DURÁN & OSORIO
ABOGADOS
ASOCIADOS

Incentivos contractuales y supervisión

Álvaro Durán Leal

México D.F, marzo 2017

¿Por qué son importantes las herramientas para el cumplimiento de contratos de APP?

Porque las APPs:

Versan sobre bienes y servicios públicos

Se repagan con recursos de titularidad del Estado

En ellas pueden presentarse comportamientos oportunistas

Comportamiento oportunista y contratos de APP

Una vez suscrita una APP las fuerzas del mercado pierden capacidad autorreguladora

Competencia por el mercado, no en el mercado (monopolio natural)

Altos costos de transacción para terminar contrato

Comportamiento oportunista

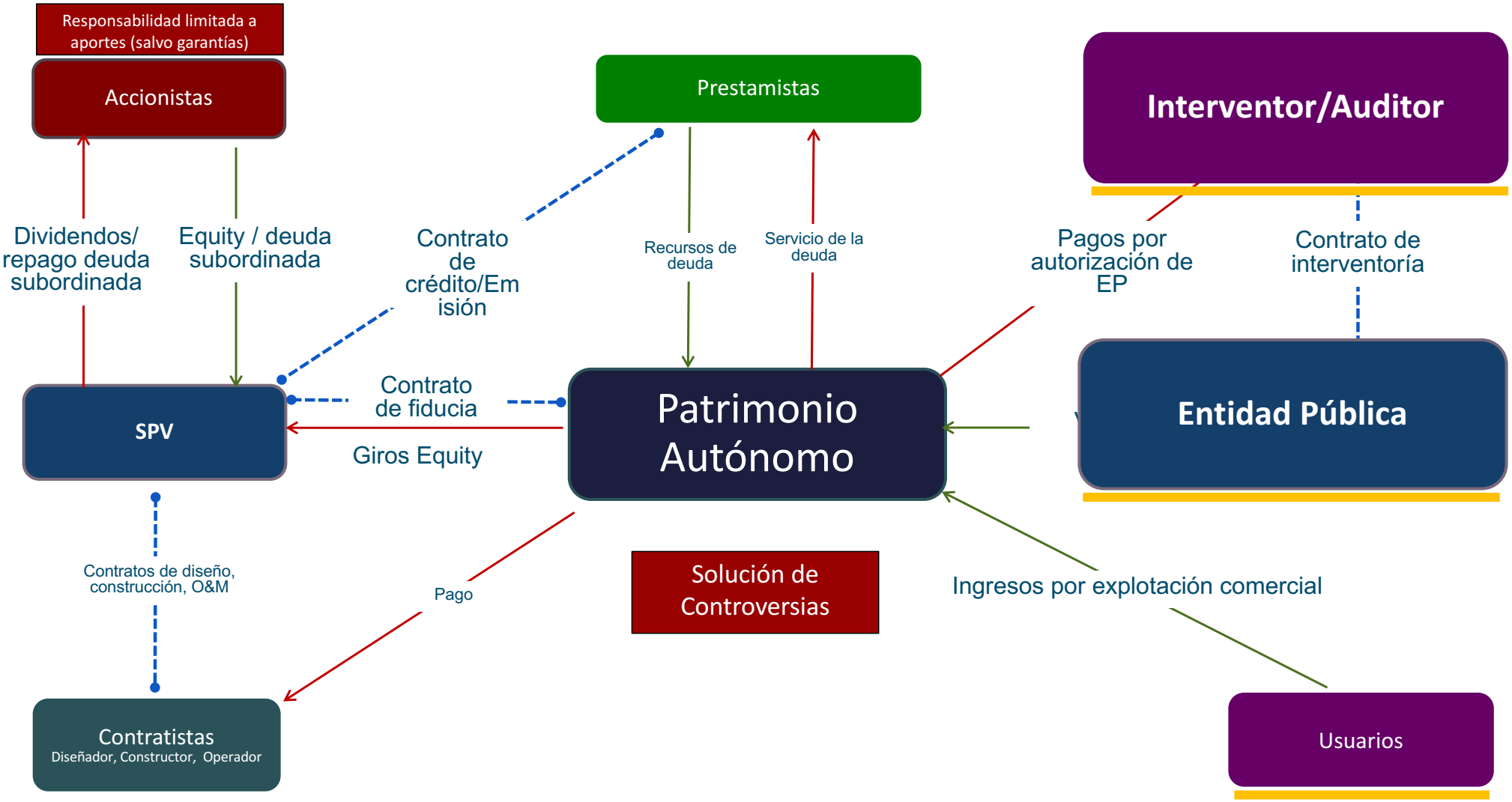
Entidad pública: "*Mejor una* ***ejecución regular*** *que una* ***buena terminación***" (sobre todo en etapa preoperativa)

Bad Marriage: Betting someone half of THEIR stuff that they will have to stay with you forever!!!

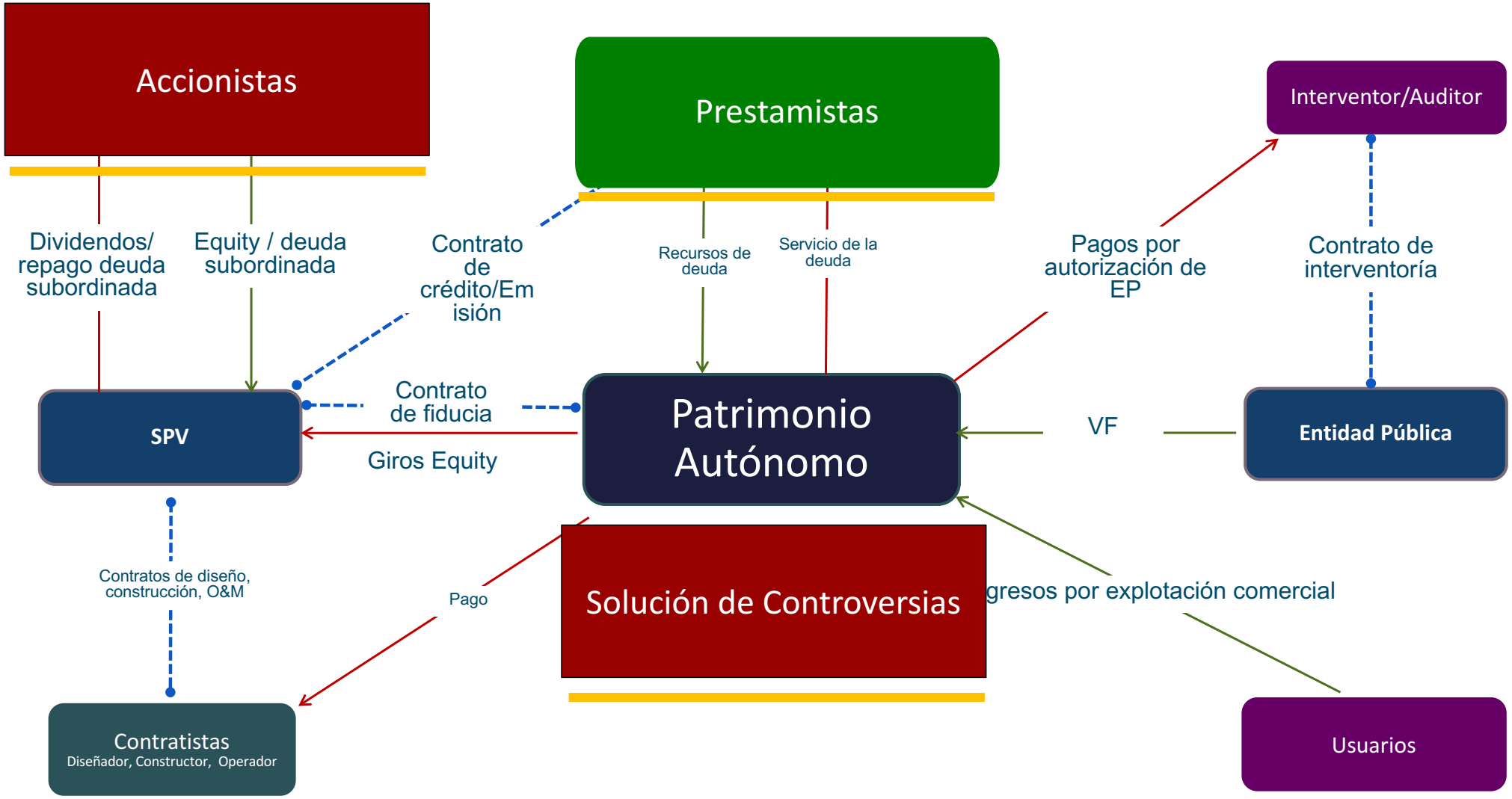
someecards
user card

Por ende, es necesario incluir incentivos económicos (contractuales) para complementar la estrategia tradicional de supervisión del contrato

Supervisores tradicionales de APPs



Nuevos actores al implementar incentivos



Prestamistas

Incentivo

Disponibilidad de fuentes de repago de la deuda están directamente asociadas a la terminación adecuada de obras

Mecanismos Contractuales

Pago x disponibilidad (balanceado)

Fórmulas de Terminación (mejor cumplir que incumplir)

Herramientas de Supervisión

Ingeniero Independiente

↓

No continuación de desembolsos sin avance de obra

Solución de Controversias

Incentivo

Obligación de estar al tanto del avance del proyecto aún cuando no haya controversia

Mecanismos Contractuales

Amigable Composición (dispute adjudication board)

Herramientas de Supervisión

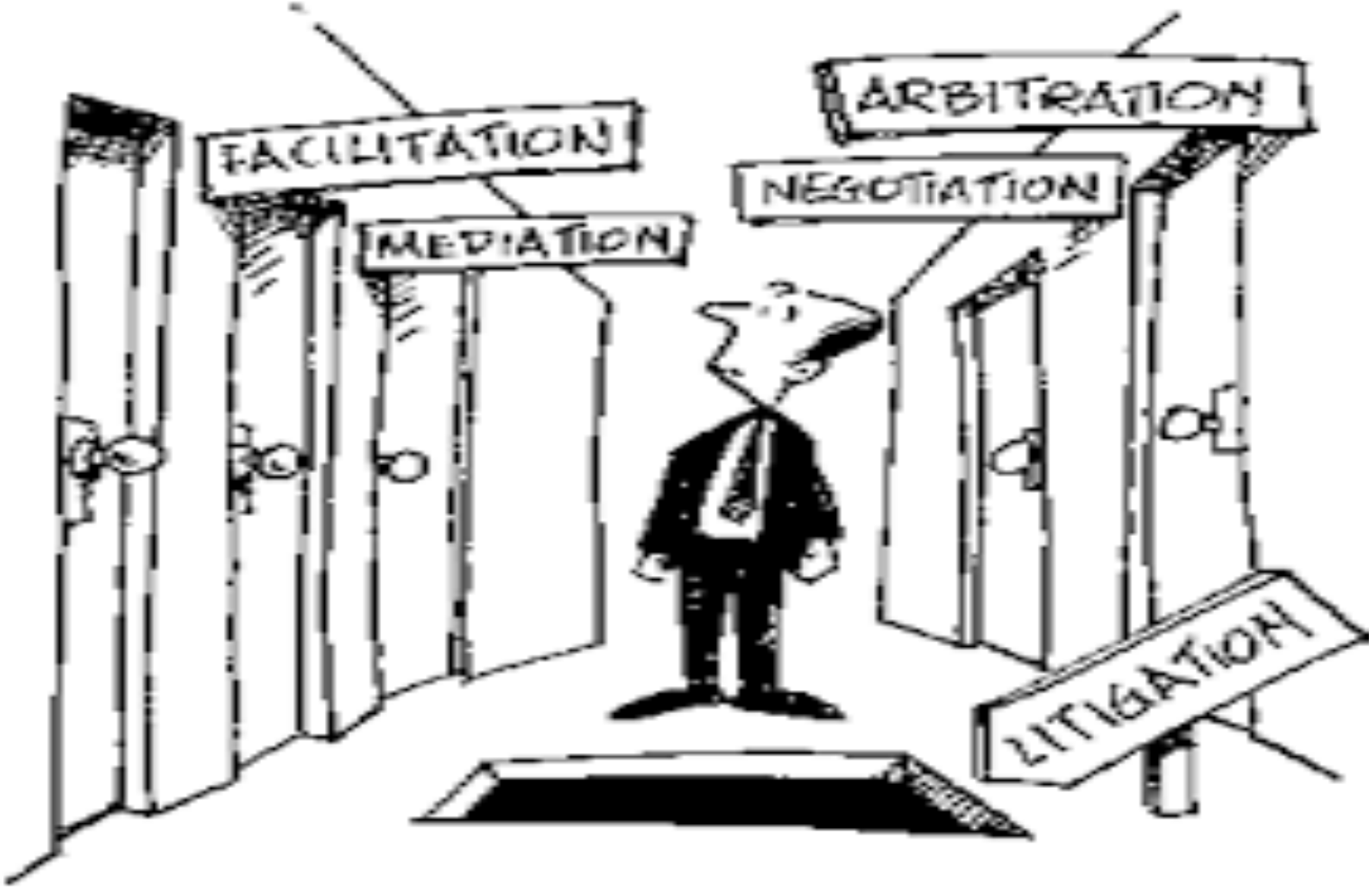
Conocimiento actualizado del Proyecto

↓

Eliminación de curva de aprendizaje (tiempos cortos de decisión)

↓

Solución rápida y definitiva de controversias (mejor forma de asegurar la correcta ejecución)


FACILITATION
MEDIATION
ARBITRATION
NEGOTIATION
LITIGATION

Solución de Controversias

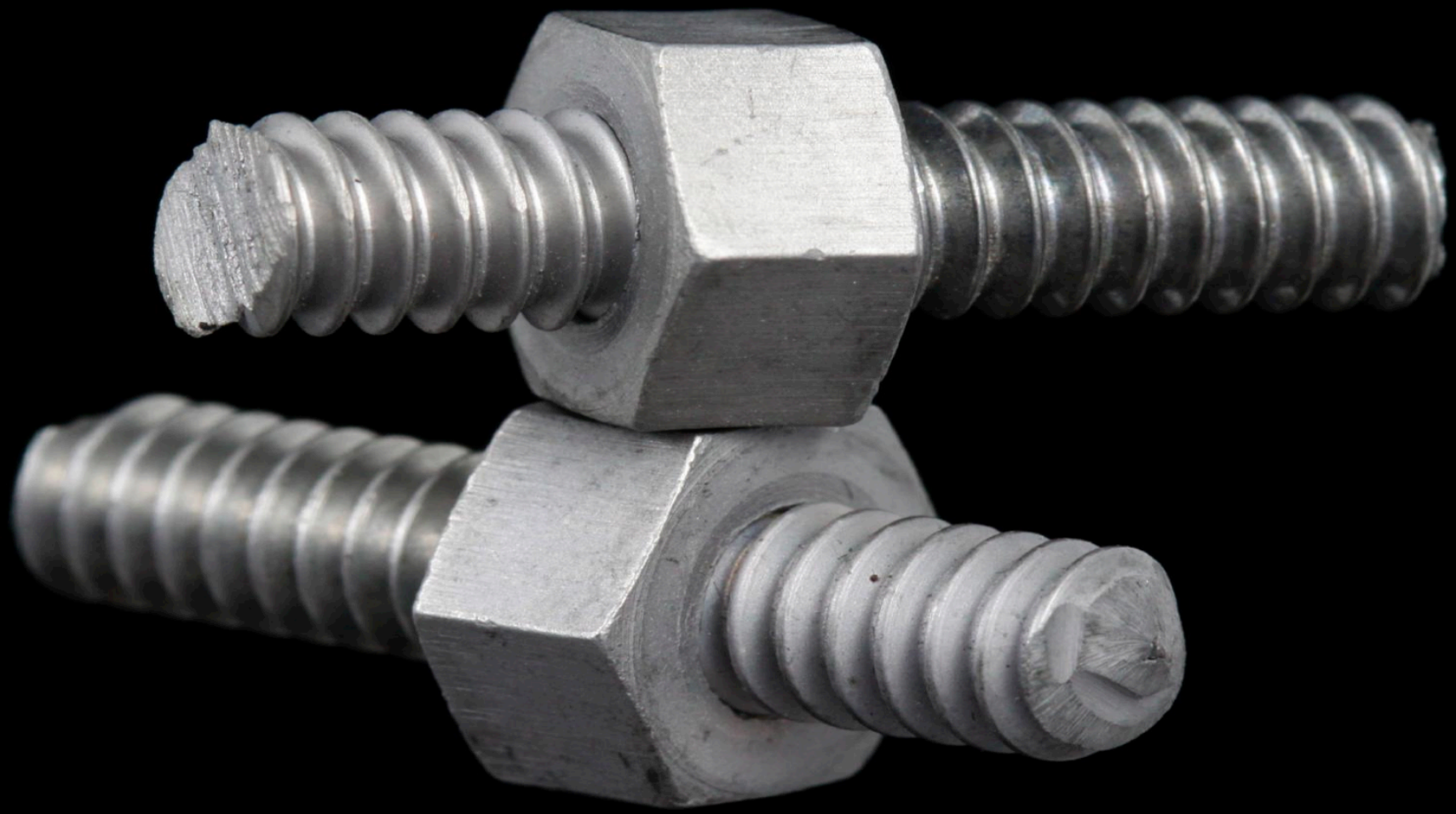
Necesidades

Las APPs dependen del flujo de caja

Decisiones prontas son imperativas: APPs son transacciones financieras

Altamente especializadas: No hay tiempo para que una corte o juez se "aprenda" el proyecto

Cualquier retraso resolviendo un problema menor….



Puede convertirlo en un gran conflicto….

You said “a little” crack…?

Oh Dear…..!!

Mañana, mañana!!

Dispute Boards

DRB

- 1975 Eisenhower Tunnel en Colorado
- Recomendaciones, más que decisiones
- Banco Mundial comienza a usarlo en 1980

DAB

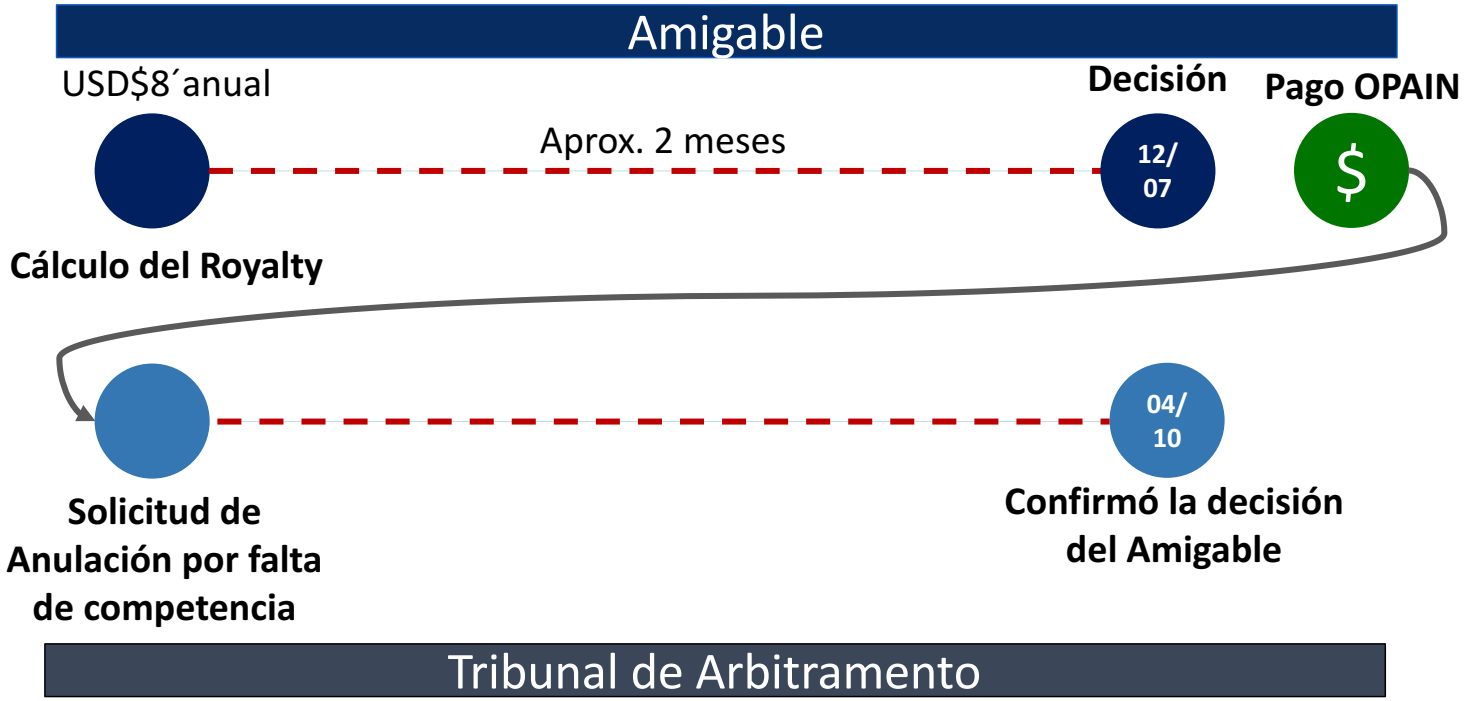
- Lo introduce FIDIC en los 90' como una derivación del DRB
- Decisiones vinculantes para las partes
- Banco Mundial también lo acoge en 2000
- En 2003 la Unión Europea prescribe su uso en los proyectos que reciben fondos de la UE

La **"amigable composición"** de la ley colombiana es una herramienta ideal para combinar **las ventajas de los Dispute Adjudication Boards**, con las necesidades de los proyectos de participación privada

Amigable Composición

EXPERIENCIA COLOMBIANA

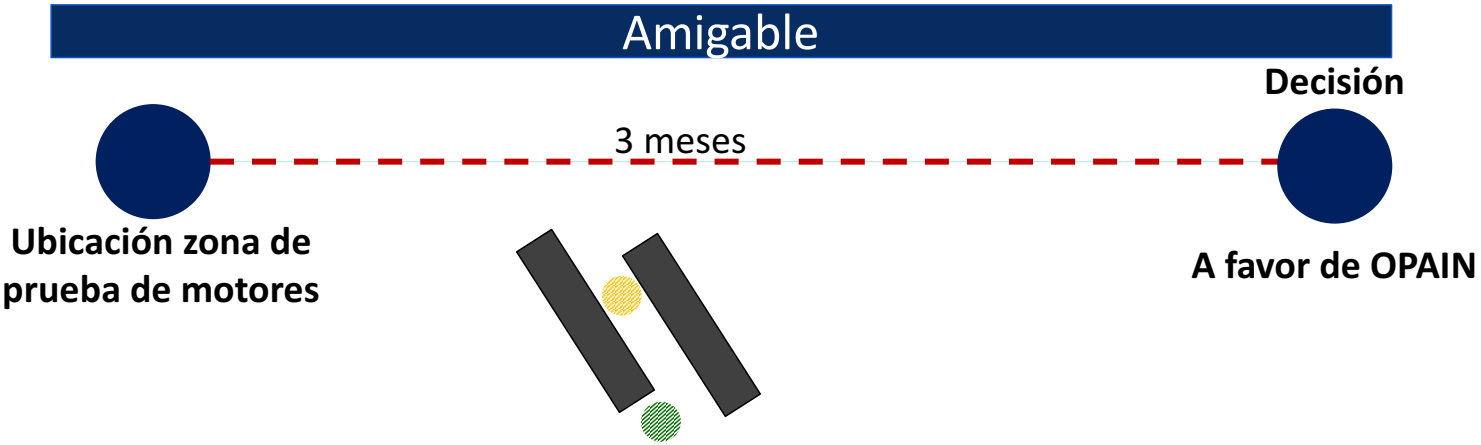
Concesión Aeropuerto El Dorado - Controversia 1



Amigable Composición

EXPERIENCIA COLOMBIANA

Concesión Aeropuerto El Dorado – Controversia 2



Sin afectar el cronograma de obras

DURÁN & OSORIO
ABOGADOS
ASOCIADOS

Accionistas

Incentivo

Disponibilidad de fuentes de repago del equity estén directamente asociadas a la prestación del servicio

Mecanismos Contractuales

Pago x disponibilidad (balanceado)

Fórmulas de Terminación (mejor cumplir que incumplir - *equity*)

Incorporación de Indicadores

Castiguen el *equity*, pero no la deuda senior

Herramientas de Supervisión

Centro de Control
(al cual todos los actores puedan ingresar)

Automatizado y transparente (mejora la gestión y seguimiento de todos los actores**)**

Automonitoreo
(Verificaciones aleatorias)

En conclusión

Aun cuando los agentes e instrumentos tradicionales de supervisión son necesarios, los incentivos económicos son clave para lograr la correcta ejecución del Proyecto

El privado siempre va a ser más sensible a un castigo (o un premio) a su *equity* o a los recursos de los financiadores, que a una amenaza de multa o terminación

La existencia de un mecanismo de solución de controversias rápido, ilustrado y vinculante es imprescindible para alinear incentivos en la ejecución y facilitar la supervisión

DURÁN & OSORIO
ABOGADOS
ASOCIADOS

Gracias!!!!

amduran@duranyosorio.com