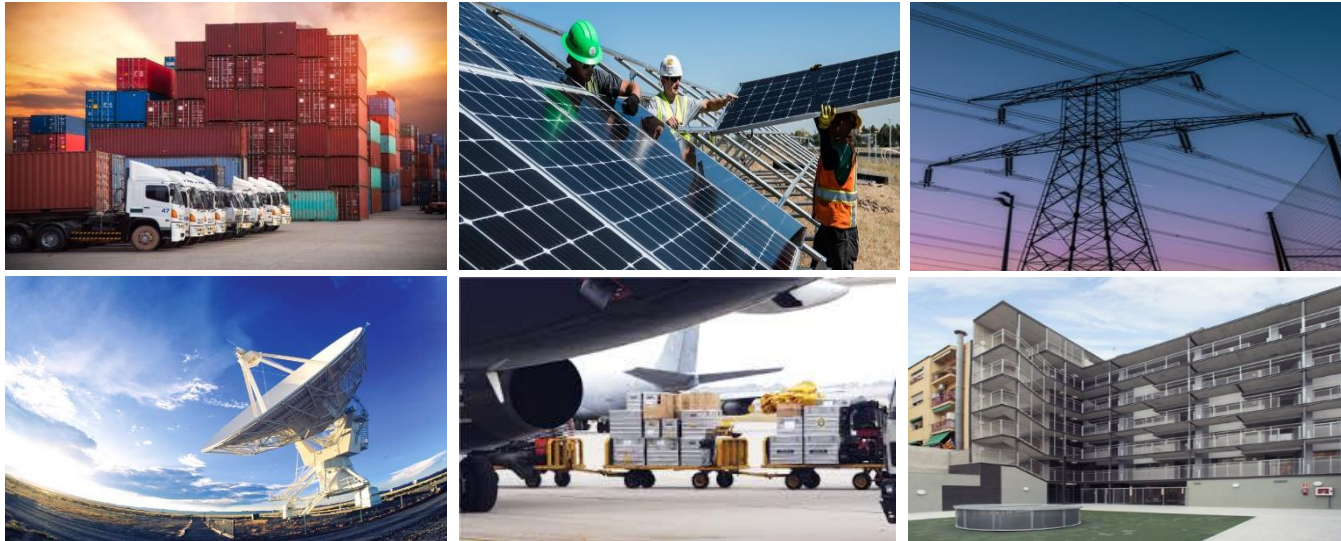




Asociación Iberoamericana
de Estudios de Regulación



XVI CONGRESO IBEROAMERICANO DE REGULACIÓN Regulación en tiempos de cambio: Desafíos y propuestas



CONTROL DE CONTRATOS DE APP Mejores prácticas internacionales en diseño de sistemas regulatorio-institucionales

Expositor: Ignacio Aragone



1. Contratos de APP y condicionantes sobre su control

- Los sistemas regulatorios e institucionales de control de cumplimiento de contratos de APP no debieran diseñarse desde la lógica de fiscalización o monitoreo de un contrato de obra pública; aunque muchas veces ocurre lo contrario.
- Los contratos de APP tienen una serie de particularidades respecto a otro tipo de contratos, que conlleva la necesidad de implementar también sistemas específicos para su control. En buena medida el éxito en el desarrollo de estos contratos depende de la habilidad de la Contratante para mantener una amplia y fluida interacción con el Contratista, y del adecuado margen de flexibilidad admitido para el desarrollo del contrato de APP; en particular para enfrentar este tipo de situaciones:
 - a. “zonas grises” de asignación de responsabilidad;
 - b. ejecución de actividades bajo escenarios de “riesgos compartidos”;
 - c. situaciones en donde es necesario introducir modificaciones contractuales;
 - d. ocurrencia de situaciones imprevistas, que requiere de la adopción de soluciones a la “medida” y adecuadas a los objetivos (entre ellos, mantener el “VFM” del contrato); y
 - e. situaciones en donde la Contratante ha asumido un rol de “colaboración” en el cumplimiento de obligaciones a cargo del Contratista (por ejemplo, tramitación de permisos / autorizaciones)
- Es evidente que los contratos mal diseñados son un problema para el funcionamiento de los sistemas de control; pero aún así, por mejor que estén elaborados los mismos, no pueden contemplar toda la casuística esperable en escenarios de largo plazo. Y cuando se presentan este tipo de situaciones, en determinados escenarios la resolución de los conflictos puede abordarse más eficientemente con un criterio diferente al del control tradicional de cumplimiento de contratos.

2. Enfoque tradicional del control de contratos de APP

- Concepción de la relación contractual: la lógica que subyace al diseño regulatorio e institucional del sistema de control es la de su aplicación a una relación de partes enfrentadas. Los contratos son poco flexibles, diseñados desde una perspectiva estática; en donde la Contratante debe controlar su cumplimiento.
- Mecánica general del funcionamiento del sistema de control: Las funciones de control se ejercen fundamentalmente con carácter “reactivo” o “pasivo”; esto es, se actúa para determinar la existencia o no de incumplimientos y en su caso disponer las sanciones aplicables.
- Arquitectura del sistema de control: Los sistemas de control bajo esta conceptualización han ido evolucionando a lo largo de los años; desde unidades de control desde donde se cumplían integralmente las actividades y funciones, dotadas de un amplio número de funcionarios, a unidades más pequeñas y altamente especializadas; apoyadas en la labor de firmas consultoras especializadas en supervisión de contratos en fase de construcción y/u operación.
- “Lógica” del suministro de información: Destinada a verificar cumplimiento de obligaciones contractuales. El tipo y alcance de requerimiento de información es el estándar en contratos de APP; más allá de las irregularidades o ineficiencias que se puedan constatar.
- “Lógica” de la consideración de escenarios de adaptaciones contractuales: La introducción de ajustes, adaptaciones o modificaciones contractuales suele concebirse como circunstancias aisladas y extraordinarias; consecuentemente con el diseño de contratos de mayor rigidez
- Mecanismos de solución de controversias: sistema tradicional basado en 3 instancias: a) Arreglo Directo, b) intervención de un Panel Técnico a conformarse puntualmente para atender las situaciones que se presenten a su consideración, y c) arbitraje, en caso de no alcanzarse la solución en las instancias precedentes.

3. ¿Por qué migrar hacia un nuevo modelo de control?

- El cambio debería ser una consecuencia lógica del también deseable cambio en la lógica de diseño contractual; pasando de escenarios rígidos a flexibles, y de regulación de situaciones pretendidamente estáticas a dinámicas.
- La experiencia de años es demostrativa de que bajo determinadas circunstancias, las funciones de control así ejercidas no son lo suficientemente adecuadas para la atención de diferentes tipos de situaciones planteadas. Ejemplo de ello son los casos de proyectos con problemas a partir de riesgos puntuales compartidos e inadecuadamente gestionados, con pequeñas desviaciones iniciales que al no haberse gestionada adecuadamente, terminan en conflictos de mayor envergadura.
- En lo anterior inciden también las debilidades de ciertos diseños de sistemas institucionales de control, en sus procedimientos internos y/o el perfil de los funcionarios asignados al cumplimiento de tales funciones.
- En ocasiones las fallas del sistema tradicional tienen origen en las fallas en la interacción interinstitucional con otras entidades públicas competentes para el ejercicio de funciones de control y sancionatorias ante el incumplimiento de normas legales-reglamentarias (Ministerios, Contralorías, etc.).

4. Sistema de “control-gestión” de contratos de APP

- Concepción de la relación contractual: Los contratos son concebidos como auténticos acuerdos de “cooperación público-privada”, antes que relaciones entre partes antagónicas. Los contratos incorporan adecuados espacios de flexibilidad, en donde las relaciones se ven como escenarios dinámicos que en el largo plazo pueden ir ajustándose ante nuevas circunstancias o situaciones imprevistas. A su vez, como corolario de ello, los procesos de estructuración deben enfocarse no fuertemente al objetivo de asegurar ciertos hitos como el cierre financiero o la culminación de la fase de construcción; sino con la misma importancia, la gestión/ operación del proyecto.
- Mecánica general del funcionamiento del sistema de control: Las funciones de control se ejercen también con un carácter “proactivo”; destinadas en lo posible a anticiparse y prevenir posibles situaciones de incumplimiento. Ello no invalida que ante la constatación de los mismos se apliquen las sanciones.
- Arquitectura del sistema de control: Se mantiene la lógica de unidades de control pequeñas y altamente especializadas (con sus acompañamientos externos para la supervisión de contratos en fase de construcción y/u operación), aunque varían los perfiles de los funcionarios seleccionados (se requiere actitud “constructiva” en búsqueda de soluciones, entre otras habilidades), la capacitación/entrenamiento para los mismos, los manuales de procedimientos internos, y partidas asignadas para su funcionamiento.
- Objetivo del requerimiento /suministro de información: Como consecuencia de lo anterior deberían cambiarse ciertas previsiones destinadas al suministro de información; básicamente en lo que respecta al modelo financiero. Los requerimientos de información deben ser adecuados y razonables (tipología, alcance y oportunidad) y bien definidos en el “information package”.

4. Sistema de “control-gestión” de contratos de APP

- Objetivos en el tratamiento y consideración de escenarios de adaptaciones contractuales: La introducción de ajustes, adaptaciones o modificaciones contractuales se concibe como una circunstancia natural o esperable. Las adaptaciones pueden originarse en situaciones variadas tales como requerimientos de usuarios, requerimientos de afectados por los proyectos, introducción de mejoras en niveles de servicios, ajustes resultantes de sobreestimaciones, adaptaciones a cambios de entorno del proyecto, entre otras. Debería ser natural prever en los contratos de APP, procesos de revisiones periódicas de los mismos (cada 5 años, por ejemplo).
- Mecanismos de solución de controversias: sistema tradicional basado en 3 instancias puede complementarse con la actuación de un “Panel Técnico” permanente a lo largo de la vida del contrato, con una función de “intervención temprana”, “mesa de diálogo permanente”, o “prevención de conflictos”, acorde a mejores prácticas internacionales. Existen a este respecto diferentes esquemas de diseño, alcances, competencias y conformación del Panel Técnico.

En definitiva, la técnica de estructuración de contratos de APP debería ir evolucionando para adaptarse a los nuevos escenarios o contextos. Y de la mano de un “repensar” del modelo, deberían también reformularse ciertas estructuras conceptuales relativas a los sistemas de control de los proyectos; y con ello, sus modelos regulatorios e institucionales

Contacto:

Ignacio Aragone

Socio Director

ignacio.aragone@iguworld.com

+598 94 278 730

www.iguworld.com



www.iguworld.com