

Jugando con los riesgos: un análisis del contrato de anti-aseguramiento como creador de incentivos eficientes en la conducta de las partes en proyectos de alto riesgo mediante asociaciones público-privadas.

Playing with risks: an analysis of the anti-insurance contract as an efficient incentive generator in the behaviour of the parties involved in high-risks public-private partnerships.

Shyam David Fernández Vidal¹

Recibido: 10/10/2016 Aprobado: 30/01/2017

Resumen:

Abundan los estudios sobre diferentes mecanismos y estructuras contractuales posibles que ayuden a reducir los altos costos de transacción y ejecución, usualmente presentes en los contratos basados en asociaciones público-privadas, o public-private partnerships (PPP). Ninguno, dentro del conocimiento del autor, ha considerado analizar la posibilidad de aplicar el contrato de anti-aseguramiento, o anti-insurance contract (AIC), a estos proyectos llevados a cabo por compañías de capital mixto. La finalidad del presente artículo es tratar de demostrar la viabilidad de la aplicación del AIC en los acuerdos de PPP. Dicho instrumento funciona bajo el principio de que los incentivos eficientes generalmente requieren que cada parte asuma la totalidad de los riesgos que pueden manipular. Esto se intentará identificando los posibles efectos positivos que surgen tanto en los sujetos involucrados por medio de una correcta asignación de los riesgos, como en el objetivo final de los PPP: el aumento del bienestar social.

Palabras clave:

Análisis económico de los contratos, asociaciones público-privadas, contratos de anti-aseguramiento.

Abstract:

Studies abound regarding different possible contractual mechanisms and structures that help to reduce the high transaction and performing costs usually present in public-private partnership (PPP) based contracts. Neither, based on the authors knowledge, has approached to analyse the possibility to apply the anti-insurance contract (AIC) to these mixed-capital projects. The purpose of this article is to try to demonstrate the viability of applying the AIC in PPP agreements. This instrument works under the principle that affirms that

¹ El autor es Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, actualmente cursando las maestrías de Derecho Administrativo y Regulación Económica por la misma institución, y de Derecho Público Económico/Law & Economics por el Instituto OMG. Correo electrónico: shyamfernandezvidal@gmail.com

efficient incentives generally require that each party assumes the total amount of risks which they can handle. This will be attempted by identifying the possible positive effects that may arise in the involved parties through a correct allocation of risks, and in the final objective of PPPs: improving social welfare.

Keywords:

Economic analysis of contracts, public-private partnerships, anti-insurance contracts.

Generalidades de los proyectos de alto riesgo a través de asociaciones público-privadas

Los contratos de colaboración público-privada, o public-private partnerships (PPPs o P3s), tienen su origen nominal en el año 1992, como parte de un programa de reformas emprendido por el Gobierno británico (González García, 2006, p. 8), y obtienen su valor basados en la creencia de que la unión entre los sectores público y privado, con el fin de desarrollar proyectos públicos generalmente a gran escala, podría originar una simbiosis con mejor impacto en el bienestar social y con menores costos públicos involucrados, en comparación con el resultado que traería emprender el proyecto sin dicha asociación ni cooperación (Siemiatycki, Farooqi, 2012, p. 287). La justificación clave para los PPPs es el argumento de que los mismos implican niveles de inversión por debajo de los que implica un proyecto exclusivamente privado, y a la vez sugieren un nivel de calidad mayor y un uso más eficiente de los recursos que en aquellas iniciativas meramente públicas. Todo esto, gracias a la aplicación del know-how que pudieran poseer ciertas empresas con pericia en la materia de la cual se trate el proyecto (Vaillancourt-Rosenau, 2000, p. 57). Este sincretismo se manifiesta mediante un special purpose vehicle o compañía especial de capital mixto (una especie de consorcio), específicamente creado para la materialización del proyecto.

Un PPP usualmente empieza con la consideración de un cálculo ex ante de sus implicaciones

económicas a largo plazo, por medio de un análisis de la relación costo-beneficio o value for money (VfM) como protagonista. Este debe resultar en una proyección que sugiera una reducción de gastos en cuanto a los fondos públicos; proceder con un PPP en un determinado proyecto debe, en principio, significar menores costos al Estado que haberlo realizado solo. El VfM generalmente es calculado por medio del public sector comparator (PSC), el cual se basa en la innovación y transferencia de riesgos que caracterizaría al adjudicataria-

“Un PPP usualmente empieza con la consideración de un cálculo ex ante de sus implicaciones económicas a largo plazo, por medio de un análisis de la relación costo-beneficio o value for money (VfM) como protagonista.”

rio de una licitación para iniciar una concesión, frente al hipotético caso de que el proyecto lo realice exclusivamente el gobierno. Por la interdependencia entre los actores involucrados en estos grandes proyectos, en los cuales el Estado pasa de ser un dador de servicios públicos a un comprador de los mismos, la fortaleza de estas colaboraciones o PPPs recae en la correcta determinación de los intereses, riesgos y compensaciones entre los socios (Siemiatycki y Farooqi, 2012, p. 187), siendo estos tres elementos las raíces principales

de los incentivos positivos y negativos que surgen de un lado u otro a lo largo de la ejecución y operación del proyecto. La correcta asignación de riesgos, como se verá más adelante, muchas veces determina el destino de estas asociaciones. El public sector comparator es, por tanto, un examen comparativo entre la capacidad y productividad que generaría el sector público en el desarrollo independiente del proyecto y las que tendría en caso de iniciarse una asociación público-privada.

En un PSC se consideran múltiples factores, pero existen dos que sirven de columnas principales para dicho análisis: 1) la valoración y comparación de los riesgos que retiene el sector público, ya sea en el PPP, o sea realizando el proyecto de forma independiente; y 2) el costo actual neto que supone a la Administración Pública la prestación del servicio, comprándose con las ofertas realizadas por los operadores privados (González García, 2006, p. 8). Los defensores de los PPPs entienden que el sector privado, muy a menudo, tiene motivaciones e incentivos intrínsecos (propios de su naturaleza comercial) para dar un uso más eficiente (y, si se quiere, mejor pensado) al capital y a los activos disponibles, mientras que el sector público, por su lado, goza de tener menores costos de transacción en la obtención de facilidades burocráticas, financieras y de regulación casi siempre necesarias. Sin embargo, los socios privados no necesariamente están debidamente motivados a lograr este nivel de eficiencia para utilizar al 100% los ac-

tivos y recursos disponibles para el mejoramiento del servicio público ofrecido. Más aún, en los contratos de PPP generalmente surge un problema de certeza de ganancias netas esperadas; esta certeza consiste, por ejemplo, en que la institución pública tenga que pagar un peaje sombra (Gómez-Ferrer Morant, 2003, p. 1105) si no se alcanza el mínimo suficiente de recaudación periódica en una autopista (cláusula prácticamente sine qua non en caso de este tipo de PPP), lo que pudiera causar cierta negligencia o comodidad de parte del administrador privado, disminuyendo los incentivos de ofrecer un servicio público eficiente y de más calidad, creando entonces un costo social evitable.

Los riesgos que retiene el Estado en un PPP suelen ser menores que los que tendrían que asumirse en contrataciones distintas, según los resultados usuales de un PSC que admita la posible eficiencia del PPP en cuestión. Sin embargo, es preocupante cómo los incentivos negativos vinculados a una posible dependencia exagerada del

“El VfM generalmente es calculado por medio del public sector comparator (PSC), el cual se basa en la innovación y transferencia de riesgos que caracterizaría al adjudicatario de una licitación para iniciar una concesión, frente al hipotético caso de que el proyecto lo realice exclusivamente el gobierno.”

Estado en favor del socio privado, juegan en contra de los intereses públicos, usualmente trayendo los efectos de la paradoja de la compensación y del dilema de los incentivos de Cooter y Porat (2014, p. 92-93). Es decir, cuando en un PPP el Estado depende exageradamente del socio privado para el desarrollo del mismo sin estar obligado o incentivado a otorgar cooperación alguna, y de forma paralela el socio privado tiene la seguridad de una remuneración anual

mínima por medio de un peaje sombra, surge y/o aumenta el riesgo de incumplimiento del contrato, o de la falta de un cumplimiento más eficiente. En otras palabras, si el nivel de calidad del servi-

cio administrado por la empresa no es calculable de forma continua, y no es fácilmente exigible o demostrable judicialmente que ciertamente no se utilizaron los recursos disponibles de la mejor manera posible, pues no existen incentivos suficientes de parte de ninguno de los socios para mejorar la situación.

Por tanto, cuando ambas partes se enfrentan a un mismo riesgo dentro de un proyecto, para que surjan estos incentivos eficientes se requiere que cada una de ellas asuma la totalidad de las consecuencias y daños que por su parte pudiera causar, modificando así sus futuras actuaciones en beneficio del contrato y de la otredad (todas aquellas comunidades que serían receptoras del servicio o bien público generado), por colocarse ex ante en una posición de posibles pérdidas si actuasen de forma negligente. Atendiendo a lo argumentado por dichos autores, para que ambas partes se vean incentivadas a tener que tomar precauciones para evitar un daño provocado por un riesgo del proyecto

previamente desconsiderado, el principio de incentivos eficientes requiere que los socios se hagan 100% responsables de tal riesgo, a fin de que los esfuerzos para evitarlo sean suficientes de cada lado. Esto es denominado como doble responsabilidad en el margen: un (relativamente) pequeño cambio en la precaución tomada frente a un riesgo para evitar cierto daño, puede favorecer ampliamente la salud de la relación contractual, del futuro del proyecto, y, dicho ya, a aquellos que recibirían los servicios ofrecidos por el PPP.

El riesgo de la “abundancia de riesgos”

Tomando en cuenta que el control de los ries-

gos implica costos, los mismos deben mantenerse menores que los beneficios previstos del proyecto. Los riesgos involucrados en los PPP se pueden dividir en tres categorías: 1) los riesgos comerciales relativos al mercado, como los cambios repentinos en oferta y demanda; 2) riesgos de desarrollo del proyecto, (e.g. riesgos técnicos, operacionales, siniestrales, y de construcción); y 3) riesgos institucionales, o aquellos que involucran la regulación económica, aceptación social de la iniciativa y los problemas de soberanía que pudieran surgir si el socio privado es extranjero. Dentro de los distintos tipos de iniciativas a gran escala que se desarrollan bajo el sistema de PPP (plataformas petroleras, proyectos de energía nuclear, entre otros), los sistemas de túneles, puentes, carreteras y transporte público urbano son los que han sido y continúan siendo aplicados en países como la

República Dominicana. A su vez, de entre la mayoría de PPP posibles, las carreteras adolecen de tener uno de los mayores índices de riesgos de mercado a largo plazo. Mientras tanto, los PPPs dedicados al

transporte público urbano solo son superados por los proyectos de desarrollo de energía nuclear en cuanto a riesgos de aceptación social, institucionales y regulatorios. Los riesgos reales y del día a día, generalmente surgen a medida que pasan los años, por lo cual muchas veces son indeterminables y endógenos, siendo la crisis de un PPP fácilmente generada por elementos nunca considerados en la negociación (Miller y Lessard, 2001, pp. 437-38). Los numerosos riesgos a determinar (riesgos de construcción, demanda, disponibilidad, políticos, etc.) generalmente consumen gran parte del tiempo y el esfuerzo empleado en las negociaciones de los PPP, dada la delicadeza que caracteriza la repartición adecuada de estos ries-

“Los riesgos que retiene el Estado en un PPP suelen ser menores que los que tendrían que asumirse en contrataciones distintas”

gos entre el gobierno y el socio privado. Esta barrera, a su vez, supone altos costos de transacción, de negociación y de adjudicación al momento de analizar las diferentes ofertas, por ser comúnmente los concursantes del sector privado los que se encargan de presentar el diseño del proyecto, cada uno con distintas opciones, riesgos y montos que la entidad contratante debe analizar y calcular al momento de evaluar las distintas propuestas.

La necesidad de la determinación *ex ante* del superior risk bearer (aquel que esté en la mejor posición de asumir un determinado riesgo) en diversos escenarios, probabilidades y etapas de la larga vida (usualmente décadas) de un PPP, y los costos y riesgos per se que implican los numerosos cálculos (algunos inexactos) de aquellos riesgos, podría tratar de eliminarse ingeniando una cláusula especial de asignación de riesgos; esto se enfatiza en el hecho de que gran parte de los riesgos propios de los PPP basados en construcción de infraestructuras son determinables a priori, mas sufren de ser poco controlables por las partes, razón por la cual se le debe dar tanta importancia a la correcta asignación de riesgos por medio de instrumentos contractuales. Las dos herramientas principales para lidiar con la administración de riesgos son la de la teorización de decisiones por medio de árboles de decisión y teoría de juegos, y aquella que se basa en tomar pasos meramente administrativos y gerenciales, lidiando con los riesgos de forma diligente y constante, influenciando las condiciones cambiantes a medida que se presentan. Este último es el sistema más aceptado por los patrocinadores de los PPP (Miller y Lessard, 2001, pp. 440-41).

A modo de ejemplo, asumamos que el gobierno de la República Azul y la empresa Roja Inc. se aventuran en un PPP en el que Roja Inc. promete otorgar un servicio público con un nivel mínimo

de calidad de 100%, y por un período de 15 años, a ciertos ciudadanos de la República Azul. Muchos elementos y riesgos sirven como barrera para el debido cumplimiento de este nivel de calidad en la totalidad de tal período. Fenómenos naturales, regulaciones adversas, o inestabilidad política pueden aumentar los costos de ejecución de Roja Inc. a niveles no esperados ni considerados. Asimismo, el Estado depende de este proyecto para el desarrollo económico de una localidad específica, el mantenimiento de la popularidad del partido o gobernante de turno, o la elaboración de otras iniciativas públicas vinculadas a la que administra Roja Inc., y mientras más importante sea la dependencia del gobierno frente al socio privado, mayores son las pérdidas de aquel en caso de incumplimiento por parte del último, y mayores las ganancias por su debido cumplimiento. La precaución que tomaría Roja Inc. para evitar incumplimiento está sujeta a las consecuencias económicas que tendrían estas medidas en la estabilidad financiera de la empresa, y de las excusas que pudiera utilizar en su defensa en los tribunales judiciales o arbitrales (e.g. force majeure o hardship) (Fernández Vidal, 2016, pp. 28-37). Si el costo de tomar medidas para mantener el nivel de calidad del proyecto y evitar daños, digamos, ocasionados por la temporada de huracanes que usualmente afecta a dicho país, es más alto que las ganancias a obtener en aquel período luego de invertir en la prevención, lo racional sería incumplir (aunque sea parcialmente) con el contrato. Por otro lado, si el Estado considera cooperar para evitar estos daños, y el costo de esta decisión es mayor que el pago que deberá llevar a cabo el socio privado por incumplimiento del contrato, pues lo racional sería evitar una colaboración extracontractual costosa por parte del sector público en favor del privado para luego, quizás, exigir retribución por daños y perjuicios. Esta dependencia exagerada del que espera recibir los servicios puede devenir

en altos costos externos, y es similar a la falta de precaución de una víctima en caso de responsabilidad por daños; depende de un cálculo costo-beneficio.

Posible mecanismo alternativo: Contrato o cláusula de Anti-Aseguramiento

Como hemos mencionado, este problema evita que un riesgo se considere como una oveja negra del PPP que debe eliminarse o reducirse a toda costa, sino como un instrumento a ser manipulado de manera que se logren moldear las conductas de todos los participantes, a fin de configurar un mejor desempeño en cada sujeto involucrado. Por medio de una correcta administración ex ante de los riesgos, se podría lograr incentivar a ambas partes a que asuman el 100% de los riesgos y costos de incumplimiento de forma simultánea, ya que el Estado suele depender de un seguro que lo desincentiva a colaborar con el socio privado para el éxito del PPP. Se debe evitar esta posible dependencia exagerada, ya sea en un incierto excelente desempeño del socio privado, o sea en el hecho de que el destino del contrato esté bajo el amparo de un aseguramiento que traería la inversión de vuelta en caso de incumplimiento de la empresa, no solo afectando negativamente el desarrollo normal del proyecto, sino también obviando la posibilidad de obtener resultados más favorables para el receptor final del servicio público ofrecido: la sociedad. El aumento abstracto de la percepción de los riesgos por parte de los sujetos, posiblemente eliminando el aseguramiento del contrato, podría modificar la conducta en tales situaciones, importando poco el carácter bona fide o no de la intención o incentivo de cooperar y proteger más los fines socioeconómicos del PPP. La ingeniería del análisis económico de los contratos ha desarrollado una posible propuesta a estos fines, con el denominado Anti-Insurance Contract (Contrato

de Anti-Aseguramiento o AIC). El mismo sugiere que el socio privado pague a un tercero los daños causados por su incumplimiento, en vez de pagarle al Estado, mientras que éste último cede sus derechos de resarcimiento al tercero a cambio de un monto predeterminado de lo que le costaría el incumplimiento del socio privado durante la vida del PPP.

“El denominado Anti-Insurance Contract, sugiere que el socio privado pague a un tercero los daños causados por su incumplimiento, en vez de pagarle al Estado, mientras que éste último cede sus derechos de resarcimiento al tercero a cambio de un monto predeterminado de lo que le costaría el incumplimiento del socio privado durante la vida del PPP.”

Basándonos en el ejemplo numérico utilizado por Cooter y Porat en su citada obra, mas cambiando las nominaciones de las partes, asumamos que el Estado paga al socio privado (o, para los fines de este ejemplo, el SP) 90 por un servicio que, si es otorgado con la calidad predeterminada, crea un valor social de 100 en favor del Estado. En caso de incumplimiento, el contrato requiere que el SP devuelva los 90 y pague 10 por los daños causados esperados. Tanto con cumplimiento o no del contrato, las ganancias netas del Estado suman 10. Sin embargo, los costos de cumplimiento del contrato pueden aumentar a causa de ciertos eventos incontrolables. Cuando el costo de cumplimiento previsto es de 80, con una posibilidad de 0.6 (60%) de que este será el costo fijo, y que no sucederán hechos que aumenten mucho el costo

de cumplimiento, el SP probablemente cumpliría. A veces, sin embargo, el costo de cumplimiento se dispara a un nivel tan elevado que se torna prohibitivo, (digamos, a 110) incentivando el incumplimiento. Cuando esto sucede, el SP quizás prefiere incumplir y pagar 90+10, en vez de invertir 110 para cumplir y solo recibir 100 a cambio. Las ganancias netas esperadas por parte del SP en este ejemplo, igualan a $0.6(90 - 80) + 0.4(90-100) = 2$. La cooperación por parte del Estado para reducir estos posibles costos prohibitivos pudiera salvar al contrato de sufrir incumplimiento. Supongamos que resolver la situación que afecta al proyecto le cuesta 1 al Estado por medio de su cooperación, mientras que al SP le cuesta 20. Si ayudar al SP aumenta la probabilidad de que los costos de ejecución se queden en 80, las ganancias netas esperadas del SP serían $0.8(90-80) + 0.2(90-100) = 6$. El hecho de cooperar aumenta las ganancias netas esperadas del SP de 2 a 6, y por ende, un excedente de 3. Sin embargo, en el contrato realmente no existe un incentivo para que el Estado coopere, ya que el mismo recibiría 100 tanto en caso de cumplimiento como de incumplimiento. Si cooperar le cuesta 1, el valor generado por el Estado se reduciría a 99. Para resolver esta paradoja se requiere la intervención de un tercero en las negociaciones. Llamemos a este tercero anti-asegurador. Tomando el excedente de 3 creado en ocasión de la cooperación, sucede lo siguiente (Cooter y Porat, 2014, pp. 92-93):

1. El Estado, previo a la ejecución del PPP, cede al anti-asegurador su derecho a daños por incumplimiento (que tienen un valor de 2) a cambio de un pago de 1.
2. El SP paga 3 al Estado a cambio de la cooperación, la cual aumenta sus ganancias netas esperadas de 2 a 6, aumentando su valor nominal en 4.
3. El Estado invierte 1 en cooperar con el SP a

cambio de los 3 que le pagó ésta a cambio.

4. Las posibles ganancias del anti-asegurador recaen en la posibilidad de incumplimiento reducida de 0.4 (40%) a 0.2 (20%) gracias a la cooperación, que al multiplicarla por los 10 que obtendría en razón de los daños causados por el incumplimiento y luego restarla por el pago de 1 que realizó a cambio de este derecho, resultaría pues en una ganancia neta de $10(0.2) = 2 - 1 = 1$.

Por medio del AIC, el Estado no recibiría retribución por daños en caso de incumplimiento, y asumiría los costos de su posible falta de cooperación, internalizando este riesgo en un 100% y creando de forma automática incentivos eficientes para cooperar con la empresa en pos de reducir la posibilidad de incumplimiento a 0.2 (20%). En caso de incumplimiento, la empresa pagaría 90 de restitución al Estado y 10 de daños al anti-asegurador, perdiendo 103 en total, recordando el pago de 3 efectuado al Estado a cambio de la cooperación. Por su lado, el Estado recibe 3 de la empresa y 1 del anti-asegurador, cediendo a su vez su derecho a daños con valor de 2 y cooperando con la empresa con 1, para obtener una ganancia neta de 1.

El contrato o cláusula de anti-aseguramiento no solo otorgaría un control del Estado sobre el proyecto, sino que el surgimiento o aumento de la colaboración de éste en beneficio del proyecto y, por ende, del socio privado, podría reducir la materialización de los riesgos en daños reales. Los costos de ejecución se elevan a causa de la cooperación y los costos de negociación aumentan por intromisión de otro sujeto al contrato (el anti-asegurador), pero el value for money se vería beneficiado siempre que estos costos sean menores que las ganancias sociales netas. Otra ventaja del AIC pudiera ser la posible eliminación del alto costo que sugiere el problema de aseguramientos

en cadena; las partes generalmente aseguran sus riesgos relativos al PPP con diferentes compañías. De forma paralela, múltiples aseguradores suelen abarcar diversos ámbitos o elementos del proyecto asegurados por separado (European PPP Expertise Center, 2011, p. 2; The Guide to Guidance, 2011, p. 33). Esto podría solucionarse en la medida de que no se necesitaría el aseguramiento de los posibles daños por incumplimiento per se del proyecto (ni una multiplicidad de los mismos, naturalmente).

“El anti-aseguramiento supone el surgimiento de un incentivo positivo del Estado para depender menos del socio privado que administre el proyecto”

El riesgo de la reducción de la demanda del servicio público ofrecido por medio del PPP pudiera atenuarse con los efectos del AIC. Por lo general, estos contratos conllevan pagos extraordinarios del Estado al socio privado en caso de que se demuestre que alguna política pública o proyecto llevado a cabo por el gobierno ha provocado pérdidas económicas en el PPP por la disminución en la demanda del servicio en detrimento del socio privado. El AIC pudiera resolver este inconveniente. Recordemos que el anti-aseguramiento supone el surgimiento de un incentivo positivo del Estado para depender menos del socio privado que administre el proyecto, y, por vía de consecuencias, cooperar más con él. Con estos incentivos creados, y con el fin de ayudar a la estabilidad del PPP, el Estado podría implementar acciones que lleven a más miembros de la comunidad o región a procurar el servicio otorgado por medio del PPP, ya sea por medio de la publicidad o por el surgimiento de otras iniciativas atractivas que hagan necesario el uso de dicho servicio para poder desarrollarse.

Al hacer esta inversión de colaboración extracontractual se podría facilitar la recolección del mí-

nimo suficiente periódico, posiblemente evitando peajes sombra, sin haber siquiera estipulado en el contrato estas actuaciones del gobierno (en principio, mientras menos cláusulas, menos costos de negociación y transacción). Paralelamente, se pudiera reducir la probabilidad de cualquier conflicto y costo vinculado a tal cláusula, ciertamente

polémica. Así se lograría afectar positivamente y de una forma directa al costo social del proyecto, logrando, con la colaboración estatal, que más usuarios demanden el servicio

ofrecido, sin que el socio privado se vea en necesidad de proceder con inversiones extraordinarias para estos fines.

Conclusiones

Como se ha visto, dada la compleja misión de los contratos de PPP, sus costos de negociación y de análisis ex ante son, de forma usual, considerablemente más elevados que en contratos públicos comunes de construcción de infraestructuras o de compra de bienes y servicios entre el Estado y los proveedores privados. Para asegurar un value for money positivo en un proyecto de esta índole, así como un buen impacto en el bienestar social, no es suficiente implementar el plan por medio de un puro y simple PPP; se necesita una estructura contractual de incentivos, así como un equilibrio y una transferencia eficiente de los riesgos involucrados. En este aspecto, los conflictos entre los socios surgen con una preocupante regularidad por la complejidad de las negociaciones, disputas legales, contratos incompletos, y terminaciones prematuras y costosas de la asociación. Como mecanismo de mayor estabilidad contractual, se han desarrollado modelos en los cuales se comparten

los riesgos por ambas partes, en lugar de transferirlos a gran escala al sector privado (Siemiatycki y Farooqi, 2012, p. 297), como es usual en los contratos de PPP. El modelo de anti-aseguramiento es uno de estos instrumentos que pudiera generar los incentivos necesarios para que los riesgos sean compartidos y asumidos en su totalidad por ambos socios.

Asimismo, se ha determinado que los desequilibrios de poder entre los participantes pueden ser altamente nocivos para el desarrollo de un PPP. La consecución de una relación horizontal de poder entre el Estado y el socio privado se considera la mejor solución; el primero debe enfocarse en guiar el sistema de políticas públicas y estrategias a desarrollar en un período determinado, mientras que al segundo se le debe permitir el control técnico y el buen desenvolvimiento de los proyectos de capital mixto. Para esto, el Estado debe estar dispuesto a utilizar sus recursos financieros, legislativos e institucionales a favor del socio privado, siempre dentro del marco del bienestar social (Miraftab, 2004, p. 92-93). Para obtener PPPs más exitosos, es necesario que las partes hagan lo requerido para establecer una igualdad de condiciones entre ellos, siendo el modelo de la distribución de riesgos que caracteriza al AIC un posible conductor de relaciones horizontales de poder, evitando arbitrariedades de parte del Estado e incumplimientos del lado del socio privado.

Vale decir que, aunque esta modalidad se aleja de un elemento generalmente esencial e imprescindible de los PPP, el cual consiste en que el responsable de la calidad, el aumento y la estabilidad de la demanda del servicio siempre sea el socio privado, soportando estos riesgos en su totalidad, y “su retribución dependerá del nivel global de prestación del servicio, el cual recaerá siempre en él, sin que pueda ser asumido de ningún modo

por la Administración pública” (González García, 2006, p. 16), dicha cláusula común versus la colaboración gubernamental (consecuencia de la aplicación de la cláusula de anti-aseguramiento), tal vez suponga los resultados ya expuestos: el AIC pudiera representar más estabilidad contractual y retributiva entre las partes, así como mayores beneficios para la sociedad.

Bibliografía:

COOTER, R. & PORAT, A. (2014). *Getting Incentives Right: Improving Torts, Contracts, and Restitution*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE (EPEC). (2011). *Risk Mitigation Mechanisms (Including guarantees and political risk insurance)*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.

EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE (EPEC). (2011). *The Guide to Guidance: How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.

FERNÁNDEZ VIDAL, S. D. (2016) “El riesgo de tener poca imaginación: Un análisis económico contractual de la aplicación de los Principios UNIDROIT en arbitrajes sobre excesiva onerosidad (hardship) según la Convención de Viena de 1980”. *Revista Gaceta Judicial*, Vol. 358. Pp. 28-37.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (2003). “El contrato de concesión de obras públicas”. GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (editor). *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Editorial Civitas, S.A..

GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2006). “Contrato de Colaboración Público-Privada. Publicado en *Revista de Administración Pública*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol. 170. Pp. 7-39.

MILLER, R. & LESSARD, D. (2001). “Understanding and managing risks in large engineering projects”. *International Journal of Project Management*, Vol. 19. Pp. 437-443.

MIRAFTAB, F. (2004). “Public-Private Partnerships: The Trojan Horse of Neoliberal Development?” *Journal of Planning Education and Research*. Vol. 24. Pp. 89-101.

SIEMIATYCKI, M. & FAROOQI, N. “Value for Money and Risk in Public-Private Partnerships”. *Journal of the American Planning Association*, Vol. 78 (3). Pp. 286-299.

VAILLANCOURT-ROSENAU, P. (2000). *Public-Private Policy Partnerships*. Cambridge, MA: The MIT Press.