, que se adecue a los diversos interesados en el mismo, con mensajes que se preparen considerando dentro del elenco de sujetos receptores, la diversidad de mecanismos en que las personas procesan la información. La respuesta al “cambio” que implica implementar proyectos de esta naturaleza, está influida por el grado en que se lo percibe como negativo o positivo. Por ello, gestionarlo, implica gestionar paradojas, intenciones, percepciones, y en definitiva buscar alinear incentivos para los diversos grupos, entre otros elementos clave. Hay mucho ya tratado sobre la comunicación y las estrategias retóricas en concreto, pero recordemos que, al igual que el razonamiento, involucra tres bloques: Ethos (valores, lo que representa el emisor de la comunicación), Logos (argumentos lógicos) y Pathos (argumentos emocionales o para empatizar con el público). En definitiva, lo que queremos marcar es que los interlocutores deberán contar con buenas herramientas comunicacionales que pueden ser adquiridas y formadas, para estar preparados para gestionar a los *stakeholders* en proyectos de esta magnitud, tomando como base la transparencia y confiabilidad.

En cualquier caso, es vital, además, generar espacios de comunicación e intercambio con el público y los usuarios, que permitan tomar la temperatura en cuanto a la ejecución del proyecto.

Según lo comentado en el grupo, la gestión de grupos de interés está presente en cierta medida en la región.

6.1.2. La transparencia y la rendición de cuentas

En todo caso, la transparencia debe cuidarse y fomentarse, no solo en etapas de pre-inversión/preparación del proyecto sino también durante su ejecución.

Es necesario que se exijan al contratista niveles de información y transparencia que permitan conocer a la ciudadanía y los actores interesados sobre la marcha del proyecto.

La transparencia debe ser proactiva y no solo reactiva. Por lo tanto, en relación con la marcha / los resultados del proyecto, a su desempeño general, es buena praxis la realización de evaluaciones ex-post por parte de “entidades auditoras supremas”, para ser publicadas.

Lamentablemente es raro que en la región se prevean estas evaluaciones ex-post, denominadas normalmente evaluaciones de desempeño o de valor por dinero.

6.2. La gestión de disputas o conflictos

Se trata de un punto relevante a la hora de gestionar un contrato APP porque es transversal a todos los aspectos este.

La disputa se da cuando no se ha podido resolver previamente un problema suscitado en la gestión del contrato. Puede haber diferencias que generen disputas, en muchos aspectos: la medición del desempeño, la liquidación del monto por disponibilidad, la correcta aplicación del índice de actualización, si existe mérito legal para reclamar por un riesgo específico, entre otros.

La buena gestión contractual debe, en primer término, apuntar a minimizar el riesgo de que ocurran disputas, evitando problemas gracias al mantenimiento de una buena interacción (gestión de la relación), abordando posibles malentendidos anticipadamente, manteniendo una comunicación fluida y gestionando la información adecuadamente (en este punto, es especialmente relevante el buen registro de esta).

Es decir, la gestión de disputas es en primer término evitar de manera asequible que estas sucedan.

Para cuando una disputa emerge, deberían preverse mecanismos de resolución de disputas en los contratos. Y la gestión de disputas, en este punto, será la buena gestión de los procesos que plantea el contrato. Nuevamente nos hallamos en un aspecto de gestión donde el marco operativo y la mejor gestión empieza (pero no acaba) en un buen contrato. Los mecanismos de resolución de disputas deberían definir una serie de opciones jerarquizadas para resolver la disputa (discusión amigable, mediación, paneles de resolución de disputas) siempre con la intención de tratar de evitar llegar a un proceso arbitral, usualmente bastante costoso o en su defecto el juicio.

Un axioma de los mecanismos de resolución de disputas es la incorporación del arbitraje (preferentemente internacional, el cual por lo general requerirá de su inclusión en una Ley), a fin de evitar llegar a un proceso judicial, por general muy dilatado e incierto, y es la opción de resolución menos aceptable por inversionistas, en especial los internacionales.

ALC se encuentra avanzada en torno a este asunto, ya que los contratos tienen, en general, una detallada sección sobre la resolución de disputas y casi todos ellos contemplan como válido legalmente el arbitraje internacional.

6.3. La gestión de información y la gestión documental

En este ámbito, se suscitaron varios puntos en la discusión de grupos.

La gestión de información incluye los mecanismos de captación de información, su tratamiento y proceso (lo que incluye a veces la emisión de reportes aguas arriba) y su debido registro, para que la información resulte accesible de manera eficaz cuando se necesite.

La información para gestionar incluye también las comunicaciones “hacia” el privado, muy especialmente aquellas con título administrativo oficial (por ejemplo, avisos de incumplimiento, imposición de sanciones) y desde luego la documentación relativa al expediente de contrato (en especial las modificaciones del contrato⁴⁴).

Un buen sistema de información constituye una parte esencial, en cuanto al registro, de la gestión de reclamaciones por riesgos, lo que permite apelar a los compromisos de oferta debidamente documentados y en concreto a proyecciones de costos asumidos por el privado.

Del mismo modo es crucial en relación con la gestión del desempeño en cuanto al debido monitoreo.

Y es que, en primer término, está la gestión de información relativa a la interfase entre público-privado, que es lo más directamente importante de cara a la gestión del contrato. Se trata del flujo de información y reportes desde el privado hacia el público y como esa información debe ser registrada y tratada. Como se ha comentado en la sección sobre gestión de desempeño, la esencia de los sistemas de monitoreo de los contratos son los sistemas de gestión de control de calidad por parte del Contratista.

Relacionado con ello, es esencial que los sistemas de gestión a implantar sean compatibles con los que aplique el socio privado, lo que se debe prever en las bases técnicas desde el inicio, bien especificando cual es el software que va a utilizar el socio público (y cotejando en etapas iniciales su compatibilidad con los manejados usualmente por los privados), bien previendo la implantación del mismo software que usará el privado, quien debe garantizar en todo caso el acceso fluido a la información de monitoreo en tiempo real.

En el caso de México, como se mencionada en los Contratos de Conservación y Gestión de Carretera basados en Estándares de Desempeño, es de destacar la tendencia a requerir en los contratos de uso de hardware y software especializado (Sistema de Gestión de Carreteras, para el monitoreo de cumplimiento y registro histórico de los estándares requeridos en el contrato), el ingreso de información sobre las acciones y trabajos de conservación ejecutados, así como el levantamiento de incidencias en tiempo real,

⁴⁴ En España, por ejemplo, han sucedido recientemente en algunos contratos disputas serias con reclamación a posteriori por parte un equipo de gobierno (posterior) de cuantías compensatorias debido a ahorros de años previos por parte del socio privado en virtud de acuerdos a los que no se dio sustancia formal.

monitorizando de manera automática los tiempos de respuesta y las penalizaciones aplicables. Tanto el desarrollador, como el gobierno y la supervisión externa tienen acceso inmediato a los datos y pueden realizar las mediciones de verificación que consideren necesarias para contrastar los resultados registrados en el sistema.

Actualmente, existen más de 25 contratos carreteros con este tipo de requerimientos, algunos con más de 7 años de operación, donde se está registrando toda la información relevante del contrato en los Sistemas de Gestión de Carreteras: mediciones intensivas de estándares relacionados con el comportamiento del pavimento como IRI, Roderas, Fricción, Deterioros superficiales, deflexiones dos veces por año para conocer su evolución y respuesta antes las acciones de conservación que se implementan, así como el control y registro de las incidencias y penalizaciones del contrato.

Por otro lado, se destacó el rol de la gestión de información en relación con las obligaciones de reporte que según un buen marco debería atender la autoridad contratante.

Esto enlaza con gestión de grupos de interés, bien sean estos internos –por ejemplo, reporte de evolución de riegos y contingencias hacia Ministerio de Hacienda/Finanzas- o externos - publicación de informes abiertos al público sobre el desempeño de los proyectos y programas APP -normalmente a través de o sujetos a informes de evaluación ex-post por parte de las entidades auditoras supremas.

En general, se considera desde el grupo/panel de expertos que la región “puntuó mal” en relación con este asunto, ya que no presta la atención debida a la importancia de contar con recursos y herramientas / sistemas de gestión de información y documentos, en un contexto general donde, además, cada vez es más importante la gestión digital de la información⁴⁵.

6.4. La gestión de contratos y la terminación anticipada

Un evento extraordinario que requiere de una gestión realmente intensa es un evento de terminación anticipada.

6.4.1. La gestión preventiva y proactiva

¿Qué es lo primero? Evitar, minimizar el riesgo de terminación anticipada. Apelar a la conservación del contrato.

En primera instancia, ello requiere una sólida preparación del proyecto antes de su licitación (es una etapa previa a la gestión contractual, como referimos al inicio de este documento).

Veamos el caso, por ejemplo, de los contratos que deben ser terminados por presión u oposición social. Estas situaciones se encuadran en la causa de terminación catalogada como “terminación unilateral”. La razón de fondo de la terminación suele ser una mala gestión de grupos de interés durante la fase de pre-inversión, pero quizás pueda serlo también por mala gestión de las comunicaciones ya en fase contractual.

⁴⁵ Como apuntó uno de nuestros panelistas, la tendencia es establecer una agenda digital (ODS). Por ejemplo, el compromiso recientemente asumido por los gobiernos de la Liga del Pacífico.

Hay más ejemplos de terminación anticipada (muchos en realidad) que se originan en la mala preparación de los proyectos: contratistas insolventes / no capacitados, adjudicatarios excesivamente agresivos en precio, incapacidad de pago del gobierno, etc.

Pero también la terminación anticipada puede darse por un evento imprevisto que no pueda ser resuelto según las reglas del contrato: un evento sobrevenido de gran magnitud y que no fue previsto (o que realmente no pudo ser previsto). ¿Un ejemplo? El COVID-19. Más adelante reflexionamos sobre este punto específico en la Sección 7.

Recordemos, que uno de los objetivos esenciales de la gestión de contratos es precisamente tratar de evitar que el contrato deba terminarse anticipadamente por causas que pudiesen ser evitables en primera instancia.

En este sentido, sobre todo, desde el punto de vista del desempeño, la buena gestión debe guiarse por el objetivo de “no tener que llegar” al punto de apelar al derecho de terminación anticipada por incumplimiento contractual. Esto se logra, haciendo uso de las herramientas comentadas en la Sección 3 (o sea, con un buen manejo de los incentivos contractuales), además de la necesidad de otorgar para situaciones extremas, la posibilidad del otorgamiento de toma de control (*step-in*) por parte de los bancos o financiadores⁴⁶.

6.4.2. La gestión del evento de terminación del contrato

Esta es la situación: “*Vamos a terminar el contrato. ¿Cómo gestionamos este proceso? ¿Qué tenemos que gestionar, de qué tenemos que ocuparnos?*”.

Naturalmente, habrá de seguirse lo que se establezca en el contrato y en la legislación respectiva, de cara a (i) calcular la suma indemnizatoria en su caso o revisar la requerida por el privado (de la máxima relevancia resulta la claridad y objetividad en el modo de cálculo de esta), (ii) resolver la liquidación de esta, (iii) obtener la aprobación / apropiación presupuestaria y (iv) gestionar su pago efectivo, y (v) gestionar proceso de disputa previsiblemente, en su caso, en arbitraje o tribunales.

Pero más allá del proceso de cálculo y liquidación, o más bien dentro de este, habrá que analizar la posibilidad / oportunidad de ejecutar, y hacerlo en su caso, la garantía de fiel cumplimiento de contrato. Habrá que tener en cuenta las indemnizaciones de los seguros a las que pueda acceder el privado (esencialmente en caso de que el evento de terminación sea por fuerza mayor) o incluso en determinados supuestos incautar (o deducir) reservas establecidas y no utilizadas para el mantenimiento de los activos. Todo esto debería estar previsto en los planes de contingencia.

⁴⁶ Otra cuestión esencial que se refiere al buen diseño de los contratos como elemento inicial de la gestión contractual: para beneficiarse de un marco que por un lado nos comprometa y por otro permita y regule la toma de control del banco durante un tiempo para tratar de revertir la situación y quizás evitar la terminación anticipada. Algo que además toca con la definición de marcos proactivos/flexibles para con la gestión contractual, ya que en la mayor parte de los países será necesario habilitar este mecanismo por Ley (pues está en cierta colisión con el principio de transparencia y concurrencia).

Además de la liquidación de la posible suma compensatoria, lo esencial es contar con “un plan de salida” como parte de los necesarios planes de contingencia mencionados en la Sección 4.

La estrategia de salida, en la buena praxis internacional, es algo que debe estar definido en todo caso en los primeros años del contrato, sin perjuicio de prever unos mínimos protocolos desde el inicio para dar respuesta a un evento inesperado de terminación anticipada. Se trata de tener preestablecido si hay preferencia por seguir gestionando el activo a través de la APP u otra forma de gestión más directa como alternativa, y tener previstos los protocolos que permitan la sucesión pronta de la gestión, bien hacia una gestión directa o bien hacia una nueva licitación de contrato APP, regulando cuestiones como la reversión de los activos⁴⁷ (necesaria revisión del estado de los activos, y determinación en su caso de responsabilidad / daño por mal mantenimiento o ausencia de este, el traspaso de toda la documentación relevante operativa (manuales de operación y gestión elaborados por parte del privado), la posible opción de requerir al privado la continuación transitoria de la gestión durante un tiempo, etc.

El objetivo es siempre el de garantizar la continuidad del servicio y de minimizar los perjuicios a los usuarios.

- ***Cuadro 7: Extinción Anticipada de APP: la experiencia brasileña en el Estado de São Paulo***

Durante la fase de ejecución contractual existe la posibilidad de que las partes se encuentren en una situación de inviabilidad del vínculo concesional. Normalmente, estos casos resultan en litigios en los ámbitos judiciales o arbitrales y son perjudiciales para la prestación del servicio demandado por la población. Situaciones de conflicto señalan para el mercado la actitud estatal hacia planificación de la economía, atrayendo u alejando inversiones conforme la seguridad y previsibilidad de la postura de la autoridad contratante.

Teniendo la importancia de la señalización en cuenta, el Estado de São Paulo desarrolló un mecanismo innovador en APP, de modo que además de asegurar que sus contratos incorporen cada vez más mecanismos de gestión internos que viabilicen la continuidad del proyecto, los instrumentos también contengan herramientas que permitan su extinción sin generar litigios, que, en extremo, pueden resultar en la interrupción de la prestación de los servicios y evitar futuras inversiones.

Mientras no haya previsión específica en la Ley Federal de Concesiones brasileña (Ley n.º 8.987/1995), el artículo 26 de la Ley de Concesiones del Estado de São Paulo (Ley n.º 7.835/1992) dispone que la APP podrá ser extinta de manera amigable por las partes antes del plazo final, siempre que el contrato disponga la forma de ejecución de la cancelación.

⁴⁷ La reversión de hecho debe contar con su propia planificación detallada, bajo el marco de los procesos que deberían estar definidos en el contrato, que incluya las inspecciones anuales en los últimos años, la obligación de dotar una reserva por parte del privado para acometer las inversiones necesarias para cumplir con los requerimientos de reversión y la posibilidad de retener pagos para dotar suficientemente la reserva en caso de ser necesario. Más sobre este punto se puede ver en la Guía del Certificado CP3P en su capítulo 8.

Los instrumentos de concesión recientes han permitido la negociación por la extinción anticipada. Esto ocurre en casos en que se verifiquen hechos como caso fortuito y fuerza mayor no asegurables y cuyos efectos se extiendan por un periodo de tiempo determinado, imposición de limitaciones en el cobro de tarifas, materialización de riesgos tributarios que afecten demasiado el flujo de caja del proyecto, y eventos de desequilibrio cuyo impacto financiero no sea soportable por la concesión. La lógica es la posibilidad de diálogo entre las partes frente a eventos que generen perjuicio a las partes y a la continuidad del vínculo contractual.

Una vez verificado el desequilibrio, las partes pueden negociar para promover la corrección del curso del contrato o promover la cancelación del proyecto. A depender de la situación, como en el caso de efectos tributarios severos, hasta mismo en las APP con libertad tarifaria, la autoridad contratante puede asumir la onerosidad financiera y promover el reequilibrio. En caso de extinción contractual, las reglas de las indemnizaciones son variables, aproximándose a las de la cancelación, o de la nacionalización del servicio, dependiendo de la gravedad del hecho.

7 El COVID-19 y la Gestión de Contratos APP

Resulta indudable el impacto de la pandemia mundial, a raíz del COVID-19, sobre los proyectos en preparación o en ejecución mediante APP.

En efecto, la pandemia ha afectado en distinto grado a nivel mundial, pero definitivamente ha enlentecido fuertemente, por ejemplo, la logística internacional, afectando la provisión de insumos para los proyectos. En varios países, se ha impuesto una cuarentena obligatoria que ha detenido la actividad, o medidas puntuales según los rubros de actividad.

Lo que es indiscutible, es que nos ha enfrentado a un nuevo contexto, que obliga a reflexionar sobre los proyectos APP, tanto en ejecución, como los aprendizajes para los que estén para implementarse.

Se han generado discusiones sobre si se trata de un evento de fuerza mayor, y cómo funcionan las cláusulas acordadas, que seguramente no tuvieron como base fáctica, la ocurrencia de una situación como la que referimos.

Si el gobierno ha determinado normativamente una cuarentena obligatoria, confinamiento o ausencia de movilidad, estaríamos frente a una disposición que causa la falta de ingresos en muchos proyectos de transporte: sería otro el fundamento del reclamo del contratista en estas situaciones: cambio normativo discriminatorio que genera daños, o el concepto alternativo de “MAGA” (*Material Adverse Government Action*).

La pandemia generada por el COVID-19 es el ejemplo perfecto para ilustrar, en la mayor parte de los casos, como (en lo que resulte posible, siempre sobre la base del mejor esfuerzo) un eje vector del diseño de un contrato (y en su caso de estándares y de Leyes o políticas) es el prever todo lo que resulte plausible prever, generando un marco para la gestión de eventos imprevistos (que no son imprevisibles).

Ello para tratar de minimizar el “riesgo de renegociación”, que es la negociación de una solución necesariamente fuera del marco de lo establecido en el contrato. Algo que normalmente, en países de tradición de código civil (como la mayoría de la región, aunque no toda), conllevaría la necesidad de terminar anticipadamente y re-licitar el proyecto, salvo que la solución sea refrendada por un instrumento de rango mayor (por ejemplo, un decreto). Véase Cuadro 9 en este capítulo, sobre el caso de España.

Adquiere relevancia sustantiva, en este contexto, la asignación de riesgos en el proyecto, la que debe reconsiderarse a la luz de estas nuevas circunstancias imprevistas.

Es ineludible concluir en la necesidad de repensar y actualizar las cláusulas de fuerza mayor de los contratos APP, para contemplar situaciones que quizás sin llegar a constituir “fuerza mayor” (en su definición más abstracta), puedan implicar la adopción de medidas que permitan navegar las dificultades y permitir que el contrato se siga llevando adelante, con equilibrio para las partes involucradas.

Perú ha aprobado rápidamente un protocolo de actuación en torno al tema.

El caso de Chile es otro caso interesante, que se explica sucintamente a continuación.

- **Cuadro 8: El COVID y el impacto en Chile⁴⁸.**

Como resultado de la pandemia, el impacto sobre los proyectos APP que se están llevando adelante en Chile fue variable según estuviere o no vinculado con ingresos relacionados con la demanda. Por ejemplo, en proyectos independientes de la demanda (sujetos a subsidios gubernamentales) como pueden ser cárceles u hospitales, fue menor que en aquellos donde la reducción de la movilidad generó una disminución de ingresos, como puede ser el proyecto de Autopistas Interurbanas. Este proyecto, por ejemplo, tiene pactado un Ingreso Mínimo Garantizado, que cubre el riesgo de caída de la demanda.

Uno de los proyectos más afectados es el Aeropuerto Internacional de Santiago de Chile. El riesgo de demanda había sido transferido al privado, y este alegó que se trató de un evento inesperado y pidió un incremento del plazo del contrato. Una de las alternativas posibles de solución, podría ser el mecanismo de distribución de ingresos, y mutar de un contrato de plazo fijo, a uno de plazo variable.

En el caso de las autopistas urbanas, la discusión se basó en la tarifa de congestión. Al disminuir la movilidad, no se produce congestión, y el estado entiende que no debe cobrarse la citada tarifa porque estaba atada a dos condiciones: la hora y el flujo real de tránsito. Sin embargo, el privado alega que solo estaba ligado a un tema de horario y que por tanto, corresponde cobrarlo de todas formas.

En cualquier caso, Chile tiene una fórmula de solución amigable (implementada a partir del año 2010) previo a ingresar en una renegociación de este tipo de contratos. Se trata de un Consejo y Panel de Expertos que revisan la situación y evalúan si amerita o no una renegociación. Este Consejo interactúa con el privado a efectos de arribar a una conclusión. Es importante indicar que la reforma del año 2010, incorporó en los arbitrajes, el fallo acorde a derecho, en lugar del fallo por equidad.

⁴⁸ Nuestro agradecimiento a nuestro colega Jorge Montesinos de Chile, por el aporte que tratamos de recoger en el resumen incluido en este cuadro.

- **Cuadro 9: COVID-19 y APP en España. Una entrevista rápida con un español.**

1.- ¿Ha habido en su país cuarentena obligatoria, confinamiento, o ausencia de movilidad con origen en una norma emitida por el gobierno? Así es.

2.- ¿Se ha discutido el tema pandemia como cambio normativo discriminatorio u ocasionante de un daño al Contratista APP? Ha habido reclamaciones de empresas concesionarias, en especial ccesionarias de autopistas de peaje. Entiendo que las argumentaciones de las empresas variaban entre fuerza mayor (que yo entiendo no tiene lugar por lo que explico más abajo) y hecho imputable / acción propia del gobierno.

3.- ¿Ha habido posiciones que lo enmarquen en una causa de fuerza mayor? Si es así, ¿estaba reglado en el contrato respectivo? Se emitió una ley que regula entre otros el derecho a la reclamación por reequilibrio. En España la fuerza mayor se describe por una definición cerrada de eventos en la legislación de los contratos del estado, y en ella no encaja algo como el COVID-19. Por otra parte entiendo que no está claro si es una norma discriminatoria ya que en puridad el confinamiento que se decretó fue sin distinciones de sector salvo lo que se consideran sectores esenciales (sanidad, ejército/defensa, producción eléctrica y agua). Es decir, cayeron dentro la mayor parte de la industria y todo el sector servicios.

Es decir, se considera que ha sido necesaria una decisión sancionada con rango de norma para poder posibilitar la negociación de los contratos.

8 Cuestiones de Marco APP y de Estándares Contractuales. Recomendaciones

La intención de este apartado es compartir algunas reflexiones a modo de recomendación en torno a dos conceptos: los estándares de contrato y el marco general de las APP (en especial en su dimensión más fundamental que es la Ley APP cuando esta exista) y su relevancia en relación a la gestión de contratos.

8.1. La necesidad de un marco que “habilite” y refuerce la gestión contractual

Hemos visto en reflexiones anteriores, que resulta condición precedente y necesaria (pero no suficiente) para la buena gestión de las APP, la existencia de buenos contratos. Nos referimos en particular, a que estos habiliten un marco con flexibilidad razonablemente acotada para adaptarse a los cambios y las variaciones que sin duda se producirán durante su vida. Es indispensable que doten a la autoridad contratante (dueña del proyecto, no lo olvidemos) de herramientas efectivas para la gestión de las diversas amenazas y riesgos que pueden afectar los proyectos, en todas las materias comentadas en este documento y otras relevantes que no hemos podido abordar.

Este marco de flexibilidad aplica a diversos aspectos, como ser las demandas de los *stakeholders*, la adaptación tecnológica, la resolución de controversias y otros asuntos, que pueden sufrir modificaciones a lo largo del contrato y requieren de la debida atención a efectos de la conservación de este.

La estructura del vínculo contractual debe estar focalizada en promover el alineamiento de incentivos entre las partes pública y privada caso a caso, proyecto a proyecto. Así, es recomendable que la gestión del proyecto, a plasmarse en el contrato, tenga en cuenta el equilibrio entre, la necesidad de regular conductas y la forma de prestación de los servicios, y el mantenimiento de cierto nivel de flexibilidad.

Pero para que un contrato pueda incorporar esa flexibilidad y desarrollar mecanismos de respuesta a cambios y amenazas que resulten efectivos, se requerirá en muchos casos un marco legal apropiado y que lo habilite.

Por lo general, es perfectamente sabida la necesidad de la existencia de entornos normativos estables. Las cuantiosas inversiones que se esperan de los partícipes privados deben contar con un entorno institucional y normativo estable, que permita a los inversores gozar de una previsibilidad razonable en cuanto a los riesgos y sus consecuencias. Es necesario que el marco institucional promueva la seguridad jurídica necesaria para que durante la ejecución contractual haya previsibilidad de las posturas de las partes en el contrato, la certidumbre en cuanto al cumplimiento de obligaciones, así como la posibilidad del *enforcement* del ajuste.

Esto tiene clara incidencia en el mercado, fomentando la progresiva atracción de inversiones y proporcionando un ambiente de seguridad para obtener la entrega de activos y servicios públicos de buena calidad a los ciudadanos.

Pero más allá del entorno legal general de las APP, del respaldo jurídico de derechos y obligaciones, los propios marcos deben dotar a los responsables del diseño de los contratos (que no son otros que los dueños de los proyectos, las autoridades de contratación, responsables después de su gestión) de la habilitación normativa para poder desarrollar e incorporar en los contratos los mecanismos de gestión contractual que se necesitan para el buen manejo de riesgos y amenazas que afectan la vida de los proyectos.

La buena gestión contractual puede demandar el abordaje de muchas cuestiones (y que deben ser recogidas en los contratos) según las buenas prácticas internacionales, que pueden entrar en colisión con principios generales de contratación pública, como son, por ejemplo, la transparencia y la concurrencia. Estos principios limitan, y de manera lógica, en relación a aspectos como:

- la negociación directa de cambios de alcance de contrato,
- la transferencia de los contratos, o la transferencia de la propiedad de las sociedades concesionarias,
- la aceptación como contraparte contractual “súbitamente” de una entidad financiera – que ni tiene las capacidades requeridas de inicio en la licitación ni la hemos elegido.

Otras cuestiones propias de la legislación de tradición administrativa, como el privilegio del gobierno de únicamente someterse a sus propias autoridades judiciales, se enfrentan con la tendencia internacional a que exista libertad de pacto entre las partes (aunque sea una pública y otra privada) para habilitar la solución arbitral internacional como mecanismo de resolución de disputas en última instancia, y en definitiva, con la percepción de los inversores sobre el riesgo país.

Lo anterior por citar algunas materias, quizás de las más relevantes, del marco legal de APP que necesitan ser modificadas para responder a buenas prácticas y generar tracción sobre los inversores de infraestructuras nacionales e internacionales.

Pues bien, en todos estos aspectos, en general podemos decir que en opinión del grupo y del autor, la región de ALC puntúa muy bien.

8.2. La necesidad de institucionalizar la función de gestión contractual

Es indispensable “valorizar” la gestión del contrato, dentro del ciclo de las APP, del mismo modo que es práctica habitual a nivel marcos, contar con lineamientos, manuales y guías para el manejo de distintas materias relativas, sobre todo, a la preparación y evaluación de los proyectos.

Las guías nacionales o manuales de buenas prácticas se centran, en general, en las fases de identificación, evaluación y asignación de riesgos, pero entendemos que ciertos aspectos de la gestión del contrato (como el seguimiento y el reporte de riesgos, sobre todo) deberían quedar claramente incorporados a los lineamientos de gestión de riesgos existentes en muchos países.

Otro aspecto medular es jerarquizar la función de gestión contractual como ejercicio profesional: a través de la existencia de cursos especializados o el fomento de la cultura de gestión contractual dentro de los Ministerios de línea para incentivar a que haya funcionarios que se especialicen y formen⁴⁹.

Adicionalmente, es importante clarificar quienes son los agentes responsables de la gestión de los contratos a nivel del marco institucional y como está conformada la gobernanza de estos: ¿Cuál es la responsabilidad concreta de la autoridad contratante y su capacidad de decisión? ¿Cuál es el rol de Finanzas / Hacienda? ¿Qué rol tienen en su caso los organismos o entes reguladores de sector?

Por otro lado, mencionar la necesidad de implantar la dinámica, debidamente institucionalizada, de evaluaciones ex-post de los programas y los proyectos, tan necesaria para la incentivar la buena gestión mediante la rendición de cuentas.

Todas estas son cuestiones que parecen tener aún mucho recorrido en la región, con carácter general.

8.3. La necesidad de desarrollo de estándares contractuales

Primero debe apuntarse que, cuando se habla de estándares contractuales, no se refiere a la imposición de una redacción predeterminada para todas las cláusulas sino a documentos que describen y argumentan qué tratamiento se le debe dar a esa cuestión, el fundamento, que opciones hay (si más de una) y solo a veces, estableciendo una cláusula precisa para usar como modelo preceptivo⁵⁰.

Los estándares contractuales permiten minimizar el riesgo de errores en la redacción de los contratos y generan consistencia en el uso de las APP (consistencia de tratamiento de las materias clave en los distintos contratos que conforman el programa). Siempre debe haber espacio para las particularidades de cada proyecto.

Aunque existe una tendencia (positiva) en la región hacia la estandarización de la asignación de riesgos (por ejemplo, Colombia, Perú) a través de la emisión de lineamientos vinculantes, se debería ampliar este concepto a otras áreas relevantes del diseño de los contratos que tienen gran incidencia en la gestión de los proyectos.

Hablamos de la conveniencia de estandarizar ciertos aspectos de los acuerdos, con gran incidencia en la configuración del contrato como marco operativo para su propia gestión, como son, por ejemplo:

- El tratamiento y las condiciones para la aprobación de cambios de accionariado en la sociedad contratista.

⁴⁹ No hay que olvidar que la gestión contractual es claramente multidisciplinaria pero necesariamente incluye la necesidad de mínimas capacidades en gestión de grupos de interés, gestión de riesgos y desde luego gestión de proyectos.

⁵⁰ Para ver ejemplos estándares contractuales sólidos vea, por ejemplo, los “*commercial principles*” de Australia (“*National Public Private Partnership Guidelines Volume 7: Commercial Principles for Economic Infrastructure*” y “*Volume 3: Commercial Principles for Social Infrastructure*”), o el “*Standardisation of PF2 Contracts*” del Reino Unido.

- Los supuestos de terminación anticipada y sus consecuencias (sus formas de cálculo).
- Los procesos de resolución de disputas.
- Los aspectos relativos a los cambios contractuales de alcance o requerimientos.
- El monitoreo del servicio y su reporte.
- Y otros más.

• **Cuadro 10: La terminación anticipada en Uruguay.**

Según observa la experta de Uruguay, la normativa en Uruguay otorga un marco sobre las causales de terminación del contrato APP, dejando abierta la posibilidad de incluir en este, las que se entiendan pertinentes. Se refiere, por ejemplo, a: la imposibilidad de cumplimiento relacionado con medidas adoptadas por el estado, el proceso concursal respecto del contratista, advenimiento de causales que inhabiliten al contratista el efectivo cumplimiento de su prestación, o la existencia de fuerza mayor o caso fortuito. Es relevante indicar que existe un medio de solución de controversias obligatorio: el arbitraje. En cualquier caso, los contratos en general prevén los posibles escenarios de terminación y la forma de reversión del activo al estado, potestades de toma de posesión inmediata, de designar un interventor, y fórmulas de cálculo relacionadas con la etapa y las inversiones realizadas.

8.4. Aspectos relevantes para reforzar (o incorporar) en un marco APP para valorizar e institucionalizar la Gestión de Contratos APP

Para terminar, proponemos esta lista de aspectos clave que deben estar presentes en la configuración (o revisión) de un buen marco APP en relación con la función de la gestión contractual.

Ya hemos comentado en este documento como solo algunos de estos puntos parecen relativamente presentes en la región, cuando hay otros que claramente tienen claro recorrido de mejora o cuya presencia no es nada común.

- Desarrollo de una guía de gestión de contratos e institucionalización de la necesidad de capacitación y formación específica en el área
- Habilitación legal para apelar a arbitraje internacional para resolución de disputas
- Descripción clara de roles y responsabilidades de la gestión contractual a nivel marco / ley.
- Estándares de asignación de riesgos
- Estándares de obligaciones de información y reporte aguas arriba
- Estándares de gestión del riesgo (post firma de contrato)
- Instauración de evaluaciones ex-post de desempeño de los programas y proyectos para mejora permanente y aprovechamiento de lecciones aprendidas
- Estándares de resolución de controversias
- Estándares de gestión de cambios
- Estándares de implantación de la asignación de riesgos en contrato

- Estándares de metodologías de cálculo de pérdidas de equilibrio y de procesos de reequilibrio
- Estándares de definiciones de fuerza mayor
- Estándares de definición de causales de terminación y de los procesos para la liquidación financiera de los contratos
- Habilitación / viabilidad legal del “*step-in*” de los bancos

9 Algunas Ideas Destacadas a Modo de Epílogo

- La función de la gestión contractual de APP tiene mucho que avanzar y mejorar en la región.
- El principal problema reside en la falta de conciencia de la relevancia de la función y la magnitud de la tarea. Gestionar un contrato es mucho más que monitorizar y fiscalizar.
- Implica también gestión de relaciones, gestión de información, gestión de grupos de interés, además de las actividades materiales de gestión de riesgos y amenazas (gestión de desempeño, gestión de riesgos, de cambios y de disputas).
- Se debe cambiar de actitud, desde un foco fiscalizador hacia una actitud colaborativa.
- Existe además cierto desapego del activo, con una falsa sensación de que el gobierno no es dueño del proyecto, generando un defecto en la necesaria rendición de cuentas.
- Se debe entender la necesidad de institucionalizar la función:
 - Integrando la gestión del contrato en la gobernanza general de las APP a nivel Marco APP,
 - incorporando la función en el marco institucional y operacional del sistema APP, e incorporando a las agencias centrales y decisoras en la gobernanza del contrato,
 - dotando a la función de documentos de política / guías nacionales e institucionalizando la figura del gestor del contrato como perfil profesional con sentido propio.
- Nos debemos dotar de las debidas capacidades
 - visualizando y dimensionando los recursos desde el inicio y la necesidad de su fondeo
 - incorporando asesores que no solo sean recursos de monitorización y fiscalización, sino también apoyo de gestión material de episodios de renegociación e implantación de cambios y variaciones al contrato
 - gestionado proactivamente el conocimiento aplicando técnicas de *project management* y panificando la formación continua y la sucesión de miembros del equipo.
- Se debe entender que la gestión del contrato empieza desde la estructuración de este (sino incluso antes), pues el contrato es el marco operativo para su gestión. Este requiere de flexibilidad acotada y debe incorporar debidamente los instrumentos principales para la gestión (asignación clara de riesgos, sistema de penalizaciones, regulación de cambios de alcance/obligaciones, pero también de cambios financieros, obligaciones de información y reporte, entre otros).
- Pero la gestión del contrato requiere además de metodologías y herramientas que complementen al propio contrato, como:

- Un manual operativo de gestión,
- protocolos de actuación y procedimientos internos (de atención y gestión de reclamos por riesgos, de negociación e implantación de cambios de alcance de contrato, de revisión desempeño y procedimiento de pago, etc.).
- sistema de control y monitorización de riesgos,
- el modelo del mecanismo de pagos,
- un sistema integral de gestión de información y documental,
- estrategias adecuadas de comunicación,
- un plan de gestión de conocimiento,
- planes de contingencia.

Lecturas Recomendadas

Recomendamos las siguientes lecturas para profundizar en la materia.

- PPP Certification Guide (2016), capítulo 7, sobre el establecimiento de la función de gestión contractual y sobre la gestión durante la fase de construcción. <https://ppp-certification.com/ppp-certification-guide/strategy-delivery-and-commissioning>
- PPP Certification Guide (2016), capítulo 8, sobre la gestión de contratos durante su etapa de operaciones hasta la reversión. <https://ppp-certification.com/ppp-certification-guide/operations-and-handback>
- South African National Treasury (2004). National Treasury PPP Manual Module 6: Managing the PPP Agreement. <https://www.gtac.gov.za/Publications/1160-PPP%20Manual.pdf>
- Contract Management Guide, Partnerships Victoria. <https://library.pppknowledgelab.org/documents/2377>
- Guía de *contract management* de EPEC, Unión Europea. “Managing PPPs during their contract life”. https://www.eib.org/attachments/epec/epec_managing_ppps_en.pdf