

PROBLEMAS DE CONTRATOS

Algunas Lecciones de Experiencias Internacionales



gtz



Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia
GD-F-007

¿Cuándo se Necesitan Contratos? (1)

- ⌘ **Francia, Marruecos:** sólo en casos de “delegación” a prestadores privados o públicos
- ⌘ **Italia:** obligación en todos los casos por la Ley Galli (**contratos de asignación de los ATO a los prestadores**)
- ⌘ **Brasil:** obligación en todos casos de delegación incluso a prestadores públicos estatales por la Ley de 2007
- ⌘ **México (proyecto de ley del Senado):** obligación de contrato incluso con un prestador que depende totalmente del municipio contratante
- ⌘ **Colombia, caso particular:** ¿qué autonomía tienen las ESP? No contrato con ESP que en muchos casos son los contratantes con empresas especializadas contratistas en lugar de los municipios
- ⌘ **Inglaterra, Chile:** no contratos, licencias otorgadas por reguladores nacionales, no por las autoridades territoriales de las áreas de servicio

¿Cuándo se Necesitan Contratos? (2)

⌘ UNION EUROPEA:

- Jurisprudencia para la definición de la ESP en gestión directa (sin requerimiento de contrato): *“cuando la autoridad territorial ejerza sobre la empresa un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta empresa realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan, o sea dentro de la área territorial de la autoridad territorial”*
- *Una empresa pública tiene un estatuto privado cuando trabaja para una autoridad territorial que no es su dueño (en realidad, la experiencia de muchos países es que requiere ganancias más altas que los más ávidos privados.*

VUELTA A ITALIA

- ⌘ La ley Galli “formalmente” no contradice el principio histórico y **inexpugnable** de que la responsabilidad de la prestación de los servicios es a los municipios. **NO**
- ⌘ Sólo impone que esta responsabilidad se actúa dentro de grupos de municipios (mancomunidades) agrupados en mancomunidades llamadas Áreas Técnicas Optimas de las cuales los municipios tienen todo el patrimonio en estricta proporción de la población de cada uno

?Cuando se necesitan concursos para contratos?

- ⌘ Unión Europea: toda gestion que no es directa
 - ⌘ Brasil dentro de la nueva Ley de 2007:
 - ☑ siempre contratos con empresas especializadas, si.
- Sin embargo
- ☑ concurso cuando la delegación (el contrato) es a una empresa privada
 - ☑ no concurso cuando el contratista es la empresa especializada estatal del mismo estado federado

CASO DE LAS EMPRESAS MIXTAS

⌘ Contratos con empresas mixtas de mayoría pública:

- ☒ El más importante componente contractual es el convenio de accionistas que en muchos casos no es tan "público" que él mismo contrato
- ☒ En todos casos, como con las empresas municipales (por lo menos cuando la mayoría pública), es como contratar con sí mismo
- ☒ ¿Qué competencia para estos contratos? (Italia, Francia, Unión Europea) – Caso de los EE.UU

CONTRATOS Y REGULACION (1)

- ⌘ En un mundo perfecto, con contratos completos entre contratantes y contratistas totalmente responsables, ambos con libertad total de negociación y teniendo capacidad de asumir todos sus riesgos, no requerimiento de regulación
- ⌘ Además, el concepto de “delegación” en lugar de “privatización”, es la excusa para rechazar toda regulación / vigilancia independiente de los servicios a favor de una “regulación por contratos” en **Europa**: “son nuestros servicios y somos los que conocen lo mejor sus problemas”
- ⌘ **Cuestión**: ¿Porque tal rechazo en Europa continental de una regulación/vigilancia independiente de este sector mientras que hay en éstos países la misma regulación que en América latina para energía, telecomunicaciones, transporte?

CONTRATOS Y/O REGULACION (2)

⌘ Cuando hay contratos:

- ☑ siempre son incompletos:
- ☑ hay riesgos específicos vinculados a los monopolios naturales locales del sector
- ☑ Hay riesgos de captura o de colusión de las dos partes en desfavor de los consumidores

⌘ **Colombia:** caso particular del régimen común de vigilancia/regulación de todos los Servicios Públicos Domiciliarios

CONTRATOS Y/O REGULACION (3)

- ⌘ Requerimiento de mitigar regulación por contrato y regulación externa independiente (una regulación externa independiente que ayuda a la regulación por contrato)
- ⌘ La transparencia de la gestión y el benchmarking como second best a la competencia requieren una entidad nacional autónoma e independiente
- ⌘ La definición de los mismos “modelos y cláusulas estándares” para las varias categorías de contratos podría facilitar esta mitigación de los dos niveles de regulación

CONTRATOS Y/O REGULACION (4)

⌘ Una regulación externa de las controversias es necesaria: concesiones de Marruecos

⌘ El muy potente y político ministerio de los municipios y entidades territoriales

☑ Apoya fuertemente a los municipios en la regulación de los contratos con sus concesionarios

☑ Prioridad ineficiente al contenido formal del contrato sin flexibilidad frente a los avatares de a gestión

☑ Los concesionarios no tienen parte tercera neutral delante de instancias nacionales e internacionales que sólo intervienen después del fracaso del contrato



REGULACIÓN TARIFARIA

**EL MAS IMPORTANTE, PERO NO UNICO
COMPONENTE DE LA REGULACIÓN**

Vigilancia y Regulación Tarifaria

⌘ Tarifas en relación con costos

⌘ Tarifas en relación con la calidad del servicio

- ☒ El punto lo más subrayado (con razón) en el proyecto del Senado mexicano
- ☒ Un servicio con micro-medición mejor que sin
- ☒ Ejemplo de la plantas de depuración de aguas servidas de primera generación en los 70 en Europa: costos pero no servicio y no comprobación que las plantas operan bien y ... re-inversión en las mismas plantas en los 1990/2000

⌘ Tarifas en relación con la capacidad de pago de los usuarios

Regulación Tarifaria Administrativa

- ⌘ Marruecos, Túnez, ex URSS... para prestación directa: decretos del gobierno (una de las excepciones mayores al régimen general de libertad de los precios)
 - ☒ Aunque los principios tarifarios y iniciales son buenos, la actuación de la fórmula de indexación tarifaria es más política que económica y social
 - ☒ Tarifas generalmente demasiado bajos sin ajustes mínimos a la inflación de los costos

Regulación tarifaria por contratos y sólo contratos (1)

- ⌘ Con concursos, la revelación inicial de los buenos tarifas viene de una competencia real a través de un concurso realmente abierto
- ⌘ Si la minimización de las tarifas es un parámetro significativo (no obligatoriamente único) de selección del contratista, si hay competencia abierta y competidores....
- ⌘ El tarifa del vencedor de la licitación es la mejor tarifa porque ningún puede hacer mejor.

Regulación tarifaria por contratos y sólo contratos (2)

⌘ Francia, Italia, Alemania, Marruecos, Europa del Este, Bolivia (anteriormente)...

☒ Formula de indexación siempre del tipo siguiente

$$P = 0,10 + 0,50*Pers + 0,10*Elec + 0,15*Prec + 0,15*Tub$$

☒ Bajo condiciones de inversión y otros factores

☒ Posibilidad de ajustes más estructurales cada 5 años

⌘ Numerosos Problemas

☒ Tarifas contractuales iniciales inadecuados por competencia insuficiente y/o y conocimiento insuficiente de la situación inicial

☒ Índices de las formulas contractuales inadecuados y/o amañados

☒ Controversias sobre razones de incumplimiento de inversión

☒ Sin contar con precios en US\$ y tasas de cambio (La Paz – Bolivia)

Regulación tarifaria por contratos y sólo contratos (3)

- ⌘ Europa: con aplicación automática de las formulas, las tarifas pueden divergir por razón de coeficiente fijo (0,10 – 0,20) inadecuado:
- ⌘ Países emergentes y pobres: aprobación del contratante necesario para la indexación contractual
- ⌘ Circulo vicioso: el contratante dice que rechaza las alzas contractuales por incumplimiento de las programas de inversión y el contratista dice que no puede invertir por razón de tarifas insuficientes
- ⌘ Los contratos faltan de clausulas de solución de estas controversias que son casi permanentes

Regulación Tarifaria por Decisión de Entidades de Regulación (1)

- ⌘ El OFWAT en Inglaterra y la SISA en Chile fijan directamente (al contrario de Colombia) tarifas (decisiones o decretos) que se imponen a los prestadores para periodos de 5 años (las mismas para todos en Inglaterra)
- ⌘ En estos dos países es un trabajo enorme de larga maduración entre el prestador y el regulador que necesita conjuntos de datos gigantes (quizá en exceso)
- ⌘ Este trabajo sólo es posible para menos de 30 prestadores
- ⌘ En realidad son decisiones y aprobaciones no sólo de las tarifas, pero de todos los planes de negocios de los prestadores (todos privados), particularmente inversiones y metas de calidad de servicio

Regulación Tarifaria por Decisión de Entidades de Regulación (2)

Lo que diferencia Inglaterra y Chile de los otros

- ⌘ No es la más o menos sofisticación de los principios y de las metodologías tarifarias como “empresas modelos”, eficientes o no-eficientes que son más retóricas que prácticas considerando la brecha entre los datos necesarios y disponibles. Es:
 - ☒ el poder de decisión tarifaria y la muy grande autoridad que supone
 - ☒ la inter-relación fuerte entre plan de negocio y tarifas tan como el trabajo largo y intensivo en respeto mutuo entre regulador y prestador
 - ☒ un sistema más de planeación que de mercado
 - ☒ la garantía de una rentabilidad del patrimonio regulatorio al promedio del nivel de los negocios sin riesgo en las bolsas nacionales

Regulación Tarifaria Mixta

Contratos - Reguladores



- ⌘ Es un caso y un problema (difícil) que se encuentra en Brasil y en Colombia
- ⌘ Hay un riesgo de contradicción entre tarifas fijados por la competencia inicial para el contrato y su regulación posterior a un nivel inconsistente con lo de la oferta del contratista
- ⌘ ¿verificación de la consistencia entre tarifas y plan de negocio de la propuesta y aprobación previa de los tarifas (¿y del contrato?) por el regulador?

Revelación de las Buenas Tarifas en Contratos

- ⌘ Con referencia al slide 12 anterior
- ⌘ Sólo es posible si hay competencia real en concursos realmente equitativas y abiertas a todos los prestadores posibles
- ⌘ Sin embargo, una competencia real necesita
 - ☑ por lo menos tres competidores que no actúan en colusión explícita u implícita
 - ☑ documentos de concurso y términos de referencia específicos, de alta calidad y costosos
- ⌘ Cuando no se cumplen estas condiciones, se necesita una regulación previa externa más fuerte de las tarifas contractuales

¿Contratación y Regulación de Toda la Carpeta o de un Promedio Tarifario?

- ⌘ La carpeta de tarifas es muy diversa y no limitada al consumo: nuevas conexiones, aportes de los urbanizadores en las redes de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas son también partes mayores del equilibrio económico
- ⌘ La estructura de los clientes y del consumo cambia en el tiempo y los mismos tarifas resultan en facturas decrecientes
- ⌘ Una flexibilidad y evolución de la estructura tarifaria es un instrumento importante de buena gestión
- ⌘ La definición contractual de un promedio tarifario parece mejor que la de la carpeta tarifaria detallada



ALGUNOS OTROS TEMAS PROBLEMÁTICOS EN CONTRATOS

Contratos y Planes de Inversión

¿Fines o Medios? (1)

- ⌘ En los contratos de concesión de Marruecos, muchos otros países y, del mismo modo, en muchos contratos de Colombia, hay cláusulas contractuales de inversión anual para 20 o 25 años
- ⌘ ¿Como las partes y sus peritos pueden conocer las inversiones anuales necesarias para las 20 próximos años cuando los mejores expertos y reguladores del mundo como OFWAT o SISS consideran que, aún con un conocimiento íntimo de los prestadores, es tan difícil para las 5 próximos?
- ⌘ Tales cláusulas de medios no son realistas y:
 - ⊞ Ponen trabas a la necesaria flexibilidad y libertad de gestión de los contratistas
 - ⊞ Señalan que los contratantes no tienen confianza en sus contratistas
 - ⊞ Arrastran controversias y disputas permanentes entre las partes

Magaly Espinosa Sarria, Superintendente de Servicios Sanitarios de Chile:

- ⌘ **“Concepción ingenua** : *En los primeros años de aplicación de los modelos de regulación se consideraba que Fijar precios y estándares de calidad era una cuestión sencilla.*
- ⌘ **La experiencia entrega hoy una concepción más realista:**
 - ☒ *Esta es reconocer desde el principio los enormes problemas:*
 - ☒ *Para Obtener la Información necesaria*
 - ☒ *Arbitrar los Intereses contrapuestos*
- ⌘ **Asimetría de Información**
- ⌘ *Muy difícil que le Regulador pueda conocer los costos de producción, la tecnología adecuada y las preferencias de los usuarios.*
- ⌘ *La empresa regulada conoce sus costos y demanda con mayor precisión que el regulador y por lo tanto tiene el incentivo para manipular información y así llegar a tarifas monopólicas”*
- ⌘ **Comentario personal:** *aun las mejoras empresas no conocen tan bien sus costos y demanda del futuro de más de 5 años*

Contratos y Planes de Inversión

¿Fines o Medios? (2)

- ⌘ Clausulas rigurosas de inversión para las 5 primeros años son necesarias, pero no año por año
- ⌘ La necesaria eliminación de clausulas irrealistas de medios de inversión más allá de 5 años es un argumento adicional fuerte a favor de la regulación por una entidad independiente tan de las tarifas que de los planes de inversión
- ⌘ Sin embargo, como en Inglaterra y Chile no se puede para más de algunas decenas de prestadores de servicio

Contratos y Financiación de las Inversiones



- ⌘ En concesiones totales, tan como en los de gestión integral, no hay normalmente ambigüedad sobre la responsabilidad de la financiación de las inversiones nuevas
- ⌘ No es el caso en los contratos de arrendamiento y de concesión parcial en los cuales se comparten las fuentes de financiación entre las partes (sin contar con los subsidios y/o prestamos estatales)
- ⌘ La fragmentación de las responsabilidades y fuentes de financiación como se encuentra en muchos contratos colombianos es una causa de ambigüedades y controversias que requiere de una regulación permanente de los contratos

Ambigüedades de los conceptos de Renovación y Reposición

- ⌘ Renovación y Reposición casi nunca alcanzan a equipos y infraestructuras y prestaciones idénticas a las anteriores
- ⌘ Sus definiciones son siempre ambiguas y fuente de controversias, incluso en Francia desde el inicio de los siglos de contratos de su modelo de delegación
- ⌘ Sin embargo, el concepto se queda útil para la definición de un fondo de financiación continua del mantenimiento de las infraestructuras al mismo nivel de uso, como es la práctica en Inglaterra

¿Una Empresa para Cada Contrato?

- ⌘ En Colombia, como en algunos otros países, hay una empresa contratista específica diferente para cada contrato
- ⌘ Es totalmente diferente en Francia o Brasil donde las grandes empresas contratistas (privadas en Francia, públicas/mixtas en Brasil) tienen centenas o miles contratos
- ⌘ El mismo principio de economías de escala se desempeña para la creación de nuevas empresas filiales diferentes de los mismos grupos: una empresa (filial) especial para cada contrato es costosa y se justifica sólo para las de escala suficiente
- ⌘ Sin embargo se necesita fiscalizar el conjunto de las contabilidades analíticas de los grupos con contratos múltiples y la consistencia de sus imputaciones de costos entre ellos

PLAZOS, TERMINACIÓN Y RENOVACIÓN DE CONTRATOS (1)

- ⌘ Frecuentemente, las autoridades territoriales desean concesiones pero tienen el temor de plazos de más de 20/25 años y de su captura con los contratistas con plazos demasiado largos
- ⌘ Eso es un gran problema ya que las vidas técnicas útiles de la mayoría de las infraestructuras puede ser de más de 100 años con un buen mantenimiento
- ⌘ Concesiones con plazos de menos de 30 años arrastran plazos de depreciación de activos demasiado cortos que alzan artificialmente los costos y tarifas
- ⌘ Una contabilidad regulatoria homogénea es necesaria

PLAZOS, TERMINACIÓN Y RENOVACIÓN DE CONTRATOS (2)

- ⌘ Una solución al problema es renunciar al principio contractual de reversión gratuita de todos los activos a la terminación del contrato con el pago de la valor neta de los activos fijos no depreciados. Ésta requiere:
 - ☒ una regulación creíble por las dos partes de esta valorización neta
 - ☒ La garantía de pago de esta valor (bajo riesgo económico y político)
- ⌘ Las Clausulas de renovación del contrato por acuerdo mutual se deben prohibir
- ⌘ En la renovación del contrato por concurso la asimetría de información a favor del incumbente se debe minorar al máximo

PAGO DE CANONES

Buenas y Malas Prácticas

- ⌘ El pago de cánones del contratista al contratante es justificado en casos de arrendamiento y financiación de inversiones por el contratante: en Francia, los arrendadores pagan cánones iguales al servicio de la deuda del contratante
- ⌘ Sin embargo, hay cánones no justificados (alquiler de infraestructuras ya depreciadas y reembolsadas) que son en realidad tasas adicionales pagadas a las autoridades territoriales y que alzan los costos y tarifas artificialmente
- ⌘ Esta practica (frecuente en Francia) justifica una regulación y certificación de contratos previa a su celebración.



EXHAUSTIVIDAD, ADECUACIÓN Y TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN

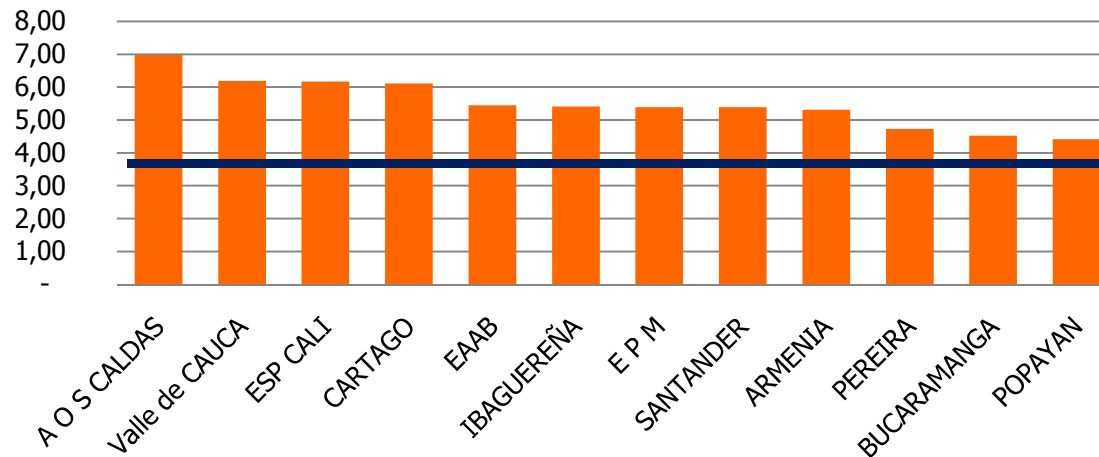
EXHAUSTIVIDAD Y TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN

- ⌘ Aun cuando hay requerimientos de entregar información a sistemas como los del SINISA de Brasil o del SUI de Colombia, sólo en Inglaterra (OFWAT) y Chile (SISS) se puede apreciar que hay una adecuación y transparencia suficiente en la producción y difusión pública de datos adecuados de los prestadores de servicio
- ⌘ Hay una debilidad particular en las informaciones al nivel sintético de cada empresa y área de servicio.
- ⌘ Se requieren cláusulas contractuales precisas y detalladas para imponer un contenido normalizado y la mediatización en sitios web de los informes anuales de gestión técnica y económica
- ⌘ **Cuestión de principio: ¿Porque los contratos de servicios públicos no son públicos? (una excepción es Guayaquil – Ecuador)**

Falta de Exhaustividad: Contabilización de Activos Tangibles en el SUI (1)

- ⌘ Si Activos Tangibles son bien contabilizados alcanzan en promedio al 4.5 veces los ingresos (promedio de Inglaterra)
- ⌘ En el SUI, 2 empresas alcanzan > 4 con Activos No Corrientes (ANC) en lugar de Activos Tangibles (AT) [ANC # 1,5 AT]

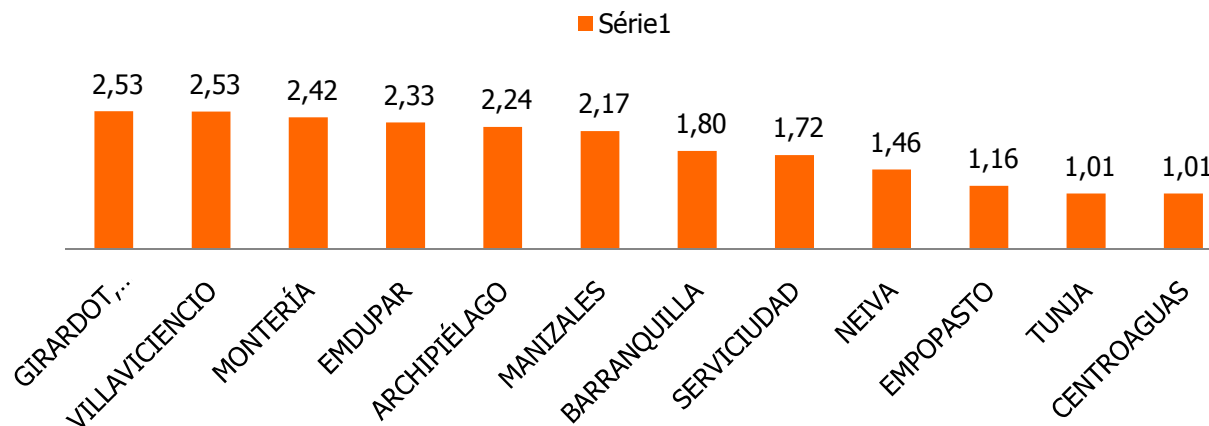
**ACTIVOS NO CORRIENTE/INGRESOS > 4
(Acueducto + Alcantarillado)**



Falta de Exhaustividad: Contabilización de Activos Tangibles en el SUI (2)

- ⌘ En 9 alcanzan a > 1 y < 4 ;18 otras a > 0 y < 1
- ⌘ En 400 otras no aparece cualquiera cifra
- ⌘ ?Como se pueden conocer las buenas depreciaciones, los costos del servicio y comparar los estados financieros de varias empresas?

ACTIVOS NO CORRIENTE/INGRESOS >1 y <3 (Acueducto + Alcantarillado)



Ejemplo de Contabilidad Analítica Regulatoria Normalizada: Inglaterra

Estructura ultra sintetizada de los costos agregadas de las empresas de Inglaterra (base 100 para ingresos)

	Operacion	Mantenimiento y renovacion	Ganancias	Ingresos	Inversion	Activos Fijos Netos Revaluados
<i>Producción Aducción</i>	6	6	15	49	6	927
<i>Distribución</i>	7	7			15	
<i>Recolección</i>	3	6	19	51	9	1.649
<i>Tratamiento de aguas residuales</i>	5	7			13	
<i>Tratamiento de lodos</i>	3	2				
<i>Servicios comerciales</i>	6					
<i>Otros costos</i>	6					
Total	37	29	33	100	44	2.577

Lecciones de tal contabilidad analítica regulatoria

- ⌘ **Conocer el valor del agua para valorar la rentabilidad de los presupuestos operacionales y de inversión de reducción del IANC;**
- ⌘ **Comparar cosas comparables y analizar de manera racional las diferencias de costos en los benchmarking y en los estudios de economías de escala**
- ⌘ **Comprender la estructura de los costos en el horizonte del largo plazo en América Latina**



MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN

Contacto : CEPAL/ <http://www.eclac.cl/drni>
y : ***verges.jean-francois@wanadoo.fr***



**Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios**
República de Colombia
GD-F-007



NACIONES UNIDAS

CEPAL

gtz