

QUINCENARIO

Boletín AFIN N° 260

Martes, 15 de setiembre de 2020



Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional



<http://www.afin.org.pe>

3

¿SABÍAS QUE...?

¿Cuánto se gasta en APP y en obra pública?

5

ECONOMÍA

Complicado panorama de la distribución del gas natural

10

OPINIÓN

- ¿Y si hacemos "colaborativos", nuestros contratos "adversariales" de infraestructura?
- Aplicación de los "Lineamientos para la respuesta del Estado frente a potenciales impactos generados por la pandemia de la Covid-19 en proyectos de Asociación Público Privada"

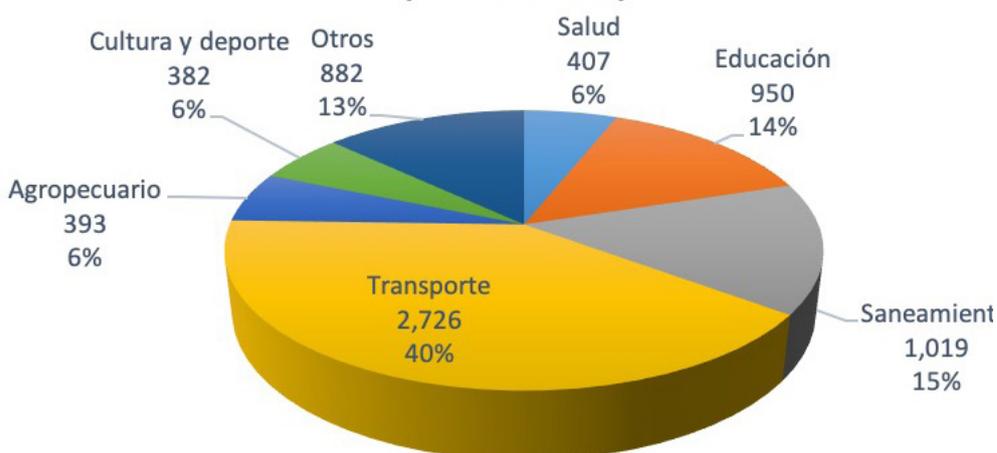


¿Sabías que?

¿Cuánto se gasta en APP y en obra pública?

El Estado invirtió US\$ 6 760 millones en infraestructura, a través de la modalidad de obra pública, en 2019. En el año en curso, hasta agosto, se ha invertido US\$ 1 979 millones.

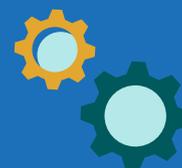
**Inversión en infraestructura por obra pública, 2019
(Millones US\$)**

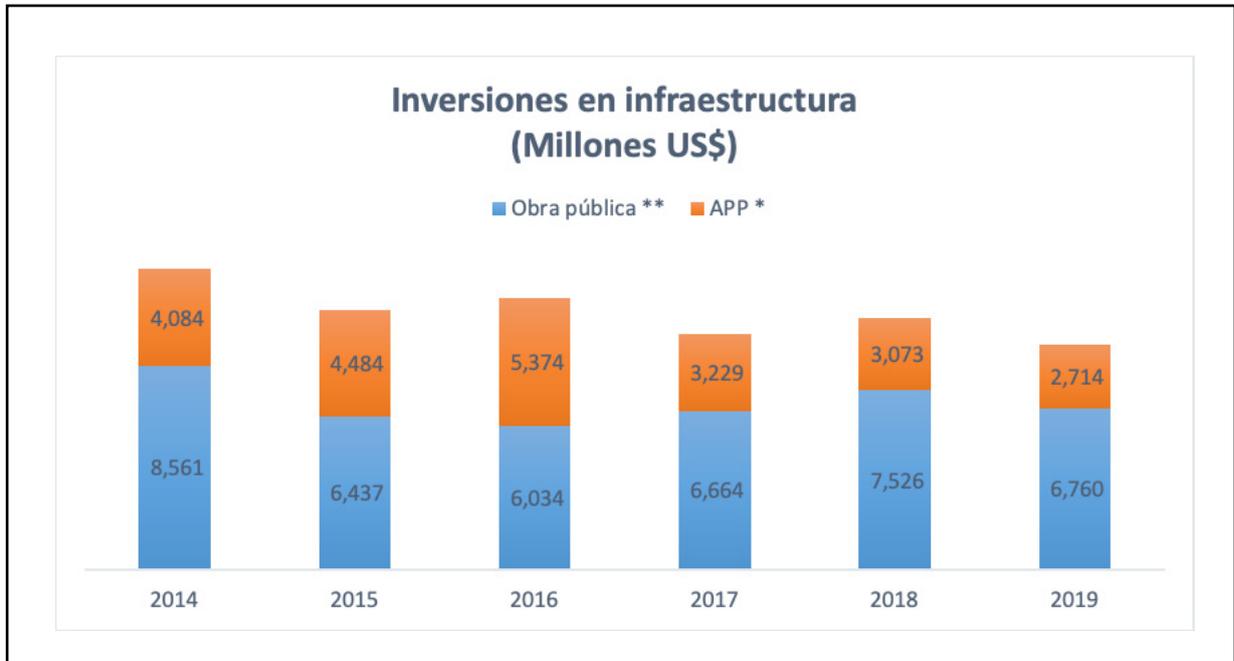


Fuente: Transparencia Económica - MEF
Elaboración: AFIN

La inversión en asociaciones público-privadas (APP) en transporte, telecomunicaciones y electricidad alcanzó US\$ 2 714 millones en 2019.

Es decir, las inversiones vía APP, en estos tres sectores, representan el 40% de las inversiones en infraestructura realizadas a través de obra pública.





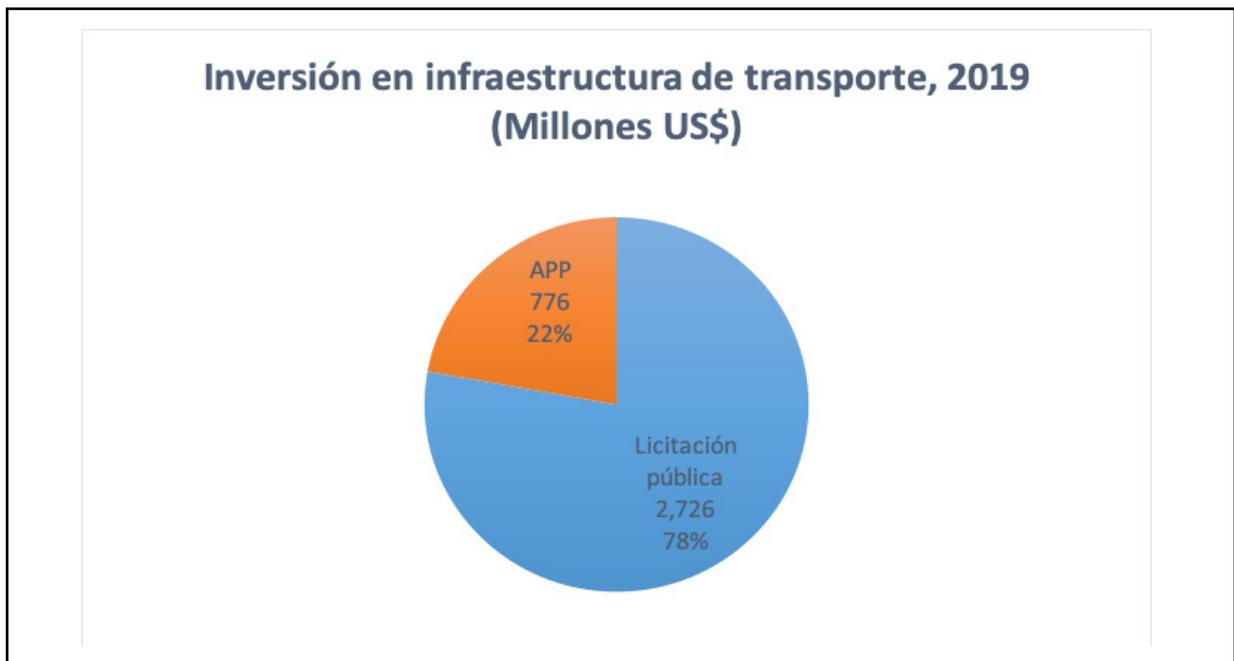
* Inversión APP en transporte, telecomunicaciones y electricidad

** Inversión en obra pública en todos los sectores

Fuente: Transparencia Económica - MEF, Ositran, Osiptel, Minem

Elaboración: AFIN

Solo el 22% de las inversiones en transporte se realizan a través de APP. El 78% restante, se ejecuta por obra pública.



Fuente: Transparencia Económica - MEF, Ositran

Elaboración: AFIN

ECONOMÍA

**Complicado panorama
de la distribución del gas
natural**



Complicado panorama de la distribución del gas natural

A inicios de este mes la empresa Naturgy anunció la decisión de resolver su contrato de concesión por la falta de competitividad de las tarifas, la inadecuada regulación de la comercialización de GNC y GNL, y la ausencia de infraestructura de transporte de gas natural en el sur del país; con lo cual se origina la interrogante acerca del futuro de las regiones bajo su cargo y las implicancias para los demás actores en el mercado.

Las ventajas del gas natural en ahorro y seguridad son aprovechadas en solo nueve regiones por 1 millón de clientes residenciales, 3 619 comerciales, 393 industriales, así como 33 generadores eléctricos¹, 299 975 vehículos convertidos y 170 talleres de conversión².

Actualmente, la masificación del gas natural a cargo de las, hasta ahora, cuatro empresas concesionarias muestran un avance de 31.7%³. Próximamente, se sumarán Tumbes y Piura cuando Clean Energy y Gases del Norte del Perú, que suscribieron contratos de concesión el año pasado, inicien operaciones. Esto permitirá que los hogares de las regiones mencionadas logren ahorros de al menos 20% frente al GLP⁴.

Asimismo, entre los planes para incrementar la cobertura de gas natural en el país, se espera que a fines de septiembre se adjudique el proyecto de masificación del uso de gas natural en siete regiones del centro y sur⁵ con una inversión estimada en US\$ 200 millones, y que inicialmente conectará, al menos, 113 000 hogares.

Empresa	Ámbito	POC	Plazo de la concesión (años)	Compromisos contractuales		Conectados, al 09 sept. 2020	Avance de masificación al 09 sept. 2020
				Periodo	Usuarios		
Cálidda	Lima y Callao	2004	33	2014 - 2015	25 000	964 165	42.1%*
Contugas	Ica	2014	30	2015 - 2020	50 000	61 813	32.6%*
Naturgy	Arequipa, Moquegua y Tacna	2017	19	2018 - 2024	64 000	12 846	2.9%**
Quavii	Lambayeque, La Libertad, Áncash y Cajamarca	2017	19	2018 - 2022	150 137	104 141	15.3%**

POC: Puesta en operación comercial

* Porcentaje de avance considerando como potenciales usuarios a los usuarios eléctricos en la concesión

** Porcentaje de avance de los compromisos contractuales que tiene cada concesión

Fuente: Osinermin

Elaboración: AFIN

1. A mayo 2020, de acuerdo a Osinermin

2. A marzo 2020, de acuerdo a Osinermin

3. Al 9 de septiembre, de acuerdo a Osinermin

4. <https://www.gob.pe/institucion/minem/noticias/28520-masificacion-del-gas-natural-en-tumbes-permitira-un-ahorro-de-hasta-20-en-el-costo-de-combustible-a-miles-de-familias>

5. Ucayali, Junín, Huancavelica, Ayacucho, Apurímac, Cusco y Puno

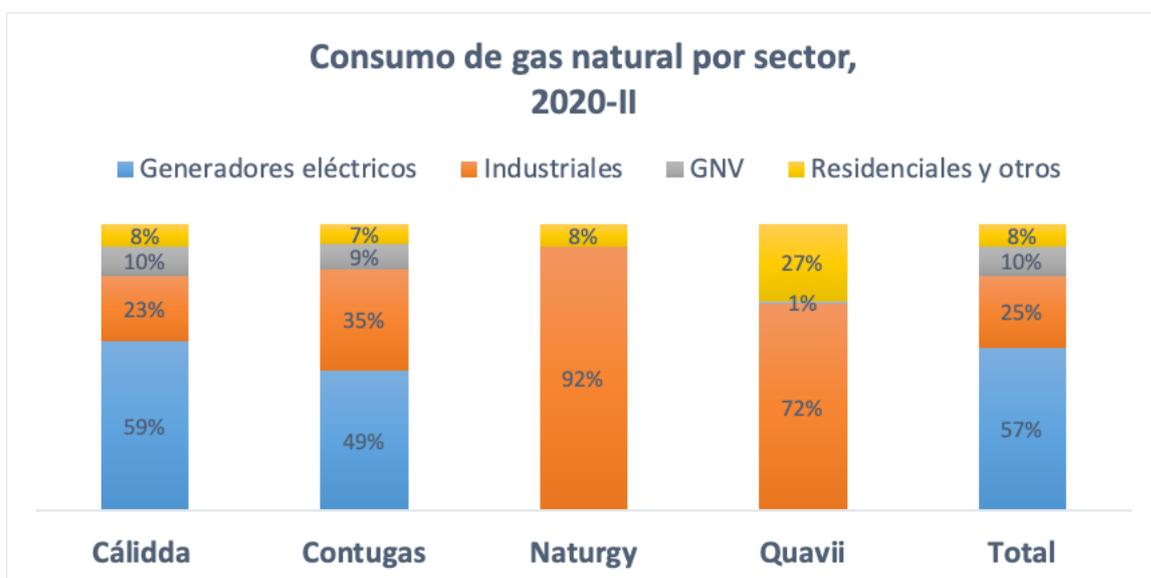
En la actualidad, el 92% del gas natural distribuido a nivel nacional se dirige a Lima y Callao. Cálidda provee a generadores eléctricos, clientes industriales y residenciales y usuarios de GNV. Entre sus consumidores figuran 12 hospitales públicos que en conjunto consumen 325 000 m³ mensuales equivalentes a S/ 551 000 de ahorro al mes por el cambio hacia esta fuente de energía.

Por su parte, Contugas, que también atiende dichos segmentos, tiene un compromiso de conectar a 50 000 usuarios residenciales al 2020. En el año 5, que se cumplió en abril 2019, no logró superar la meta contractual en Marcona.

En tanto Quavii, que atiende la demanda de clientes industriales, residenciales y, en menor medida, el consumo de GNV, tiene un compromiso contractual de conectar a 150 000 usuarios residenciales al 2022. En diciembre de 2019, cumplió el año 2 de la concesión alcanzando la meta anual para dicho año en casi todas las localidades, con excepción de Huaraz.

Finalmente, la demanda de Naturgy comprende clientes industriales y residenciales. Su compromiso contractual era conectar a 64 mil usuarios residenciales al 2024. En el año 2 de la concesión (2019) cumplió la meta anual en todas las localidades.

El 92% del gas natural distribuido a nivel nacional se dirige a Lima y Callao. Cálidda provee a generadores eléctricos, clientes industriales y residenciales y usuarios de GNV.

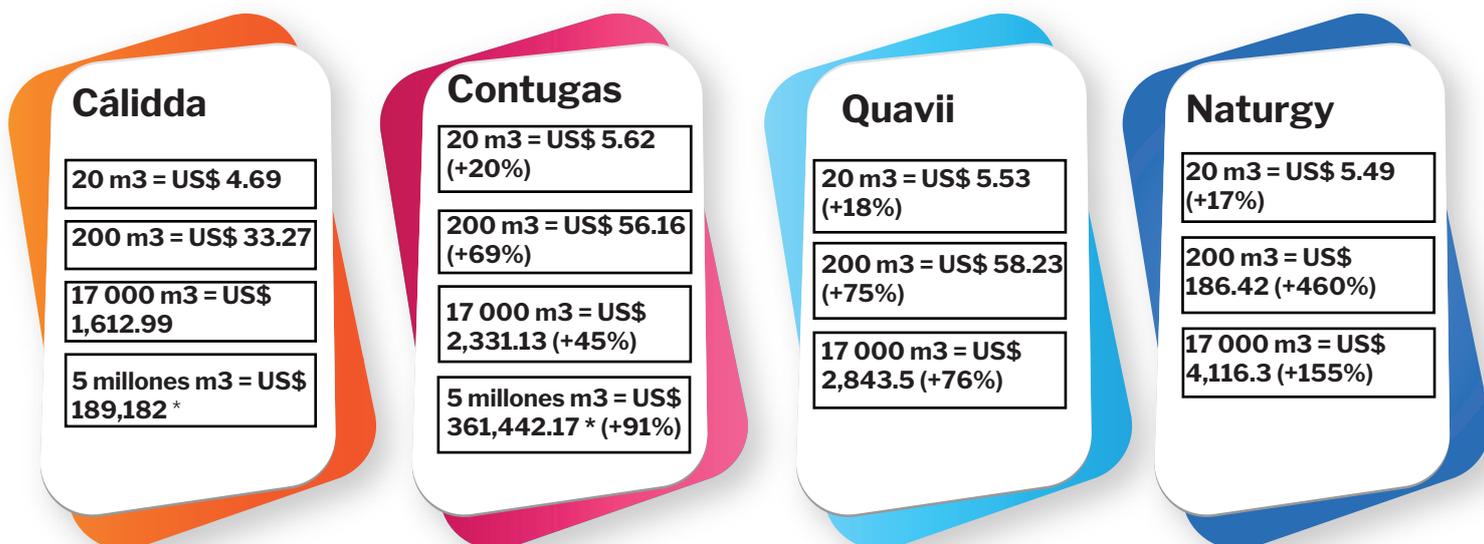


Fuente: Osinergmin - Boletín Estadístico de Gas Natural, Trimestre 2020-2
Elaboración: AFIN

El mercado de distribución de gas natural cuenta con dos tipos de consumidores: los independientes, que adquieren volúmenes superiores a los 30 000 m³/día directamente del productor; y los consumidores regulados, que adquieren como máximo 30 000 m³/día de los concesionarios.

Aunque estas empresas son monopolios naturales en las regiones a su cargo, se encuentran grandes diferencias en sus tarifas de distribución con una amplia ventaja de Cálidda. Así, por ejemplo, por consumos mensuales de 350 000 m³, Naturgy tiene una tarifa 436% por encima de la de Cálidda.

Ejercicio comparativo de tarifas aplicadas al consumo mensual de gas natural:



* Generadores eléctricos
 Valores entre paréntesis corresponden al diferencial frente a Cálidda
 Fuente: Osinergmin
 Elaboración: AFIN

Para garantizar la continuidad del proceso del proyecto de masificación en siete regiones, se ha anunciado que se contará con un mecanismo de ingresos complementarios sobre la base del cargo tarifario del Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos. Asimismo, el FISE subsidiará los costos de conexión de viviendas, mYPES y restaurantes.

Sin embargo, existe incertidumbre acerca de los montos que aportará el Estado para cada usuario y hasta cuánto, los que se conocerían a partir de la publicación del reglamento que elabore Osinergmin y lo peor de todo, después que se firme el contrato.

En ese sentido, no solo es necesario elevar la competitividad de las tarifas del gas natural frente a otros combustibles, como la gasolina o el GLP, sino también repensar el diseño de otorgamiento de este tipo de concesiones. Se requieren subsidios cruzados entre los propios

usuarios de la concesión, ampliar el FISE no solo a conexiones residenciales sino también para redes y que el Bonogas llegue a las demás regiones (actualmente solo aplica a Lima, Callao e Ica).

Asimismo, los concesionarios de distribución son monopolios solo en la formalidad, porque en la práctica deben competir con los comercializadores de GNC y GNL debido a la flexibilidad de la regulación en esta materia que, aunque buscaba allanar el bache que representa la falta de infraestructura de transporte de gas natural, ha terminado por desvirtuar las reglas de juego para los concesionarios.

Y lo que es peor, ante el anuncio que el Estado se hará cargo de estas conexiones en el caso de Naturgy la pregunta natural es: ¿cómo? Si no han tenido la diligencia de corregir las fallas que hace más de un año se vienen alertando,

menos se podría pensar en una “gestión pública” en donde el Estado no ha actuado. Son anuncios que desalientan la inversión.

Esperamos que se tomen acciones complementarias para solucionar los problemas estructurales existentes que, como nos demuestra la salida del concesionario del sur oeste, pueden ahuyentar a los demás con operaciones actuales, los nuevos que entrarán en operación próximamente y a los inversionistas interesados en el proyecto de masificación del centro y sur. Las decisiones no pueden tardarse tanto.

”

No solo es necesario elevar la competitividad de las tarifas del gas natural frente a otros combustibles, como la gasolina o el GLP, sino también repensar el diseño de otorgamiento de este tipo de concesiones.

”



OPINIÓN

• ¿Y si hacemos "colaborativos" nuestros contratos "adversariales" de infraestructura?

• Aplicación de los "Lineamientos para la respuesta del Estado frente a potenciales impactos generados por la pandemia de la Covid-19 en proyectos de Asociación Público Privada"

¿Y si hacemos "colaborativos" nuestros contratos "adversariales" de infraestructura?



Juan Carlos Morón

Socio del Estudio Echeopar

¿De adversarial a colaborativos por arte de magia?

Desde hace unos meses recorre la función pública un descubrimiento a copiar o emular: los denominados contratos colaborativos que vienen de la mano de los gobiernos extranjeros, a quienes encargamos mediante pago por sus servicios, gestionar nuestras obras.

En verdad, tampoco es que exista un modelo único de contratos colaborativos de infraestructura, sino que hay varios, siendo común en todos que tratan de incorporar un enfoque de gestión que integra personas, sistemas, empresas y prácticas en un proceso que colaborativamente participan todos los actores para optimizar los resultados del proyecto, aumentando el valor público, reduciendo el despilfarro y maximizando la eficiencia a través de todas las fases del diseño, fabricación y construcción.

La respuesta en algunos niveles ha sido "comprarnos" esos modelos -casi mágicos- que nos permitirían superar la actual forma de gerenciar los contratos de infraestructura nacionales afectados por la indecisión, la aversión a la responsabilidad futura, el formalismo, el apego a la búsqueda de culpas; en suma, un ánimo de conflicto que intoxica su ejecución. Nuestros contratos nacen con conflictos originarios entre el proyectista, ejecutor, supervisor y el administrador contractual que se acrecientan en la ejecución contractual y difieren hasta los cada vez más extensos arbitrajes y ahora juntas de disputas.

Consideramos que, si bien es cierta la comparación en favor de los "contratos colaborativos", es equivocado el planteamiento de "importar" esos modelos de contratos estandarizados. Afirmamos ello porque:

- En principio todo contrato debe ser colaborativo, entendiendo por ello, que el principio de buena fe contractual demanda a las partes una serie de cargas de colaboración para su adecuado cumplimiento. ¿Qué contrato no debe ser concertado, ejecutado e interpretado con colaboración (buena fe)?
- La aplicación de una norma es un fenómeno social que demanda adaptación y pertenencia, sino fuera muy fácil “importar” normas de otros países, sin considerar las familias jurídicas y realidades humanas.
- La causa originaria de la condición adversarial de nuestros contratos no son las normas, sino la actitud o modo de gestionar los contratos de infraestructura. Las normas formales, detallistas y plena de candados que agobian la gerencia publica vinieron después.

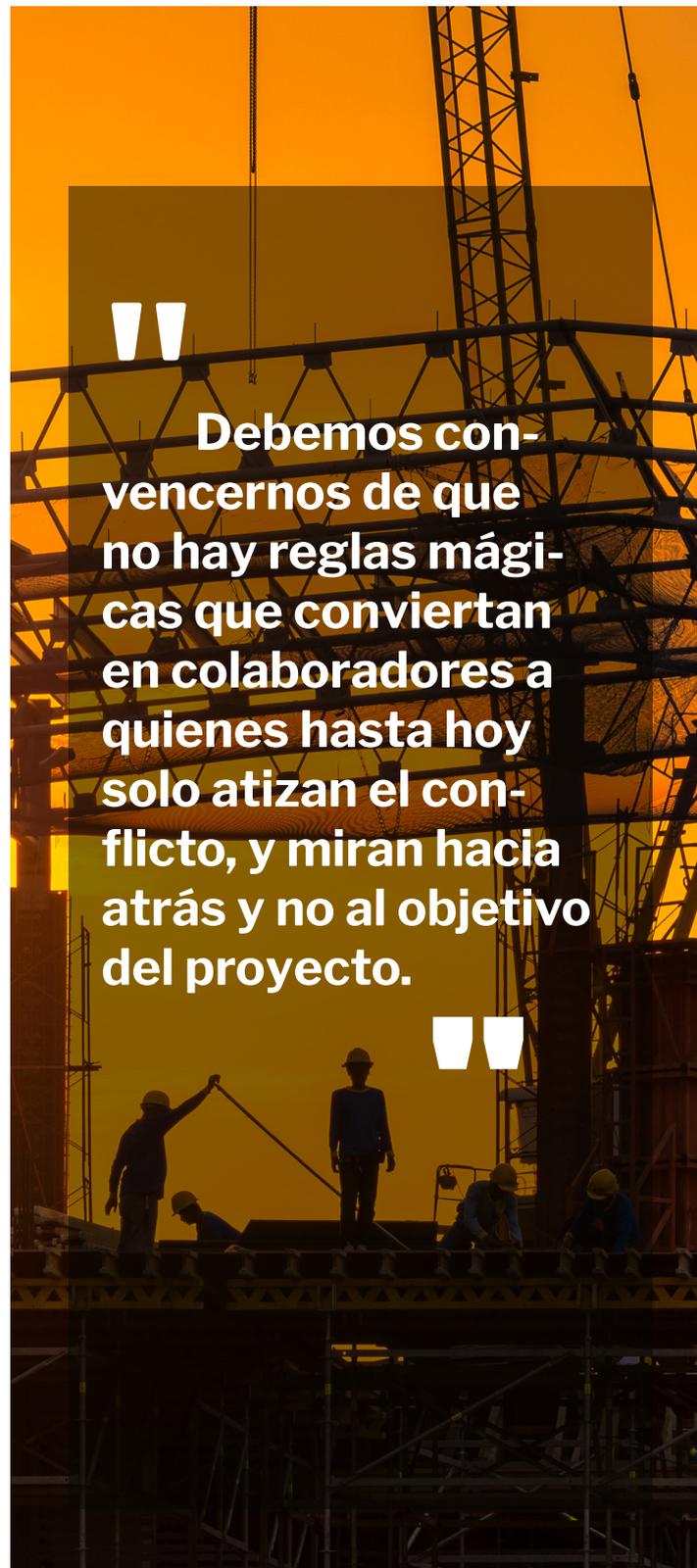
Debemos convencernos de que no hay reglas mágicas que conviertan en colaboradores a quienes hasta hoy solo atizan el conflicto, y miran hacia atrás y no al objetivo del proyecto.

¿Qué lecciones aprendidas debemos evitar en cualquier nueva regulación?

La actual situación no se generó de un día al otro, sino que es la consecuencia de una serie de criterios equivocados o practicas erróneas desarrolladas en la realidad y acogidos en las normas o toleradas en contra de ellas (vía excepciones que se convierten en reglas).

En nuestra experiencia, los más resaltables han sido:

- Modo estático de asignar los riesgos contractuales se pueden anticipar, pero para ello es necesario un análisis muy especializado desde el proyecto. Como no contamos con toda la información o conocimiento para ello, las entidades “hacen” como que identifican y asignan riesgos y tratan de trasladarlos y no retenerlos. En ese caso, el análisis de los mismos debe ser dinámico, en función de la realidad que se descubra objetivamente.
- La sumaalzada como síndrome de “ahorro” para el Estado, de modo que se emplea para todo proyecto, aunque sepamos claramente que las especificaciones no están ni medianamente definidas (se dice “ya vendrá un postor que acepte eso y asuma el riesgo”)
- La asimetría de la información entre la entidad y los postores, que incluso hace pretender a las entidades



“
Debemos convencernos de que no hay reglas mágicas que conviertan en colaboradores a quienes hasta hoy solo atizan el conflicto, y miran hacia atrás y no al objetivo del proyecto.”

ser irresponsables de la información que trasladan en el proceso y en el expediente, exigiendo al contratista una debida diligencia que no tienen.

- La aversión a la necesidad de decidir y administrar cambios al proyecto en materias relevantes como el calendario, costos, adicionales, adendas. El cambio pese a su evidente necesidad es sinónimo de ilegalidad, favorecimiento, pese a que, sin ello, el proyecto se caiga.
- Exacerbación de reglas y cláusulas reconocidas claramente como fuentes de conflictos. Cada vez son más frecuentes las penalidades adicionales por eventos que no generan daño efectivo a la entidad (ej. Falta de identificación, cambio de profesionales), o por incumplimientos a reglas que ya tienen sanciones administrativas por otras autoridades.

- Exorbitar el costo de presupuesto inicial de la obra, que como se sabe solo es una estimación a determinada fecha, de modo que se le convierte en un referente del gasto real que demande el proyecto. Todo mayor costo que queda en la obra es un costo real y no un “sobrecosto indebido”, muchas veces originado en un mal expediente o simplemente de uno realizado de manera optimista.
- El desdibujamiento del rol del supervisor. Cada vez más se percibe al supervisor como al “policía” del contrato y no como el auxiliar especializado que busca sacar adelante el proyecto activamente. Así se mimetiza con los órganos de control, de modo que incluso en algunas propuestas se le busca designar por el sistema de control o suprimir puesto que se piensa que para ello está el auditor de la entidad.

¿Qué buenas prácticas tomar de los contratos colaborativos?

La experiencia que tenemos en los contratos colaborativos nos hace pensar en la posibilidad de estudiar la conveniencia de acoger, con los matices propios de nuestra idiosincrasia, las siguientes:

- Regular compromisos y espacios de colaboración obligatoria durante el proceso de ejecución contractual. Es necesario que obligatoriamente haya reuniones conjuntas para identificar y solucionar problemas mirando el objetivo del proyecto. Ahora el administrador contractual del proyecto y el supervisor esperan al contratista que les traiga los problemas, que se los documentos, los sustente, etc., con una visión de procedimientos administrativos y no de gestión contractual.
- Simplificar los mecanismos de alertas tempranas a cargo del contratista. Como, por ejemplo, en caso de adicionales o ampliaciones de plazo tenemos procedimientos

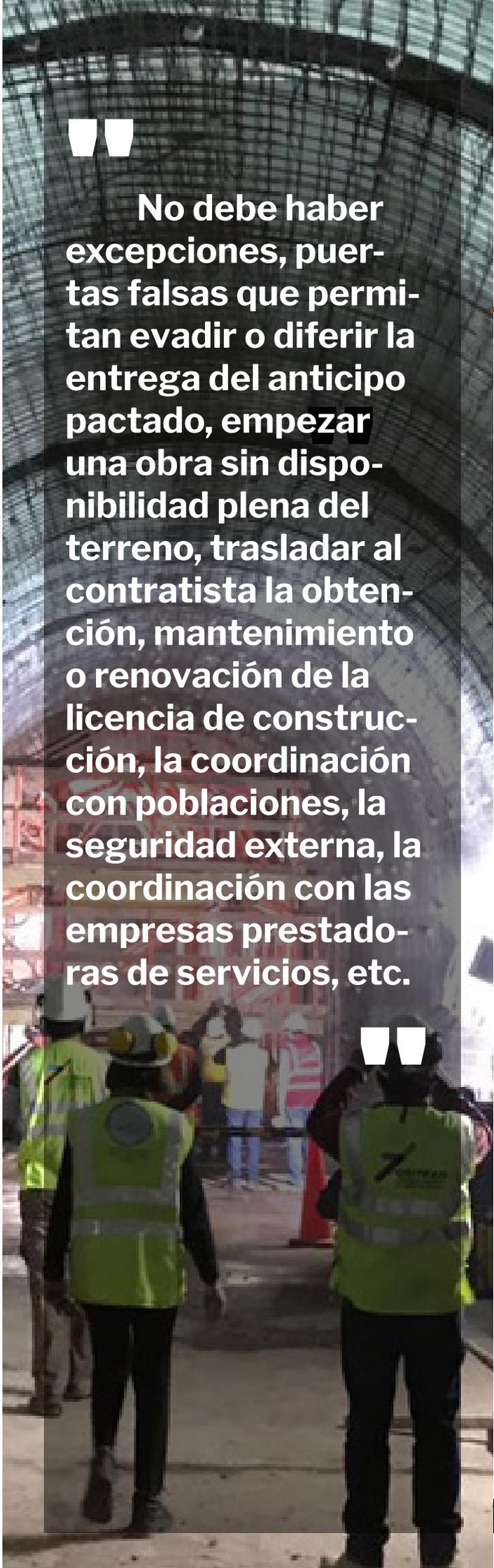
burocráticos y formales que pueden hacer perder el derecho (o es lo que se busca) por poner una firma en un lugar y no en otro, por contar mal un plazo, por no entregar una proyección como le gusta al supervisor, etc.)

- Acuerdos de gobernabilidad (quien decide y pronto). Actualmente el diseño de los eventos de obra está diseñado como procedimientos administrativos en los que el contratista tiene la carga burocrática de argumentar, convencer, explicar a los funcionarios distantes y ubicados en Lima, lo cual dilata y con solo seguirlos se afecta el calendario contractual.
- Incentivos por ahorros de tiempo y plazo.

- Cláusulas de renuncia de acciones legales por errores o incumplimientos dentro del riesgo profesional (dolo o culpa inexcusable). La actividad profesional de diseño y de ingeniería por lo general es un asunto de especial complejidad por lo que en aplicación del Artículo 1762 del Código Civil el prestador solo responde en caso de dolo o culpa inexcusable.

- Respetar al máximo las cargas de colaboración naturales que corresponden a las partes en el contrato de infraestructura y no seguir poniéndoles zancadillas o creando puertas falsas. Son cargas de colaboración esenciales de las entidades las de proveer al contratista adelantos, la disponibilidad del sitio de la obra, brindar los planos e información correcta u obtener la licencia de construcción, colaborar en la seguridad externa de la obra, y relaciones con otras autoridades. Por ende, no debe haber excepciones, puertas falsas que permitan evadir o diferir la entrega del anticipo pactado, empezar una obra sin disponibilidad plena del terreno, trasladar al contratista la obtención, mantenimiento o renovación de la licencia de construcción, la coordinación con poblaciones, la seguridad externa, la coordinación con las empresas prestadoras de servicios, etc.)

Una norma que por lo menos no reflexione sobre estos temas será igual a afirmar que “Si queremos que todo siga como está, es preciso que todo cambie.” (Giuseppe Tomasi di Lampedusa)



No debe haber excepciones, puertas falsas que permitan evadir o diferir la entrega del anticipo pactado, empezar una obra sin disponibilidad plena del terreno, trasladar al contratista la obtención, mantenimiento o renovación de la licencia de construcción, la coordinación con poblaciones, la seguridad externa, la coordinación con las empresas prestadoras de servicios, etc.

Aplicación de los “Lineamientos para la respuesta del Estado frente a potenciales impactos generados por la pandemia de la Covid-19 en proyectos de Asociación Público Privada”



Milagros Maraví

Socia del Área Administrativa de
Rubio Leguía Normand

La Dirección General de Políticas de Promoción de la Inversión Privada DGPIIP- MEF, entre rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, ha aprobado el 25 de agosto de 2020 los “Lineamientos para la respuesta del Estado frente a potenciales impactos generados por la pandemia de la Covid-19 en proyectos de Asociación Público Privada”¹ (en adelante los “Lineamientos”) que deben ser aplicados en la respuesta del Estado para mitigar “los eventuales impactos negativos que se generen de las decisiones del Estado en la lucha contra el Covid-19, garantizando la sostenibilidad de los contratos y servicios- al mismo tiempo manteniendo la distribución de riesgos del contrato original”.

Ante esta descripción del alcance de los Lineamientos, un primer tema que es preciso aclarar es que la pandemia de la Covid-19 y sus efectos son anteriores a la adopción de medidas por parte del Gobierno peruano. En efecto, se conoce los efectos de esta pandemia en el mundo desde diciembre de 2019 y los Decretos Supremos que declaran emergencia sanitaria y Estado de Emergencia son de fechas 11 y 15 de marzo de 2020, respectivamente. Así, los efectos de la pandemia de la Covid-19 en las APPs en Perú pueden ser anteriores a las fechas mencionadas. En ese sentido,

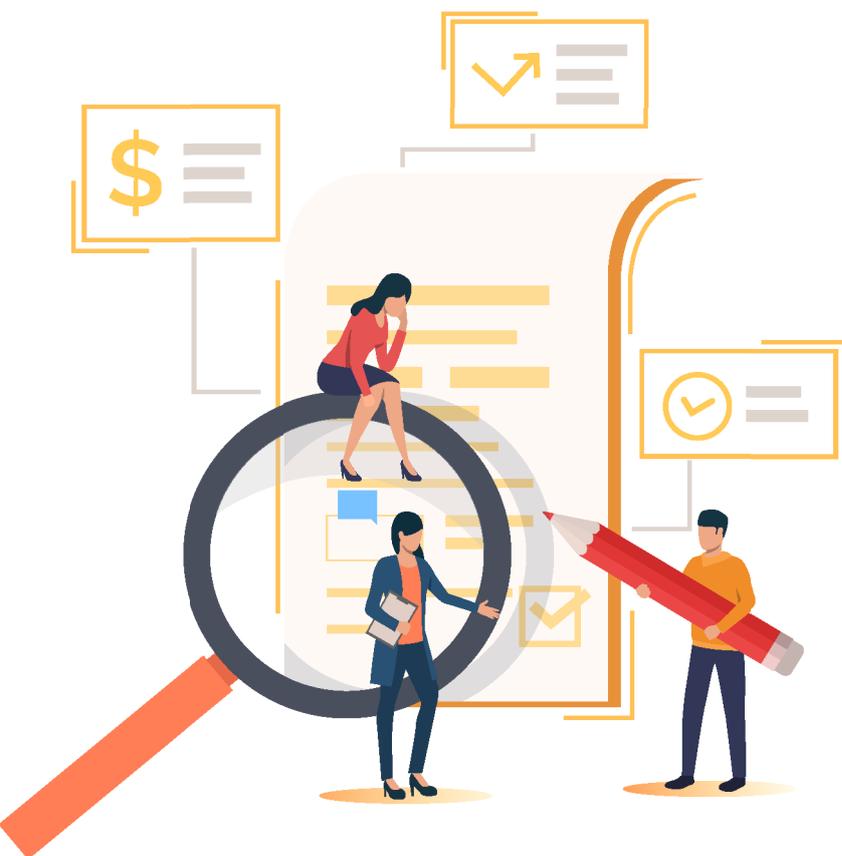
sea en contratos de APP que mencionan la pandemia expresamente o no como causa de fuerza mayor o por aplicación del artículo 1315° del Código Civil, tales efectos deben ser considerados para su mitigación.

Un segundo tema relevante que surge de la revisión de los Lineamientos, es que hacen referencia en todo momento a que debe mantenerse la distribución de riesgos del contrato de APP, aun cuando solo se analizará uno. La pandemia de la Covid-19 y las medidas dictadas por el Gobierno para enfrentarla son hechos que calzan en la figura de fuerza mayor y, por lo tanto, se inscriben dentro del denominado “riesgo de caso fortuito o fuerza mayor”. Cada contrato de APP define cómo se asume este riesgo. Solo a manera de referencia, los “Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”, aprobados por Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15, establecen que “Parte de este riesgo se traslada al concesionario a través de la exigencia contractual de la contratación de determinados seguros para eventos que pueden ser calificados como Fuerza Mayor (incluye caso fortuito).” Asimismo, precisa que “Si en caso de ocurrencia de alguno de estos eventos las coberturas de

1. Resolución Directoral N° 003-2020-SEF/68-01

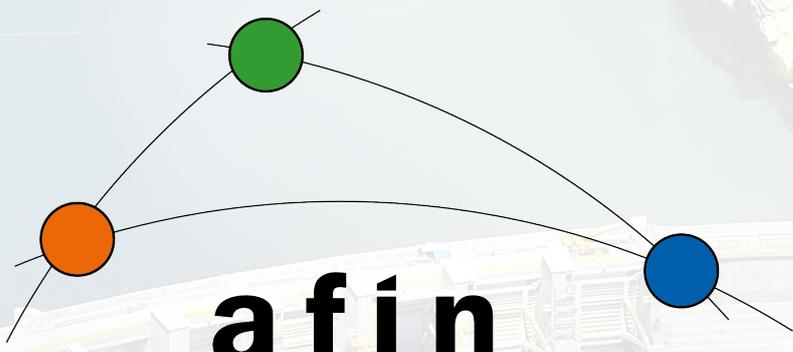
los seguros contratados se determina que es insuficiente, a pesar del cumplimiento por parte del concesionario, este riesgo (o porción de riesgo) es asumido por el concedente, es decir, tienen condición de riesgo retenido en caso de Fuerza Mayor no asegurable”. Entonces, los Lineamientos deben aplicarse sobre esta base, definiendo la afectación directa de la Covid-19 y las disposiciones dictadas por el Gobierno para afrontarlo en cada obra, servicio u otra obligación contractual (cronogramas, plazos, ingresos de la concesión, niveles de servicio, etc.) y proponer los mecanismos para mitigarla (por ejemplo, ampliaciones de cronogramas, reducción temporal de niveles de servicio, postergación de inversiones, ampliación de plazo del contrato, compensación monetaria, etc.). Es claro que si estamos ante una caída de la demanda por la Covid-19 o las medidas adoptadas para enfrentarlo esto es un impacto producto de la fuerza mayor y no podemos tratarlo como un “riesgo de demanda”; de igual modo, si se debe introducir cambios de parámetros de construcción, equipamiento u operación como consecuencia de la pandemia y se generan mayores gastos, no estamos ante un “riesgo de diseño” asumido usualmente por el concesionario.

Un aspecto muy favorable de estos lineamientos es que prevén dos escenarios de mitigación de los efectos de la Covid-19 en las APPs: i) en el marco del Contrato de Concesión; y, ii) solución mediante adenda, expresando de manera muy contundente que es prioritario desplegar la infraestructura y servicios públicos mitigando los efectos de la Covid-19 en las APPs y la falta de provisiones contractuales no será un obstáculo. Solo queda aprobar un procedimiento abreviado de adendas para la Covid-19 porque la solución a su impacto no puede ni debe esperar el tiempo promedio de celebración de adendas, que no es menor a un año.



Un segundo tema relevante que surge de la revisión de los Lineamientos, es que hacen referencia en todo momento a que debe mantenerse la distribución de riesgos del contrato de APP, aun cuando solo se analizará uno.





afin

Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional

