
DURÁN & OSORIO

A B O G A D O S

A S O C I A D O S

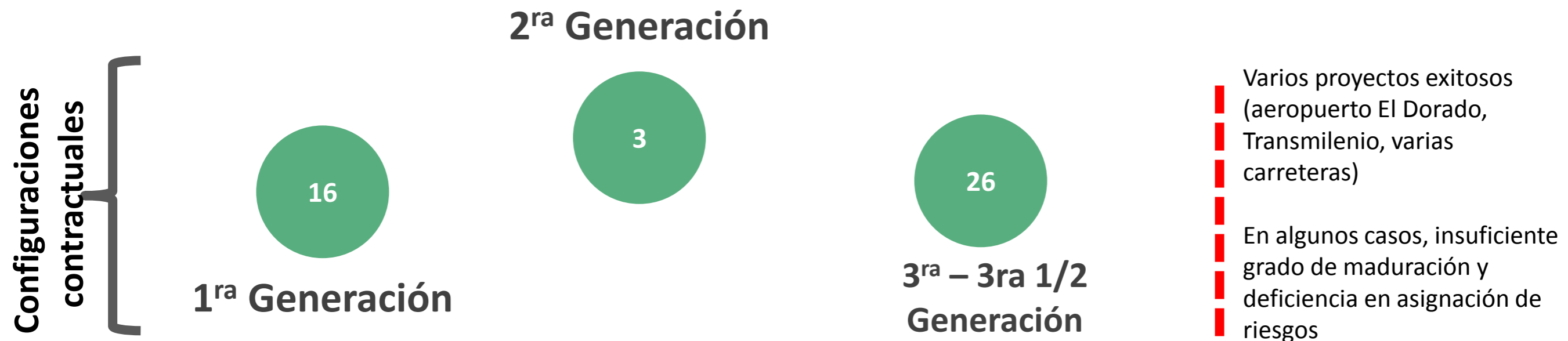


Regulando las APP: Experiencia colombiana

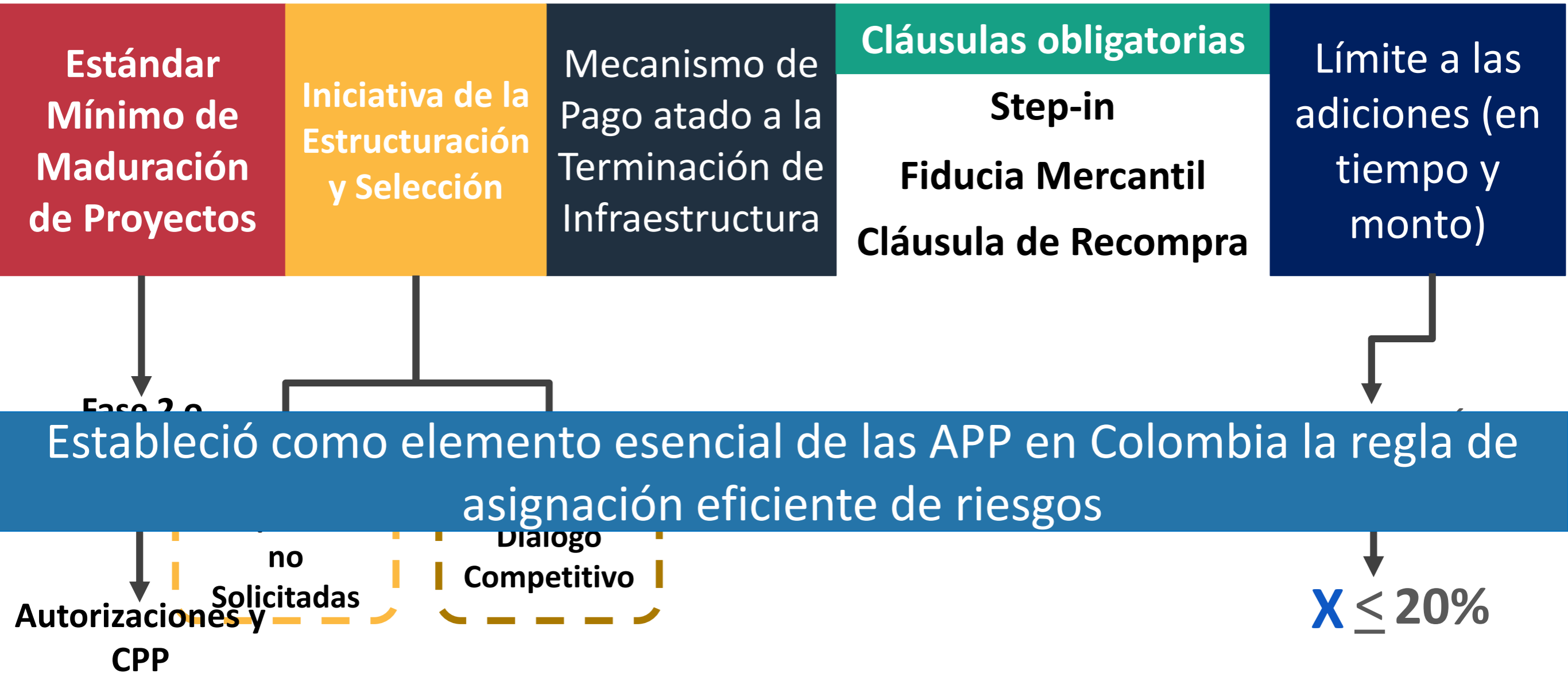
Álvaro Durán Leal

Marzo 2017

¿De dónde venimos?



¿Qué quiso modificar la Ley 1508?



¿Qué es una APP en Colombia según la 1508?



Instrumento de vinculación de capital privado



materializado en un contrato estatal



celebrado entre una entidad estatal



y una persona natural o jurídica de derecho privado



para la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados



incluyendo un mecanismo de pago sujeto a disponibilidad, niveles de servicio y estándares de calidad

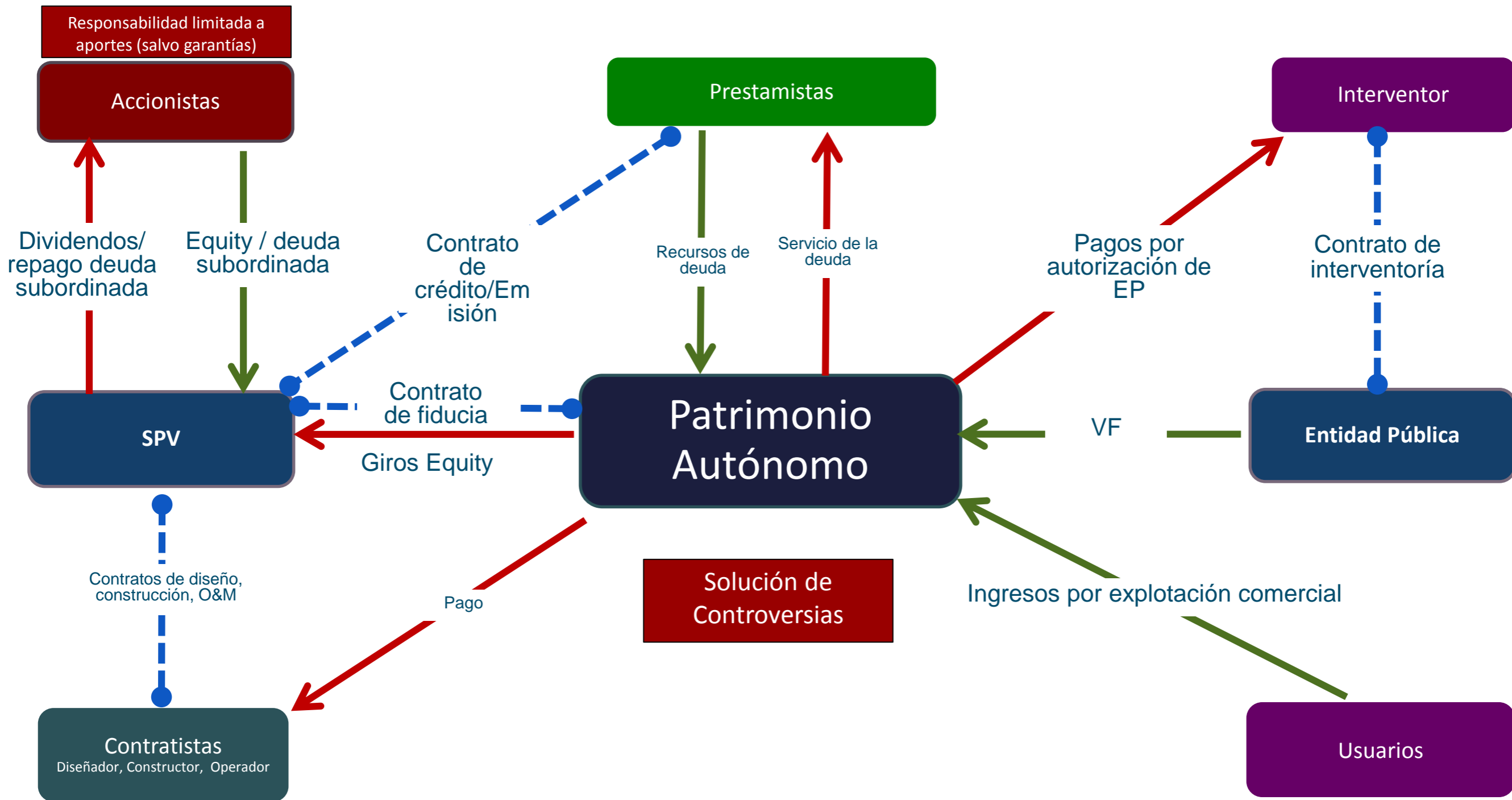


la operación y mantenimiento de la infraestructura vinculada al proyecto



y un esquema de retención y transferencia de riesgos

Estructura General de una APP en Colombia



Riesgos

Hechos futuros e inciertos

“Asignar” un riesgo es escoger quien asume las consecuencias económicas de su ocurrencia (positivas o negativas)

Debe asignarse a quien mejor pueda administrarlo/mitigarlo

Puede afectar positiva o negativamente los flujos de un proyecto



¿Cómo se asignan los riesgos en una APP en Colombia?: Aproximación a los riesgos

Common Law

- Identificación detallada de riesgos
- Asignación precisa entre las partes
- Cumplimiento riguroso de lo pactado
- Poca o ninguna aplicación de la distinción entre álea normal y anormal
- Limitada participación del juez en caso de ocurrencia (interpreta el contrato)
- Certeza sobre las consecuencias de la ocurrencia de un riesgo

Derecho Continental

- Limitada libertad de estipulación
- Conmutatividad “objetiva” del Contrato
- Equilibrio económico sobre la base de la distinción de áleas normales y anormales
- Las consecuencias de la ocurrencia dependen del juez

¿Cómo se asignan los riesgos en una APP en Colombia?: Perspectiva en la Asignación

Sector Público

- Riesgo que no se pacte es del Concesionario
- Riesgo pactado se respeta (es previsto)
- No más paternalismo (malo para la economía y la eficiencia)
- Sin embargo:
 - No se escucha a la contraparte
 - Facilismo de pasar más riesgos al privado
 - Asumir riesgos expresos implica aportes al fondo de contingencias

Sector Privado

- La entidad redacta el contrato y decide sin contar con el privado
- La entidad no puede decir lo que es previsible o no: Lo que se escriba será reescrito por el juez
- Sin embargo:
 - *“Si valoro juiciosamente los riesgos la propuesta me sale cara”*
 - *“Después me defiende alegando desequilibrio”*

Mecanismo de pago

Pago x Disponibilidad

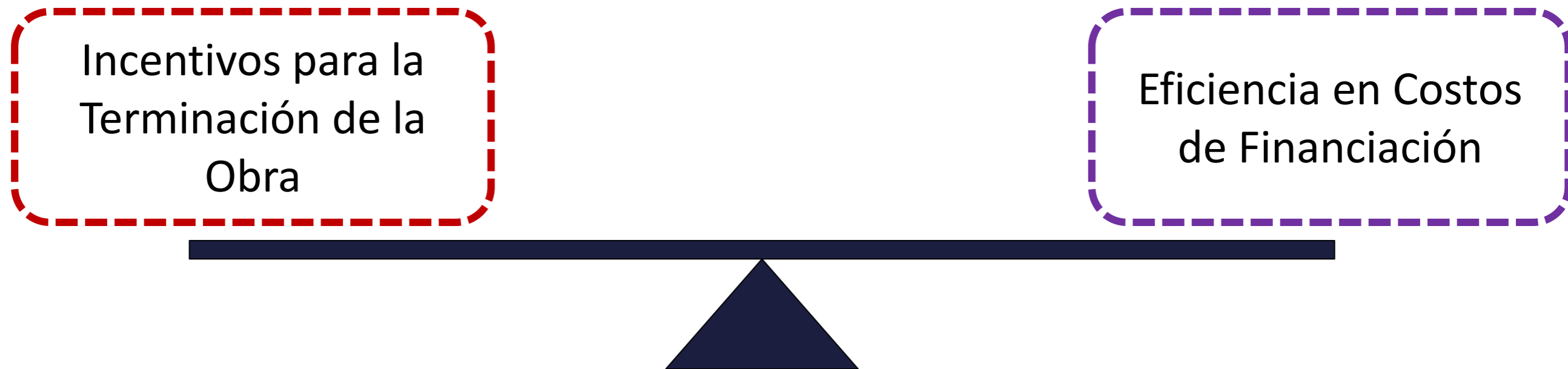
- No existen desembolsos hasta que se complete la obra

Transferencia del Riesgo de Construcción

- Obra ejecutada 100% con deuda y equity

Aumento del costo de la financiación

Uso Racional de Incentivos



Emplear de forma indiscriminada los incentivos, puede hacer innecesariamente costoso el proyecto

Unidades Funcionales, pago AOMs en Brownfield, “disponibilidad parcial”

¿Cuál es el mecanismo de pago de un proyecto de APP?: Mitigar Volatilidad

Disponibilidad Inicial

- Estable, orientada al pago de la deuda senior
- Se inicia al verificarse la disponibilidad de la infraestructura
- Puede cederse a los prestamistas y continuar aun después de terminación anticipada

Operación & Mantenimiento

- Variable por indicadores en operación y mantenimiento.
- Orientada al pago de la deuda subordinada y capital
- Se causa periódicamente

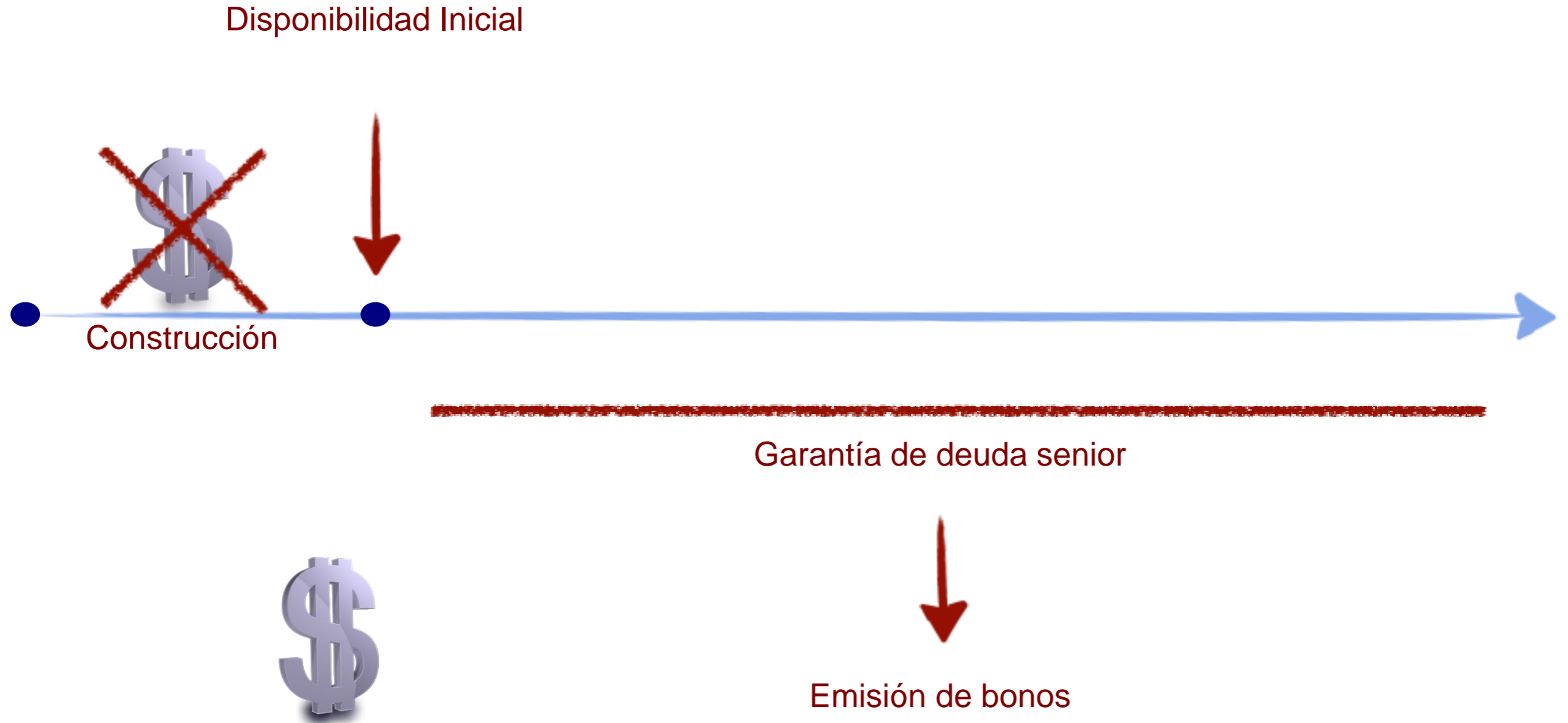
Preservando los “fundamentales” (no anticipo, retribución contra resultados, pagos variables contra indicadores –castigando el equity–, etc.)

¿Cuál es el mecanismo de pago de un proyecto de APP?: Mitigar Volatilidad

Disponibilidad Inicial



¿Cuál es el mecanismo de pago de un proyecto de APP?: Mitigar Volatilidad



¿Cuál es el mecanismo de pago de un proyecto de APP?: O&M



Pagos variables de acuerdo con el cumplimiento de los estándares de calidad y nivel de servicio

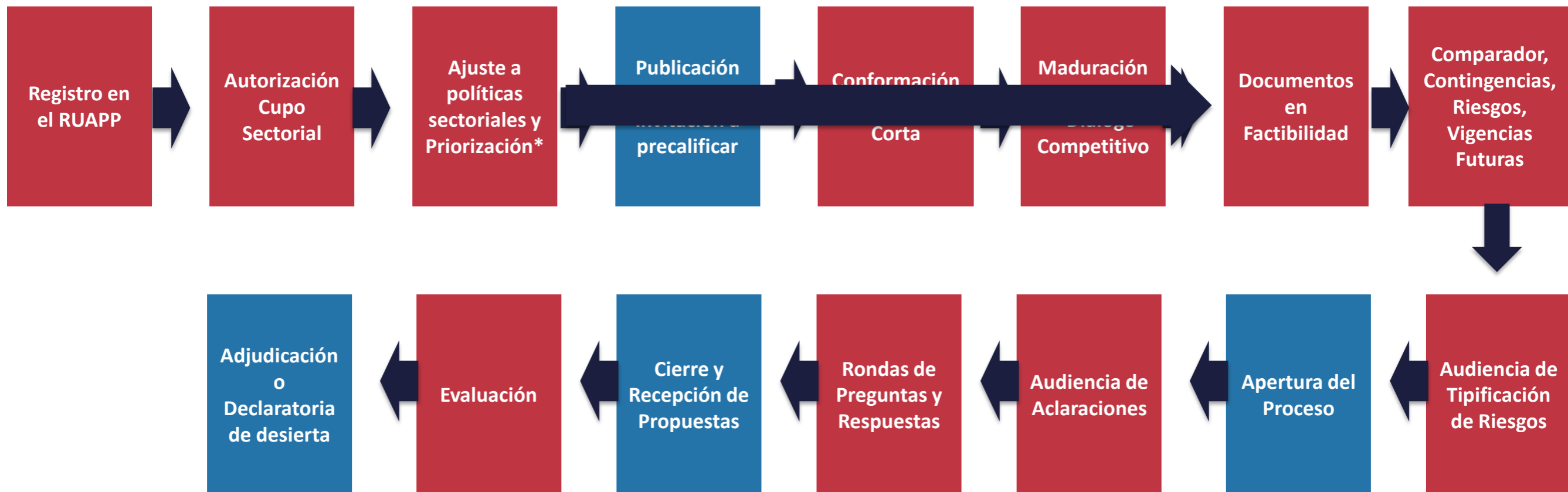
Mediciones periódicas de indicadores contruidos con el criterio SMART

¿Cómo se contrata un proyecto de APP?



Iniciativa Pública

Precalificación por Licitación Pública Competitiva



Iniciativa Privada

Se permite la presentación de iniciativas privadas sobre cualquier tipo de infraestructura y/o servicio que esté bajo el alcance de la Ley de APPs, salvo que: i) conlleve la modificación de proyectos existentes o ii) requiera de recursos del presupuesto mayores a 20/30% del valor del proyecto

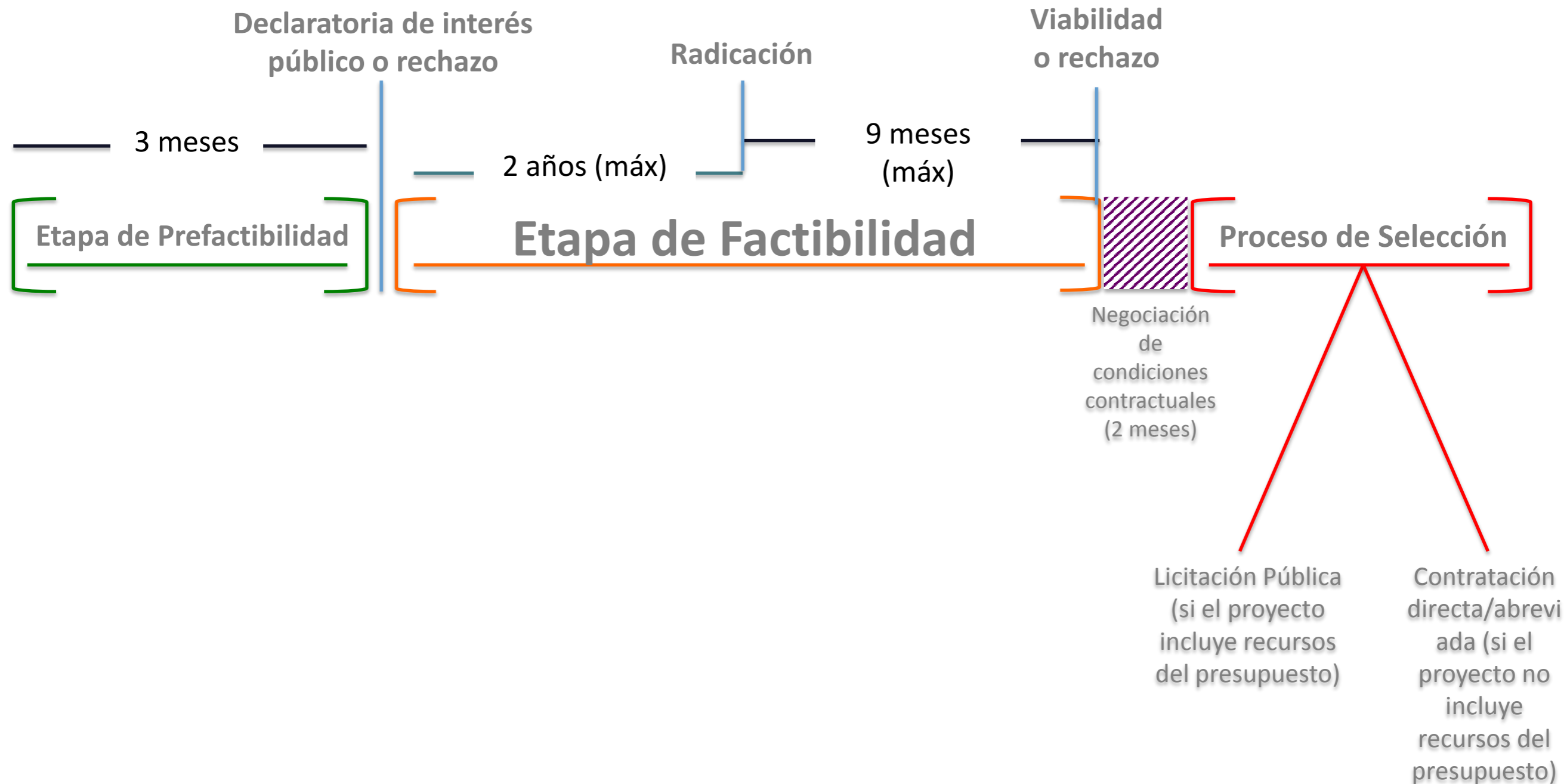
No existen restricciones temporales para su presentación y opera el principio de *“first-come, first served”*

De declararse viable la iniciativa privada, siempre se llevará a cabo un procedimiento de selección abierto para escoger al asociado privado


Sin embargo, el originador cuenta con ventajas en el proceso de selección, las cuales dependerán de si el proyecto requiere de recursos del presupuesto (bonificación) o no (*“right of first refusal”*)

Adicionalmente, se le garantiza al originador el reembolso del valor de los estudios del proyecto, si éste no resulta adjudicatario

Iniciativa Privada: Trámite



Iniciativa Privada: Retos



Ventajas
del
Originador



Asignación
de Riesgos

Iniciativa Privada: Retos

Sin recursos del presupuesto

Si la oferta
obtuvo un puntaje
puntaje de la oferta
tiene el derecho

Ventajas
del
Originador

su oferta.

Con recursos del presupuesto

Bonificación en el puntaje
entre 10% y 3%, dependiendo
del tamaño del proyecto.

Sólo en 2 de los 12 procesos de selección de iniciativa privada adjudicados por la ANI desde la expedición de la Ley 1508/12 se han presentado terceros interesados en competir con el originador.

Iniciativa Privada: Retos

La ley colombiana señala que los riesgos deben ser asignados a la parte contractual en mejor posición de administrarlos

Asignación
de Riesgos

Sin embargo, las entidades exigen que en proyectos de iniciativa privada el originador altere tal principio, asignando más riesgos al lado privado

La asignación más eficiente de riesgo para el Estado, y para el proyecto, no es necesariamente la que implique una mayor asunción por parte del privado

Asuntos a Considerar

La regulación general exhaustiva de las cláusulas de los contratos de APP vía Ley o Decreto no asegura el resultado de los proyectos (en proyectos ad hoc como los de APP, son preferibles las leyes cortas y los contratos largos)

La verdadera garantía del éxito de los proyectos de APP son las maduraciones adecuadas y la interacción con el mercado

Las APP deben incorporar incentivos económicos suficientes en el esquema de pago para que al privado le salga más barato cumplir que incumplir, pero dichos incentivos deben aplicarse de forma cautelosa y considerando las características de los proyectos, para evitar el pago de financiación innecesaria

Siempre debe hacerse una evaluación detallada de la asignación de riesgos de cada proyecto de APP (hay que cuidarse de aplicar irreflexivamente asignaciones estándar)

Los instrumentos que permiten la presentación de propuestas no solicitadas, deben fomentar la competencia y la simetría en la información

DURÁN & OSORIO

A B O G A D O S

A S O C I A D O S



Gracias!!!!

amduran@duranyosorio.com