2. Principales disposiciones contractuales

2.1 Partes contratantes

Panorama general

Cada parte debe estar claramente identificada en el contrato (idealmente, con indicación de su domicilio societario u oficial). También es importante especificar que en la referencia a cada una de las partes se incluya a "sus sucesores y cesionarios", en caso de que alguna de las partes se fusione con otra entidad, o ceda sus intereses en el contrato. Si esto no se deja en claro en el contrato, pueden surgir disputas en cuanto a que si el contrato continúa obligando a la entidad cesionaria o no. También es importante proporcionar la información de contacto para poder notificar a las partes.

Consideraciones fundamentales

- ¿Tiene la autoridad contratante propuesta derecho a celebrar el contrato y a delegar los servicios/asignar los derechos contemplados en el contrato?
- ¿Está identificados el nombre y el domicilio social de cada una de las partes?
- ¿Quién representará a cada una de las partes y cuál es la información de contacto de cada parte?
- ¿Debe un tercero ser parte en el contrato (por ejemplo, cuando un organismo regulador central o una dirección de aguas debe supervisar el cumplimiento del contrato)?
- ¿Se puede subcontratar el contrato o puede cederse a un tercero? En caso afirmativo, se debe considerar la posibilidad de incluir requisitos de experiencia mínima del subcontratista. En el caso de contratos de más larga duración, la cesión puede ser la opción apropiada. En tal caso, cada parte debe tener derecho a dar su aprobación a la nueva parte (y puede exigir que esta tenga un mínimo de experiencia y solvencia financiera). Igualmente, se deben tener en cuenta las formalidades exigidas por ley para la cesión de un contrato; en algunos casos, la cesión debe hacerse por escrito y estar firmada por todas las partes.

Resumen del capítulo

En este capítulo se presenta un panorama general de las principales disposiciones que se deben incluir en los contratos de PSP.

- Partes contractuales
- Duración del contrato
- Condiciones previas
- Derechos otorgados al operador
- Funciones y obligaciones del operador
- Obligaciones del operador de realizar inversiones de capital
- Funciones y obligaciones de la autoridad contratante
- Desempeño (penalidades y bonificaciones)
- Ingresos, tarifas y recuperación de costos
- Supervisión de los contratos y regulación de los operadores
- Cuentas y presentación de informes
- Obligaciones de los operadores para con los clientes
- Solución de disputas
- Responsabilidad, seguro e indemnización
- Vencimiento y rescisión anticipada

Comprobaciones del equipo

En la mayoría de los acuerdos examinados, la parte "pública" en el contrato es una entidad local: la comunidad o un Gobierno municipal. Véase el cuadro 3, donde figuran las partes contratantes en los países estudiados. En la mayoría de los contratos, las partes están identificadas por su nombre v domicilio social, pero no en todos los contratos se hacía referencia a "sucesores y cesionarios autorizados". En unos pocos contratos se hacía referencia específica a la subcontratación y la cesión. En los modelos de contratos de Benin, si el operador subcontrata pequeñas

reparaciones con un tercero, este último debe estar identificado en el contrato.

En varios países, las asociaciones de usuarios de agua eran parte en el contrato (a veces en calidad de terceros). En uno de los modelos de contrato de affermage, la asociación de de agua supervisa cumplimiento del contrato. En Níger, la asociación de usuarios de agua también representa a los usuarios. En los casos en que se ha de otorgar derechos y obligaciones en un contrato, en este se debe especificar qué disposiciones de dicho contrato se aplicarán al tercero, ya que es improbable que se pretenda aplicar a este todas las obligaciones. Si bien las asociaciones de usuarios de agua pueden estar en mejor posición que los ministerios centrales para supervisar el cumplimiento de contratos en zonas rurales, en algunos casos en África occidental esto no ha dado buenos resultados, pues en la práctica la asociación de usuarios de agua ha cobrado una comisión por supervisar el contrato, pero no ha prestado tal servicio (particularmente, en los casos en que el operador ha reemplazado a la asociación para la explotación del sistema). En consecuencia, el usuario resulta perjudicado por que no se supervisa el contrato y la comisión se traspasa al usuario.

Cuadro 3: Partes contratantes en los países estudiados		
País	Parte contratante	
Benin, Burkina Faso, Níger, Madagascar (+ ministerio)	Comuna	
Filipinas, Malí, Perú	Autoridad local, municipalidad	
Mozambique	Dirección nacional de aguas	
Madagascar	Ministerio del Agua	
Uganda	Autoridad municipal de abastecimiento de agua	
Benin (operador, supervisor)	Asociación de usuarios de agua	

Modelos de disposiciones contractuales

Ejemplo tomado de un contrato de operación y mantenimiento de Kenya

"[OPERADOR] de [], establecido de conformidad con la legislación de [PAÍS], cuya base principal de actividades se encuentra en [], y representado por [] (el "Operador")".

"las referencias a cualquiera de las Partes o personas incluyen las referencias a sus respectivos sucesores y cesionarios autorizados".

"El Otorgante no cederá ni transferirá la totalidad ni ninguna parte de sus derechos u obligaciones en virtud del presente Acuerdo sin el consentimiento previo por escrito del Operador, consentimiento que no deberá ser denegado ni retrasado injustificadamente".

"El Operador no transferirá, sin el consentimiento previo por escrito del Otorgante [, consentimiento que no deberá ser denegado ni retrasado injustificadamente], la totalidad ni ninguna parte de sus derechos u obligaciones en virtud del presente Acuerdo".

2.2 Plazo: Duración del contrato

Panorama general

La duración del contrato afectará el nivel de riesgo que puede traspasarse al operador. En el caso de las partes que no están familiarizadas con los contratos de PSP, hacer un contrato demasiado largo puede ser riesgoso si surgen disputas considerables que no puedan resolverse.

El contrato debe ser muy claro con respecto a lo siguiente:

- Cuándo comienza y cuándo termina.
- Cuándo serán efectivas las obligaciones de cada una de las partes.
- Si el contrato puede ser renovado, y si puede renovarse, por cuánto tiempo.

Consideraciones fundamentales

La duración adecuada de un contrato dependerá en parte del tipo de contrato que se celebre, y del nivel de riesgo que se traspasa al operador. En el caso de contratos de gestión y de *affermage*, en los que el riesgo que se traspasa al operador es limitado, los contratos tienden a ser más cortos. En los proyectos que suponen una inversión por parte del operador, como los contratos de arrendamiento y los contratos BOT, el contrato suele ser suficientemente largo para permitir al operador recuperar su inversión, o cubrir la vida útil media del activo.

A veces existe una solución de compromiso entre lo que la autoridad está dispuesta a proporcionar a un sistema de abastecimiento de agua, y la duración del contrato. Si la autoridad no está dispuesta a otorgar un subsidio o a cubrir el costo de las reparaciones importantes, el contrato puede tener que ser más prolongado porque el operador aceptará asumir un riesgo mayor.

Mientras más largo sea el contrato, mayor importancia revestirá asegurarse de que existan mecanismos de supervisión apropiados; especificaciones de desempeño y objetivos de rendimiento claros, y mecanismos de solución de disputas adecuados al reducido tamaño del proyecto. También es importante contar con un sistema para administrar cambios a través de mecanismos de revisión de las tarifas.

Factores que inciden en la opción por un contrato de corta duración:

- Inquietudes de la autoridad respecto del traspaso del control del sistema por un período prolongado.
- Inquietudes relativas reducción de posible competencia como consecuencia de tener que volver a licitar periódicamente un contrato cuando la parte del sector privado no tiene suficientes conocimientos especializados sobre explotación de sistemas de abastecimiento de agua, y la autoridad pueda preferir un contrato de corta duración para "probar" a esa parte. La autoridad puede estar dispuesta a celebrar un contrato más largo con un operador que tenga buenos antecedentes o con el que haya trabajado antes.

Factores que inciden en la opción por un contrato de larga duración:

- Es más probable que los operadores estén dispuestos a asumir riesgos adicionales, incluso el riesgo de financiar activos, si cuentan con más tiempo para lograr los objetivos, recuperar las inversiones y obtener un rendimiento acorde con el riesgo asumido. A su vez, ello permite a los operadores tener un mayor impacto; también pueden atraer financiamiento comercial si logran demostrar que mantienen un flujo de efectivo constante y confiable por un tiempo razonable (es difícil convencer a los bancos cuando los flujos de efectivo duran apenas dos o tres años).
- Posibilidad de financiamiento comercial: los operadores tienen más probabilidades de atraer financiamiento comercial (incluso solo a los efectos del flujo de efectivo) si pueden demostrar que disponen de un flujo de ingresos a largo plazo.
- Posibilidades de crecimiento demográfico: una parte de este riesgo se puede incorporar en el contrato, pero más allá de cierto nivel ello desencadenará una modificación del alcance del contrato, o bien llevará a la autoridad a establecer un contrato separado.

Para renovar un contrato es importante determinar lo siguiente:

- Si el contrato puede ser renovado.
- Por cuánto tiempo puede ser renovado.

Comprobaciones del equipo

En el cuadro 4 se presentan los patrones que observó el equipo durante el examen.

Cuadro 4: Tipo y duración de los contratos examinados		
Tipo de contrato	País	Duración
Affermage	Benin	3 a 5 años (renovable por igual período)
Affermage	Burkina Faso	5 años (renovable por hasta 5 años)
Affermage	Malí	No se indica en el documento estándar
Affermage	Níger	5 años (renovable por hasta 5 años)
Affermage	Rwanda	5 años (renovable por hasta 5 años)
DBO	Uganda	7 años
DBO/DBL	Bangladesh	18 años
DBO/DBL	Viet Nam	Período de construcción + 10 años de operaciones
Contrato por delegación (semejante a un contrato de arrendamiento)	Mozambique	5 años
Contrato por delegación (semejante a un contrato de affermage)	Perú	10 años (renovable por hasta 10 años)
Contrato por delegación (semejante a un contrato de BOT)	Madagascar	20 años (renovable)
Contrato de gestión	Uganda	3 años
Contrato de operación y mantenimiento	Kenya	5 años
Contrato de operación y mantenimiento	India	7 años
Contrato de asociación (semejante a un contrato de affermage)	Mozambique	4 años

En su mayoría, los contratos de gestión y de affermage examinados contratos de eran primera generación, por los que se establecían por primera operaciones con el sector privado. En el caso de los países con más experiencia en contratos de PSP en pequeña escala, y en aquellos en que algunos operadores tienen buenos antecedentes, se debe considerar la posibilidad de establecer plazos más largos, de 5 años o incluso 7, 10 o 15 años si el operador ha tenido un buen desempeño y es técnicamente competente.

En Kenya se ha estado estudiando la posibilidad de incorporar bancos comerciales para apoyar a los operadores en la construcción de infraestructura de agua en zonas rurales, y se ha reconocido que para que tales proyectos sean

financiables, los contratos deberán tener plazos más largos. De esa manera, el operador podría generar ingresos predecibles y tener estabilidad y, en consecuencia, demostrar a los prestamistas comerciales un flujo de ingresos confiable que, de ser necesario, puedan dar en garantía.

CONSEJO: Los contratos de mayor duración pueden posibilitar la obtención de financiamiento de bancos comerciales.

Modelos de disposiciones contractuales

Ejemplos tomados de un contrato de DBO de Uganda y un contrato de gestión de Kenya

"El presente acuerdo entrará en vigor en la Fecha de Inicio y se mantendrá vigente durante un período de [cinco (5)] años que concluirá en el [] aniversario de la Fecha de Inicio".

"A menos que se termine anticipadamente de conformidad con lo dispuesto en la sección [Y], el presente Contrato puede ser renovado por un período adicional no superior a [5] años, con sujeción al acuerdo de las partes con respecto a los términos y condiciones aplicables a dicho período de renovación".

2.3 Condiciones previas

Panorama general

Se deberán tomar varias medidas antes de la entrada en vigor de un proyecto, como la obtención de financiamiento por parte del operador o por la autoridad, o ambos; la obtención o traspaso de los derechos pertinentes sobre las tierras que ocupará el proyecto, y la obtención de permisos. A menudo, estas son acciones que se requieren antes de la firma del contrato y si no pueden realizarse, el contrato no se puede firmar (en el caso de alguna medida que deba adoptar el adjudicatario, si este no puede cumplir el requisito, la autoridad pasará al siguiente licitante calificado que haya presentado la oferta más baja para determinar si está en condiciones de celebrar el acuerdo de APP).

A veces, las partes convienen en firmar el contrato antes de que se hayan adoptado todas las medidas, y establecen las acciones o condiciones contractuales que debe cumplir una u otra parte antes de que sean efectivas las principales obligaciones del contrato: estas se denominan condiciones previas.

Las condiciones previas típicas son las siguientes:

- Provisión de tierras (usualmente, es responsabilidad de la autoridad).
- Obtención de los permisos correspondientes (principalmente, es responsabilidad del operador, pero puede haber ciertos permisos, como el derecho a extraer agua, que conviene que los obtenga la autoridad).
- Elaboración de un registro o inventario de activos y acuerdo (de ambas partes) sobre este.
- Financiamiento.

Normalmente, en el contrato se establecerá el mecanismo por el cual las partes deben confirmar que se han cumplido, o dispensado, las condiciones, y por el cual la autoridad emite una "notificación para proceder".

Consideraciones fundamentales

- ¿Qué aspectos deben estar resueltos al momento de la firma del contrato, y cuáles pueden quedar pendientes hasta la fecha de las operaciones comerciales o el cierre financiero (si el operador es quien financia la operación)?
- ¿Qué condiciones previas serán mejor gestionadas por el operador?
- ¿Qué obligaciones deben aplicarse a partir de la firma del contrato y cuáles solo son efectivas cuando se han cumplido las condiciones previas?
- ¿Qué sucede si no se cumple a tiempo alguna condición previa? ¿Renunciará la otra parte a dicha condición, o la parte que no cumpla la condición previa deberá pagar daños y perjuicios?
- ¿Existe en la jurisdicción alguna limitación legal con respecto a la redacción de las condiciones previas?

Comprobaciones del equipo

En ninguno de los proyectos examinados se incluían condiciones previas. Ello puede deberse a que los proyectos no contemplaban financiamiento comercial, o a que las condiciones se habían cumplido antes de la firma del contrato. Es más sencillo tener todos los aspectos resueltos antes de la firma, y también puede ser más fácil para las partes entender que la firma y entrada en vigor sean simultáneas, en lugar de que haya un período inicial en que el contrato esté en vigor en ciertos aspectos, pero no plenamente vigente. No siempre es posible lograr que se cumplan todas las condiciones antes de la firma del contrato; por lo tanto, cuando hay problemas, puede ser necesaria una cláusula de condiciones previas.

Ejemplo de una cláusula sobre condiciones previas

"Las Cláusulas [] entrarán en vigor desde el momento de la firma del Acuerdo (la "Fecha de Formalización") y las demás Cláusulas y Anexos correspondientes entrarán en vigor en la Fecha de Entrada en Vigor, que será la fecha en que se confirme que se han cumplido o dispensado todas las condiciones previas.

Las condiciones previas que debe cumplir la Parte X son las siguientes: []

Las condiciones previas que debe cumplir la Parte Y son las siguientes: []

Cada Parte notificará a la otra, de manera oportuna y, en cualquier caso, a más tardar [5] días después de la fecha en que se haya cumplido cada Condición Previa, acerca del cumplimiento de las condiciones de las que es responsable. Si las Condiciones Previas no se cumplen o no se renuncia a ellas por acuerdo mutuo de las Partes dentro de los sesenta (60) días a contar de fecha de firma de presente Acuerdo, cada Parte tendrá derecho a terminar este Contrato con el Operador y ninguna de las Partes será responsable ante las demás Partes por los daños y perjuicios o las pérdidas respecto de dicho Contrato".

2.4 Derechos otorgados al operador

Panorama general

En el contrato se deben especificar claramente los derechos que se otorgan al operador con respecto a lo siguiente:

- El derecho a prestar servicios de abastecimiento de agua a los clientes (ya sea de manera exclusiva, dentro de un área de servicio específica, o con exclusión de determinados clientes).
- Los derechos sobre la tierra y sobre los activos existentes (estos se deben describir e identificar claramente), con un plano en el que se muestren los límites del emplazamiento, en los casos en que sea pertinente.
- El derecho a ingresar a instalaciones y tierras de terceros para instalar tuberías y realizar reparaciones.
- Los derechos sobre el agua cruda (si un tercero debe otorgar un permiso, se debe señalar cómo conseguirlo).

Consideraciones fundamentales

¿Existen ya algunos activos y hay un registro de estos? En caso afirmativo, dicho registro se debe adjuntar al contrato. En caso negativo, habría que pensar en que las partes prepararan tal registro antes de la firma del contrato, o como condición previa. Al operador también se le debe exigir que mantenga y actualice el registro. En los proyectos en que el operador proporcionará financiamiento, los bancos

- desearán saber con exactitud qué activos formaban parte inicialmente de la concesión y cuáles se han agregado con posterioridad.
- ¿Se debe y puede otorgar exclusividad al operador en la zona de servicio? Esto es particularmente importante si el operador invierte capital, puesto que los ingresos previstos pueden disminuir significativamente si se admiten fuentes alternativas. Se permiten diseños con fuentes alternativas, como para un consumo menor que lo previsto. En los sistemas en pequeña escala, en la práctica puede ser difícil evitar fuentes alternativas, sobre todo en las temporadas lluviosas, por lo que puede ser necesario incluir esta limitación en el diseño del proyecto. Igualmente, puede ser inapropiado o poco práctico exigir a los clientes que extraigan agua de una fuente, o clausurar las bombas manuales existentes, o traspasar la operación al operador.
- ¿Qué sucede si la autoridad desea ampliar la zona de servicio?
- ¿Qué derechos pueden otorgarse al operador sobre los activos? ¿Se le otorgarán derechos de propiedad, u otros que no alcancen ese nivel?
- ¿Se pueden otorgar al operador derechos sobre tierras de terceros para instalar y reparar tuberías?
- ¿Tendrá derecho el operador a suspender el suministro a los clientes que no pagan (véase un análisis más detallado en la sección 2.12)?
- ¿Tendrá derecho el operador a tomar medidas contra las conexiones ilegales (o remitirá el asunto a la autoridad)?

Comprobaciones del equipo

En los contratos examinados, el tipo de derechos que se otorgaban a los operadores sobre los activos por lo general no era claro. Muchas veces tampoco quedaba claro si se otorgaban al operador derechos sobre la fuente de agua cruda (o incluso si la autoridad tenía el derecho a otorgar tales derechos). En los contratos de affermage de Burkina Faso y Malí, en el acuerdo de DBO de Madagascar y en los contratos de gestión de Kenya y Uganda, se otorgan al operador derechos exclusivos para prestar el servicio dentro del perímetro especificado expresamente en el acuerdo. En el acuerdo elaborado para Níger, el contrato también autoriza a los terceros que operan los grifos a prohibir toda actividad dentro de un radio de 15 metros desde el punto de suministro de agua comprendido en el contrato.

Varios de los acuerdos examinados, en particular los de affermage de África y el contrato de Uganda, incluían una disposición muy útil que exigía la preparación de un inventario inicial de los activos existentes al inicio del contrato. Este es un requisito importante, pues todas las partes deben estar bien informadas sobre el estado de las instalaciones para evitar conflictos durante el contrato. En Níger, los contratos de affermage comprendían sistemas que no estaban completamente rehabilitados, y la inexistencia de inventarios claros era causa de conflictos entre el operador y las comunas, situación que en algunos casos resultaba en rescisión del contrato.

Ejemplo tomado de un contrato de DBO de Uganda

"El Operador tendrá el derecho y la obligación de prestar los Servicios en el Área de Servicio de manera exclusiva durante el Período del Contrato con el Operador. Si el Otorgante desea ampliar el Área de Servicio, el Otorgante y el Operador deberán reunirse y negociar de buena fe a fin de convenir en la prestación de Servicios por el Operador en el Área de Servicio ampliada, y en el pago de dichos Servicios al Operador.

El Otorgante otorga al Operador, a partir de la Fecha de Inicio y en forma gratuita, acceso a todas las tierras dentro del Área de Servicio a las que se deba dar acceso al Operador para la prestación de los Servicios.

El Otorgante otorga al Operador, a partir de la Fecha de Inicio y en forma gratuita, el derecho a utilizar las Instalaciones. Se otorga al Operador el derecho a usar las Instalaciones existentes en el estado en que estas se encuentran, sin garantías respecto de su estado de conservación. Dentro de los seis (6) meses a contar de la Fecha de Inicio, el Operador revisará las Instalaciones existentes (la "Revisión Inicial") para determinar si estas necesitan ser reparadas, reemplazadas o rehabilitadas, y la posible existencia de Elementos Problemáticos".

2.5 Funciones y obligaciones del operador

Panorama general

El operador solo hará lo que esté obligado o motivado a hacer para recibir su pago. En el contrato se debe señalar cada una de sus funciones y responsabilidades, y las consecuencias de la falta de cumplimiento de dichas funciones y responsabilidades.

Los parámetros de desempeño que normalmente debe cumplir el operador son los siguientes:

- Calidad del agua.
- Continuidad del servicio (el tiempo que el servicio debe estar disponible diariamente).
- Presión de agua.
- Nivel de pérdida de agua.
- Forma de suministro del servicio (conexiones domiciliarias, grifos, etc.) y especificaciones sobre cada una de las formas de suministro del servicio.
- Mantenimiento de los activos.
- Facturación y cobranza.

En algunos casos, se exigirá a los operadores que mejoren la prestación del servicio o aumenten el número de conexiones durante el curso del proyecto. Estos objetivos estarán supeditados a la capacidad del sistema y a las inversiones de capital disponibles para expandir y mejorar el sistema. Véase en el cuadro 5 un programa de objetivos para el mejoramiento del servicio que fue examinado por el equipo.

Los objetivos de rendimiento son normalmente los siguientes:

- Reducción de las pérdidas.
- Aumento del número de conexiones.
- Incremento de la continuidad del servicio.
- Expansión del sistema.
- Mejoras (técnicas y comerciales) de las tasas de recaudación.

Consideraciones fundamentales

Las especificaciones de desempeño en los proyectos en pequeña escala deben ser claras, fácilmente cuantificables y alcanzables, y limitarse a unos pocos parámetros. Los contratos de APP deben centrar la atención en los productos más bien que en los insumos.

- ¿Cuál debe ser el alcance de las obligaciones del operador relativas a reparaciones y mantenimiento? ¿Qué distingue una reparación menor de una reparación mayor? ¿Quién se responsabilizará de las actividades de mantenimiento?
- ¿Qué reparaciones y reemplazos se espera que haga el operador antes del vencimiento del contrato, si corresponde (y dentro de qué plazo antes de la fecha de vencimiento)?
- ¿Será el operador responsable de elaborar planes de actividades y de gestión de los activos?
- ¿Se aplicarán penalidades por un desempeño deficiente, e incentivos o bonificaciones cuando el desempeño sea extraordinario?
- ¿Se deben dar bonificaciones cuando el desempeño sea extraordinario, y aplicar penalidades por un desempeño deficiente?
- Si el operador detecta conexiones que no generan ingresos, ¿tendrá facultades para clausurarlas, o deberá remitir el asunto a la autoridad?
- Tendrá el operador incentivos para realizar actividades de extensión comunitaria y de atención al cliente?

Comprobaciones del equipo

El Banco Mundial examinó más de 20 contratos de PSP para el abastecimiento de agua en zonas rurales de Asia, América Latina y África al sur del Sahara. En todos los contratos examinados se establecía la obligación general de operar y mantener las instalaciones, y se describían claramente las obligaciones del operador relativas al mantenimiento y a reparaciones menores. En algunos contratos, pero no en todos, se establecía claramente lo que constituía mantenimiento y reparaciones. En los modelos de contratos de Benin, los deberes del operador comprenden el mantenimiento de rutina y reparaciones de todos los activos y equipos, e incluyen la obligación de comprar una provisión permanente de repuestos para realizar pequeñas reparaciones de forma inmediata cuando se requiera, y de pagar las reparaciones que realicen terceros (artesanos reparadores) contratados por el operador para esos fines. El operador paga a la comuna un monto anual que se supone debe destinarse al mantenimiento preventivo (trabajos que pueden ser ejecutados por la comuna o por el operador a nombre de la comuna). En Níger, el operador realizar tareas debe mantenimiento periódico y asegurar la disponibilidad de repuestos y combustible, mientras que asociación de usuarios de agua se ocupa del mantenimiento de los pozos y demás fuentes de agua. En el contrato de operación Uganda, mantenimiento de operador es responsable de todas las reparaciones y reemplazos en el sistema, tareas que deben contar con la aprobación de la autoridad, que reembolsa dichos gastos al operador.

En la mayoría de los contratos examinados se establecen claramente las especificaciones de desempeño. En los contratos de affermage y de gestión se definen con precisión las obligaciones desempeño. Por ejemplo, en Benin, los contratos estipulan que los operadores deben administrar el sistema, realizar reparaciones simples y mantenimiento, notificar a la comuna (v a la asociación de usuarios de agua, si corresponde) las interrupciones del servicio por más de 24 horas, y presentar informes técnicos y financieros. En el contrato de gestión de Uganda también se estipula que el operador cumplir con las leves pertinentes en materia sanitaria, ambiental, tributaria y de seguridad, con los requisitos como establecidos en los permisos de descarga de agua o residuos que hava otorgado la autoridad.

En muy pocos de los contratos examinados se incluían objetivos relativos a la mejora del desempeño, la expansión del servicio o el aumento del número de conexiones. Ello puede deberse a la ausencia de obligaciones contractuales de inversión por cualquiera de las partes. En los contratos de Benin,

Malí, Níger v Uganda se incluyen algunos objetivos de rendimiento de carácter limitado. El contrato de gestión de Uganda contiene objetivos claros y simples relativos a disponibilidad, cobertura servicio, presión y calidad suministro de agua, continuidad del mantenimiento servicio. reparaciones, prevención de la contaminación y servicio al cliente.

En muy pocos de los contratos examinados se establecen exigencias específicas al operador aumentar el número de conexiones domiciliarias. En los contratos de affermage, en virtud de los cuales el operador se queda con una parte de los ingresos generados, existe un incentivo natural para aumentar el número de conexiones. En otros contratos, si el aumento de la cobertura del servicio es un producto fundamental del proyecto, se debería establecer expresamente tal obligación.

En ninguno de los contratos examinados se establece un mecanismo para gestionar las conexiones ilegales (ya sea por el operador o por la autoridad).

Resumen

Sobre la base de las lecciones aprendidas, la cláusula de "funciones y obligaciones del operador" debería abarcar los aspectos señalados en la lista de comprobación 4.

CONSEJO: En el caso de sistemas de abastecimiento de agua que incluyan equipo de alto valor, como generadores diésel, en la cláusula sobre las funciones y obligaciones del operador es importante incluir el mantenimiento preventivo, de manera que se garantice el acceso a personal técnico y la disponibilidad de repuestos.

Lista de comprobación 4: Cláusula sobre las funciones y obligaciones del operador		
Obligación general de operar y mantener las instalaciones de conformidad con estándares de operación razonables y con las leyes aplicables.		
Obligaciones de inversión de capital por parte del operador, si las hubiere.		

Lis	Lista de comprobación 4: Cláusula sobre las funciones y obligaciones del operador		
	Especificación del mantenimiento y reparaciones que debe realizar el operador, y de los reemplazos requeridos antes del vencimiento del contrato (con inclusión del mantenimiento preventivo).		
	Obligación de preparar un plan de actividades o un plan de gestión de los activos (según corresponda).		
	Especificación del inventario de repuestos que debe mantenerse y de lo que este debe incluir.		
	Determinación del límite de las obligaciones.		
	Decisión respecto de quién mantendrá y calibrará los medidores (habitualmente, el operador).		
	Identificación de los estándares de desempeño y cómo se medirán.		
	Identificación de los objetivos de rendimiento, la manera en que se medirán y el plazo dentro del cual deberán alcanzarse (se deben especificar las condiciones para alcanzar los objetivos, así como las consecuencias en el caso de no se logren).		

Ejemplo tomado de un contrato de operación en Kenya

Cuadro 5: Programa de objetivos para el mejoramiento del servicio				
Objetivo	Método de medición/ definición	Plazo	Condiciones para la autoridad	Consecuencias si no se cumple el objetivo
Aumento del número de conexiones	Aumento del número de conexiones con respecto a la cifra de referencia establecido en el momento de la firma del contrato	Aumento del [10] % al final del segundo año Aumento del [20] % al final del cuarto año	Realizar las inversiones de capital acordadas para mejorar las tuberías maestras	Deducción anual de [] por objetivo porcentual no cumplido, con cargo a la comisión de operación
Reducción del volumen de agua que no genera ingresos	Volumen de agua que no genera ingresos = volumen que ingresa a las tuberías desde la planta de tratamiento, menos el volumen facturado a los clientes	Reducción del [x] % al final del segundo año Reducción del [x] % al final del cuarto año	Realizar las inversiones de capital acordadas para instalar tuberías	Deducción anual de [] por objetivo porcentual no cumplido, con cargo a la comisión de operación

2.6 Obligación de financiar inversiones de capital

Panorama general

En el caso de nuevos contratos de construcción, el operador habitualmente deberá diseñar y construir el sistema de conformidad con las especificaciones y luego, a través de pruebas de puesta en servicio, demostrar que el sistema funciona según las especificaciones de diseño. El financiamiento de dicha inversión puede recaer en el operador (en el caso de un contrato de BOT) o en la autoridad (en el caso de un contrato de DBO).

Cuando se trata de sistemas ya existentes, particularmente a medida que se vuelven más antiguos, en el contrato se debe especificar su rehabilitación y renovación periódicas para mantener el proyecto, además de cualquier expansión prevista. En la mayoría de los casos, el costo de rehabilitación y renovación le corresponderá a la autoridad (salvo, posiblemente, en una concesión), pero estas actividades deben planearse y formar parte de la gestión de los activos y la planificación de las inversiones. El operador puede ser el más indicado para encargarse de la gestión de los activos y la planificación de las inversiones, sobre todo en contratos a más largo plazo y en los que se incluyen objetivos de rendimiento, así como en los casos en que el operador está más cerca de las operaciones, incluso si no es responsable de financiar actividades importantes de reparación, rehabilitación y expansión.

También se puede exigir que el operador realice inversiones de capital a nombre de la autoridad, en calidad de gerente de proyecto para las obras. En esos casos, al operador se le suele pagar una comisión de gestión del proyecto (además de sus honorarios de operación) por la contratación y gestión de las obras. En algunos casos, el operador puede convenir en financiar las inversiones. Esto puede ser apropiado para contratos de operación y de *affermage*, siempre y cuando los plazos de dichos contratos sean suficientemente largos para permitir que el operador recupere su inversión. En tales casos, en el contrato se deben especificar claramente las inversiones que son de responsabilidad del operador y la manera en que se ajustarán los honorarios de operación para tener en cuenta dichas inversiones.

Como se señala en la sección 2.9, *Ingresos, tarifas y recuperación de costos*, es importante que se presupuesten recursos para cubrir los costos de rehabilitación y reparación, así como los costos de operación, pues de lo contrario, la autoridad deberá encontrar financiamiento para las reparaciones cuando estas sean necesarias.

Consideraciones fundamentales

- ¿Quién contratará las inversiones de capital: la autoridad o el operador a nombre de la autoridad? A menos que el operador tenga economías de escalas o buenos contactos, puede resultar más caro si el operador compra los repuestos y realiza las reparaciones.
- Si el operador se responsabilizará de la gestión de las inversiones de capital, ¿se le pagará una comisión según el porcentaje de los costos generales de construcción, o una comisión fija? ¿Se establecerán tasas fijas para las obras incluidas en el contrato? ¿Habrá una lista de tarifas fijas para las obras incluidas en el contrato?
- ¿Tendrá el operador la responsabilidad de elaborar un plan de actividades y un plan de gestión de los activos? Esto incluso puede ser apropiado para los contratos de affermage y los contratos de gestión. ¿Se requerirá, entonces, la aprobación de la autoridad?
- ¿Cómo se financiará la inversión de capital? ¿La financiará el operador o la autoridad? Es posible que la autoridad no acostumbre presupuestar fondos para reparaciones, de modo que la provisión de recursos debe hacerse a través de un fondo de capital o una partida presupuestaria para asegurarse de que el financiamiento se cubrirá con los ingresos o se obtendrá de otras fuentes, por ejemplo, de donantes.
- En raras ocasiones, los contratos de DBO comprenden redes de distribución y suministro de agua en grandes cantidades. En tales casos, puede ser apropiado incluir obligaciones de que el operador aumente el número de conexiones y expanda la red para satisfacer la mayor demanda y reemplazar la red donde sea necesario durante las operaciones. También será importante identificar claramente a la parte que será responsable de financiar dichas obras.

Se deben especificar claramente las obligaciones de inversión adicionales. Dado que estos sistemas son relativamente sencillos, en un anexo se podría especificar el equipo y las partes que el operador tendría la responsabilidad de reemplazar y renovar, y cuáles no serían de su responsabilidad. También puede ser apropiado que el operador elabore un plan de actividades y prepare y actualice periódicamente un plan de inversión para el sistema. Una forma en que se suele hacer esto es a través de un contrato de DBO, en que el Gobierno continúa financiando la mayor parte del reemplazo, pero delega la planificación de la

inversión y la ejecución en el operador, que debe operar el sistema en el largo plazo conforme a parámetros de desempeño claramente establecidos. En medida creciente, y especialmente para sistemas de abastecimiento más grandes, se están utilizando contratos híbridos basados en el desempeño que incluyen la obligación del operador de planificar las inversiones.

CONSEJO: El sistema debe ser reparado y rehabilitado para poder mantener un servicio sostenible. Puede resultar más eficiente y eficaz pedir al operador que supervise un plan de gestión de los activos, ya que es el responsable de la calidad del servicio.

Comprobaciones del equipo

En todos los contratos de affermage y de gestión examinados se establecen obligaciones de inversión muy limitadas para el operador. En los contratos preparados para sistemas de abastecimiento de agua en países francófonos de Africa, Perú, Kenya y Uganda, por lo general se requiere que el operador administre las instalaciones según ciertos requisitos de desempeño, pero no se exige que el operador realice inversiones para aumentar el número de conexiones ni rehabilitar la infraestructura. En los contratos elaborados para Benin, Malí y Rwanda, el canon de arrendamiento pagado al arrendador destinado cubrir está depreciación del equipo de bombeo y de suministro de energía, por lo que el arrendador es responsable de

financiar el reemplazo de esos equipos. Las exigencias de inversión específicas contenidas en los contratos de gestión consisten únicamente en los gastos en reparaciones menores y mantenimiento de rutina.

En el contrato affermage de Benin, el operador tiene que depositar una comisión en una cuenta bancaria de la comuna o de la asociación de usuarios de agua. Este fondo se utiliza para la renovación del equipo de bombeo, la rehabilitación de obras o la ampliación de las conexiones. En Níger, parte de estos fondos se deben destinar a la realización de las auditorías técnicas y financieras exigidas en el contrato. En el contrato también se exige que la comunidad ayude a la asociación a

movilizar los fondos necesarios para extender el servicio a otros sistemas de abastecimiento de agua pequeños. En Mozambique y Perú, esta comisión es un porcentaje de los ingresos brutos.

Véase el anexo 4, donde se presenta un modelo de redacción de una cláusula por la que el operador gestiona y actualiza un programa de inversión de capital acordado.

Véase también el modelo de acuerdo de BOT que se presenta en el anexo 3, y el pliego de condiciones para los proyectos de DBO del anexo 2 que incluye las obligaciones del operador de renovar y reparar las instalaciones.

2.7 Funciones y obligaciones de la autoridad

Panorama general

El activo papel de la autoridad a lo largo del proyecto será fundamental para su éxito y sostenibilidad. No se debe suponer que por el hecho de celebrar un contrato de PSP la autoridad puede ignorar efectivamente el proyecto. La autoridad suele tener varias funciones y obligaciones clave, como las siguientes:

- Obligación de proporcionar las tierras y activos (véase la sección 2.4) y la servidumbre de paso.
- Obligación de obtener el permiso de aguas, y obtener permisos y consentimientos de terceros.
- Obligación de no poner trabas al operador.
- Obligación de pagar al operador (en los casos en que las tarifas no permitan cubrir la remuneración del operador).
- Obligación de administrar la cuenta para reparaciones, renovaciones y expansión (en el modelo de contrato de affermage).
- Obligaciones de acordar u obtener la aprobación (cuando intervenga un tercero regulador) de las tarifas y las revisiones de estas.
- Obligaciones de reparación, rehabilitación e inversión.
- Responsabilidad de establecer objetivos y supervisar el desempeño del operador.

Consideraciones fundamentales

- Si la autoridad tiene obligaciones de pago, en el contrato se deben establecer claramente la forma en que estos se calculan y procesan (presentación de facturas), los plazos para la revisión y el pago de las facturas, el mecanismo para impugnar facturas, lo que sucede en caso de que se produzca una disputa (el operador continúa cumpliendo y la autoridad debe pagar todas las sumas no impugnadas), el vencimiento de los pagos, y las consecuencias del incumplimiento de pago o de los pagos atrasados (como intereses, penalidades y posible circunstancia que conduzca a la terminación del contrato).
- Separación de los ingresos correspondientes al agua de otros ingresos que perciba la autoridad, mediante el
 traspaso de los ingresos procedentes de los servicios de abastecimiento de agua a una cuenta de fondos en custodia
 mantenida en un banco tercero. En dicha cuenta también se podrían mantener fondos de reserva por un monto
 equivalente al número de meses de comisiones que pueden pagarse en caso de incumplimiento de pago. El
 presupuesto correspondiente al agua también debe separarse del presupuesto para otras actividades que desarrolle
 la autoridad.
- ¿Quién es responsable de las reparaciones (mayores y menores, rehabilitación), el financiamiento y la gestión del proyecto?
- ¿Quién se debe responsabilizar de elaborar y mantener un plan de gestión de los activos (y un plan de actividades)? A menudo el operador será el más indicado para preparar los borradores de esos planes; posteriormente, la autoridad los puede revisar y aprobar.
- Si se mantiene una cuenta para rehabilitación y reparaciones, ¿quién deberá mantenerla y de dónde deberán provenir los fondos para su financiamiento?
- La supervisión del operador es un elemento clave de la implementación de un contrato de PSP. ¿Tiene la autoridad de la capacidad necesaria de supervisión, o sería más indicado contar con un tercero, como una asociación de usuarios de agua o una dependencia de un ministerio del agua o de planificación, para que realice dicha supervisión a nombre de la autoridad?

Comprobaciones del equipo

En la mayoría de los contratos examinados se establecían claramente las obligaciones de la autoridad de proporcionar las tierras y efectuar pagos. En varios de ellos había menos claridad acerca de los permisos de agua y quienes deben obtenerlos, dado el caso. Como se observa en las secciones 2.5 y 2.6, algunos contratos eran más claros que otros con respecto a la asignación de responsabilidades por las reparaciones, mantenimiento preventivo y reemplazo de partes. En la mayoría de los contratos se incluía la responsabilidad de supervisar el desempeño del operador, aunque en algunos casos esta tarea era compartida con un tercero (véase la sección 2.10).

Resumen

Sobre la base de las comprobaciones que pudo hacer el equipo, en la lista de comprobación 5 se presenta un listado referente a la reparación, rehabilitación y expansión de los sistemas.

Lista de comprobación 5: Reparación, rehabilitación y expansión		
	Establecer claramente qué activos y tierras han de ser otorgadas por la autoridad (u otra parte pertinente), en qué momento deben traspasarse, y con qué propósito.	
	Establecer claramente el mecanismo de pago de los honorarios del operador (esto incluye establecer un proceso de facturación y pago, además de indicar lo que sucede en caso de atraso o incumplimiento de pago).	
	Establecer el proceso para planear y llevar a cabo evaluaciones y reparaciones mayores (en el caso de que la autoridad sea responsable de esto).	
	Especificar quién es responsable de elaborar un plan de gestión de los activos, que incluya un programa de reparaciones mayores y reemplazo (y expansión). Se debe establecer el proceso por el cual el operador debe presentar el plan preliminar a la autoridad, así como la frecuencia y los plazos de preparación y presentación del plan, junto con el mecanismo y el plazo para su aprobación.	
	Especificar la manera en que se mantendrá y financiará la cuenta para reparaciones y renovaciones, y si la cuenta debe estar a nombre de la autoridad o del operador.	

Modelos de disposiciones contractuales

Ejemplo tomado de un contrato de DBO en Uganda para la preparación del plan de actividades

"El Operador deberá preparar y presentar a la Autoridad, dentro de un mes a contar desde la Fecha de Inicio, un plan de actividades quinquenal.

El plan de actividades en virtud de lo dispuesto en la subcláusula [] será revisado, actualizado y presentado a la Autoridad con una frecuencia no mayor de un año, y según las instrucciones impartidas por la Autoridad.

El incumplimiento de la obligación del Operador de presentar un plan de actividades de conformidad con lo dispuesto en esta cláusula constituirá un incumplimiento de este Acuerdo, con sujeción a lo dispuesto en la cláusula [], a discreción de la Autoridad, y resultará en la retención de una parte de los Honorarios de servicio, de conformidad con lo dispuesto en la subcláusula [].

El plan de actividades deberá presentarse en un formato aprobado por la Autoridad y deberá incluir los siguientes elementos:

- los objetivos del plan;
- las estrategias y políticas generales que deberá seguir el Operador para cumplir los objetivos señalados en la subcláusula [];
- los servicios que el Operador planea suministrar, y los estándares que se planean mantener para la prestación de esos servicios;
- indicadores y objetivos de desempeño, tanto financieros como operacionales;
- asuntos financieros indicados en la subcláusula []".

Ejemplo tomado de un contrato de operaciones en Kenya

"OBLIGACIONES

1.1. Acceso a las tierras

El Otorgante otorga al Operador, sin costo para este, a partir de la Fecha de Inicio, acceso a todas las tierras incluidas en la Zona de Servicio, a las cuales se requiere tener acceso para la prestación de los Servicios por parte del Operador. Para evitar toda duda, en este contrato, el término "Operador" incluirá a los funcionarios, empleados, representantes del Operador y subcontratistas debidamente autorizados.

1.2. Derecho a utilizar las instalaciones

El Otorgante otorga al Operador el derecho a utilizar las Instalaciones, sin costo para este, a partir de la Fecha de Inicio.

1.3. Pagos del Otorgante

El Otorgante realizará pagos al Operador de conformidad con lo dispuesto en la sección [] del presente Contrato.

1.4. Apoyo prestado por el Otorgante

- 1.4.1.Toda vez que sea posible, el Otorgante prestará asistencia al Operador en su relación con las autoridades reguladoras.
- 1.4.2.El Otorgante hará todos los esfuerzos que estén a su alcance para obtener suficiente financiamiento para el Proyecto, de la manera definida en el Proyecto, para financiar cualquier Programa de Inversión de Capital y mantendrá informado al Operador acerca de los avances en tales solicitudes y negociaciones. Todo incumplimiento o atraso por parte del Otorgante para financiar el Plan de Inversión de Capital que impida al Operador cumplir cualquiera de sus obligaciones contraídas en virtud de este Contrato relevará al Operador de dicha obligación en la medida que dicha obligación no pueda ser cumplida.

1.5. Supervisión por el Otorgante

- 1.5.1.El Otorgante supervisará al Operador en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Contrato.
- 1.5.2.El Otorgante revisará y aprobará todos los informes presentados por el Operador de conformidad con el apéndice [], o formulará comentarios sobre ellos.
- 1.5.3.Se deberá dar al Otorgante acceso razonable durante el horario de trabajo normal a las instalaciones, obras y emplazamientos del Operador para propósitos de inspección y certificación, en la medida que ello no perturbe al Operador en el desempeño de sus obligaciones en virtud del presente Contrato. Para evitar toda duda, en este Contrato, el término "Otorgante" incluirá a los funcionarios, empleados y representantes debidamente autorizados, así como a los Auditores financieros y técnicos.

1.6. Tarifas

1.6.1.El Otorgante deberá realizar consultas sobre los cambios en las Tarifas de conformidad con lo dispuesto en la cláusula [] y presentar luego los cambios de Tarifas a la Autoridad Reguladora, para su Aprobación".

2.8 Penalizaciones y bonificaciones relativas al desempeño

Panorama general

En las especificaciones de desempeño se estipulan los niveles mínimos de servicio que se exigen. Esta cláusula debe contener las consecuencias que se producirán cuando no se alcance el nivel mínimo correspondiente a cada parámetro de desempeño así como los incentivos o bonificaciones que se pagarán al operador por alcanzar niveles de desempeño más elevados.

Consideraciones fundamentales

- Debe seleccionarse un número reducido de parámetros de desempeño claros que se puedan cuantificar y alcanzar, y vincularlos a penalizaciones y bonificaciones.
- El régimen de penalizaciones e incentivos/bonificaciones debe ofrecer un estímulo, tanto negativo como positivo, para que los operadores cumplan sus obligaciones. Los niveles de penalización e incentivación/bonificación deben ser suficientes para promover un buen comportamiento sin llegar a sumas que puedan ocasionar la quiebra del operador después de unos pocos incumplimientos leves o que constituyan una recompensa excesiva.
- Debe haber una correspondencia adecuada entre los niveles mínimos de desempeño y las penalizaciones y los incentivos/bonificaciones, por cuanto un nivel de penalización que podría ser apropiado para un incumplimiento tal vez no lo sea para otro.
- Pueden existir restricciones legales respecto de los niveles de daños y perjuicios. En algunos países que se rigen por el *Common Law*, es posible que las penalizaciones no sean válidas debido a que solo pueden imponerse indemnizaciones por daños y perjuicios prefijadas que reflejen una estimación razonable de la pérdida.
- ¿Se deducirán las penalizaciones de los honorarios del operador? Si el operador se encarga de cobrar las tarifas, se debe crear una cuenta separada para las tarifas a fin de garantizar el pago de cualquier penalización que pudiera imponerse.
- Los incentivos/bonificaciones que se paguen deben ser asequibles para el sistema de abastecimiento y se debe identificar la fuente de fondos para las bonificaciones.
- En el contrato se debe establecer claramente el procedimiento aplicable en el caso de una disputa respecto de las penalizaciones, es decir si la suma se retiene y luego se entrega al operador cuando se haya resuelto la disputa.
- Es necesario especificar cuándo se aplicarán penalizaciones y las circunstancias en que se excusará el incumplimiento del operador (acto de una autoridad, fuerza mayor, etc.) y cualquier período de reparación.
- ¿Debe designarse un conciliador, como por ejemplo un ingeniero independiente, para garantizar la objetividad?

Comprobaciones del equipo

La mayoría de los contratos examinados contenía algún tipo de mecanismo para imponer penalizaciones en caso de incumplimiento de los estándares contractuales de funcionamiento. Los contratos relativos a proyectos de abastecimiento de agua en Uganda, Kenya y Benin son especialmente claros y están vinculados a algunos parámetros cuantificables. Estos contratos se pueden consultar en http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-sector/water-sanitation/small-water-providers.

En el contrato modelo de Benin se establece que en el caso de una interrupción injustificada del servicio por un período de más de 24 horas, la comuna está autorizada a imponer una penalización equivalente al 50 % de los ingresos estimados por concepto de venta de agua durante el período en que el servicio estuvo interrumpido.

Ejemplo de disposiciones en materia de penalización incluidas en un contrato de operación de Kenya

"Con sujeción a la sección [] del presente Contrato de Operador, si el desempeño del Operador es inferior a los estándares de servicio estipulados en el apéndice 4 y si el Otorgante considera que las razones esgrimidas para ese desempeño inferior no son aceptables, los pagos que se realicen al Operador al cierre de cada trimestre se reducirán por la suma de las siguientes penalizaciones, según corresponda:

Las mencionadas penalizaciones están sujetas a revisión por las partes seis meses después de la finalización del estudio de referencia".

Cuadro 6: Disposiciones relativas a las metas de mejoramiento del servicio			
#	Estándar de servicio	Estándar de servicio	Criterios de penalización
1	Calidad del agua tratada	Más del 5 % del agua en el sistema de distribución no se ajusta en algún momento a las directrices sobre tratamiento, y la causa de la mala calidad de agua no se puede atribuir a factores externos que el operador no puede controlar.	[MONTO] por incidente, cuando este se refiere a una inspección al azar realizada en cualquier momento por el otorgante.
2	Continuidad del suministro	Menos de 12 horas al día de suministro de agua durante dos días consecutivos, sujeto a la disponibilidad de electricidad, agua sin tratar y correcto funcionamiento del sistema.	[MONTO] por incidente, cuando este se refiere a cualquier período de dos días consecutivos en los que el funcionamiento del sistema fue inferior al estándar establecido.
3	Lectura de medidores y facturación	La facturación de más del 10 % de las cuentas activas no se ajustó a lecturas reales de los medidores dentro de los siete días siguientes a la finalización del período de facturación.	[MONTO] por mes para cada mes que el servicio no cumple los criterios de servicio.
4	Pérdida física de agua	La relación entre el volumen de agua facturado y el volumen de agua producido supera en más del 10 % la relación establecida en el estudio de referencia y el otorgante ha implementado las recomendaciones relativas al mantenimiento del sistema propuestas por el operador.	[MONTO] por mes para cada mes que el servicio no cumple los criterios de servicio.

2.9 Ingresos, tarifas y recuperación de costos

Panorama general

Un elemento fundamental para lograr que un sistema de abastecimiento en régimen de PSP sea sostenible es garantizar que existan fondos suficientes disponibles para la operación y el mantenimiento del sistema y para su rehabilitación y ampliación (es decir que los costos se recuperen totalmente). En caso contrario, el sistema de abastecimiento de agua se deteriorará con el tiempo y/o no podrá cumplir los requisitos. Los fondos pueden provenir de tarifas y de otras fuentes, como financiamiento de donantes, subsidios o financiamiento en condiciones comerciales. Las tarifas desempeñarán un papel fundamental para establecer este equilibrio dado que probablemente serán la principal fuente de financiamiento en el largo plazo. La metodología para fijar las tarifas puede establecerse por ley, en cuyo caso es necesario poner este aspecto de relieve. Durante la etapa de elaboración de cualquier proyecto es importante determinar sus costos y gastos durante la vigencia del contrato, las erogaciones y los ingresos (tanto reales como previstos). La utilización de un modelo financiero permite calcular el nivel de las tarifas y subsidios u otras fuentes de financiamiento que será necesario para recuperar totalmente los costos. Para obtener más información sobre esta cuestión, véase la serie de procedimientos operativos estándares de WSP.

La tasa de recaudación también es un factor importante y, en consecuencia, se debe realizar un análisis de la disposición a pagar. En los sistemas establecidos, las conexiones ilegales plantean un desafío a los sistemas más grandes que también puede afectar a los más pequeños. Es conveniente llevar a cabo un análisis para determinar si debe exigirse al operador que maximice la facturación/reduzca las conexiones ilegales y si pueden otorgarse al operador algunas facultades para poner fin a las conexiones ilegales.

Consideraciones fundamentales

- Para recuperar los costos es importante conocer los costos del sistema. Es probable que los principales costos
 operativos incluyan energía para accionar las bombas, productos químicos, mano de obra, repuestos, pequeñas
 reparaciones, una tasa de rentabilidad razonable para el operador. Cuando se pagan honorarios al operador, estos
 costos (sujetos a aumento) se incluyen generalmente en los honorarios.
- La autoridad debe conocer el grado de sostenibilidad de las fuentes de fondos, en particular si los costos de rehabilitación y ampliación no se cubren con las tarifas. A menudo, este aspecto no se tiene en cuenta en los proyectos, tanto pequeños como grandes. Esto también es fundamental cuando el operador financia la inversión dado que el costo de la inversión y su rentabilidad se cubrirán con cargo a los ingresos o a través de un subsidio.
- Metodología para fijar las tarifas. El contrato debe ser simple y objetivo y debe incluir una tarifa inicial así como la
 fórmula para revisar las tarifas (con indexación utilizando el índice de precios al por menor o el índice de precios al
 consumidor, o una fórmula basada en una pocas variables). Si la fórmula para fijar las tarifas se establece por ley,
 este aspecto se debe poner de relieve.
- Si no es posible recuperar los costos de un sistema de abastecimiento, debe analizarse la posibilidad de reducir los
 costos a través de una agrupación de proyectos, la simplificación del diseño y subsidios para algunas categorías
 de usuarios.
- ¿Cuáles son las consecuencias cuando las tarifas no se aumentan en consonancia con el contrato/la oferta? ¿Se pagará un monto compensatorio? Es importante que los ingresos del operador aumenten en consonancia con los supuestos básicos y, por lo tanto, el contrato debe contener un mecanismo de compensación (en las jurisdicciones que se rigen por el Derecho Civil es probable que la cuestión esté implícita dentro del contrato en el marco del principio de equilibrio económico).
- ¿Qué cargos deben pagarse (tanto por el permiso de aguas como a la autoridad) además de los honorarios del operador?
- ¿Quién debe tener la responsabilidad de fijar las tarifas y conducir el proceso? Si bien la autoridad o el organismo regulador podría estar obligado por ley a aprobar una tarifa, la posibilidad de que surja una disputa se reduciría si la fórmula es sencilla y objetiva.
- Es conveniente analizar la posibilidad de reducir el costo del sistema de abastecimiento, a través de una simplificación del diseño y/o una agrupación de proyectos, en particular si existe un riesgo de que el nivel de las tarifas conlleve una falta de uso por parte de los usuarios.
- ¿Contienen la legislación u otros documentos orientaciones o limitaciones respecto de tarifas sociales o sobre el monto del aumento de las tarifas en un determinado período?

Las tarifas dependen de los niveles de servicio. En términos generales, las tarifas para conexiones domiciliarias son menores que las correspondientes a grifos, salvo cuando la tarifa incluye un componente que cubre el costo total de la instalación de una conexión domiciliaria individual.

Las tarifas incluyen los siguientes costos:

- Suministro de agua (energía, operación y mantenimiento, tratamiento).
- Costo de las inversiones de capital, incluido el costo del capital.
- El servicio de la deuda y la rentabilidad de los inversionistas.

En varios sistemas, los costos de la energía son un factor clave en el análisis de recuperación de los costos, dado que la mayoría de los sistemas de abastecimiento de agua están equipados con motores o generadores diésel, y estos costos de energía constituyen una gran proporción de los gastos operativos.

Comprobaciones del equipo

Los contratos de affermage elaborados para Benin, Malí, Níger v Rwanda, y el acuerdo para Perú, se diseñaron teniendo en cuenta la recuperación de los costos. En los acuerdos elaborados para Níger y Filipinas, en los contratos se establecían tarifas por bloques: una tarifa aplicable al consumo entre 0 y 10 metros cúbicos y otra aplicable al consumo superior a 10 metros cúbicos. La mayoría de los contratos contenía una metodología clara para determinar la tarifa pero solo algunos, generalmente los de mayor duración, incluían como requisito que se realizara una revisión periódicamente. Por último, en los contratos de affermage y en el acuerdo de Perú, el operador asume el riesgo de los ingresos de usuario final y, en el caso de los contratos de affermage, una comisión paga de arrendamiento a la comuna que se destina a un fondo de rehabilitación y renovación. En Kenya y Uganda, por otra parte, el operador percibe honorarios y, por lo tanto, el riesgo de los ingresos recae en la parte pública, si bien en Kenya el operador debe detectar un número mínimo de conexiones ilegales (e

informarlo a la autoridad) y reducir el volumen de agua no facturada. La experiencia adquirida a través de varios de estos proyectos ha indicado que es posible que los operadores asuman el riesgo de los ingresos en estas circunstancias y que existe la disposición a pagar por parte de los residentes atendidos por proyectos. A1 diseñar estos contratos en el futuro. sería conveniente trasladar el riesgo al sector privado, en particular cuando existe un patrón establecido de consumo de agua y recaudación de ingresos.

Ejemplo adaptado del contrato para un proyecto de diseño-construcción-operación (DBO) en Uganda

Ejemplo 15: FIJACIÓN DE TARIFAS

- 1.1. La Autoridad tendrá derecho a establecer las tarifas, comisiones, tasas y cargos que el Operador aplicará y cobrará en virtud de la cláusula []. En la Fecha de Inicio, la tarifa de agua se fija en el nivel especificado en el apéndice [] del presente contrato.
- 1.2. La Autoridad se compromete a revisar, y si fuese necesario, ajustar la tarifa de agua en forma [semestral] en consonancia con las disposiciones del apéndice []. El incumplimiento del requisito de ajustar la tarifa de conformidad con lo dispuesto en esta cláusula constituye una violación de este Contrato sujeta a rescisión en virtud del presente a menos que el Operador reciba una compensación a través de otros medios por un monto equivalente a la disminución de los ingresos ocasionada por el hecho de no haberse ajustado la tarifa de agua.
- 1.3. En el ejercicio de sus derechos en virtud de esta cláusula, la Autoridad tendrá debidamente en cuenta las propuestas presentadas por el Operador en sus planes de actividades y deberá solicitar al Operador las explicaciones y la información que sean necesarias.
- 1.4. La Autoridad publicará una lista de las tarifas, comisiones, tasas y cargos aprobados y las instrucciones conexas y suministrará dicha lista al Operador.

2.10 Supervisión de contratos, revisión de tarifas y regulación de los operadores

Panorama general

Una de las cuestiones clave que surgen repetidamente durante la elaboración de proyectos de abastecimiento de agua en pequeña escala es la manera de regular y supervisar el cumplimiento de estos contratos debido a que los proyectos suelen estar situados en lugares muy distantes y, por lo tanto, los organismos que regulan y supervisan los servicios públicos urbanos no pueden supervisarlos de manera satisfactoria.

Esta disposición debe abarcar:

- los procedimientos para fijar y ajustar las tarifas;
- los conflictos;
- la supervisión del cumplimiento;
- las auditorías financieras;
- · la planificación de las actividades y las inversiones;
- el examen del registro de activos (al inicio y a la terminación).

Consideraciones fundamentales

- ¿Es la parte responsable del seguimiento cotidiano es la misma que fija o aprueba las tarifas? La fijación de las tarifas puede basarse en un acuerdo entre las partes o involucrar a un tercero, como un organismo regulador o un órgano público encargado del sector de agua. La selección de la entidad que fijará o aprobará las tarifas puede establecerse por ley. En algunas circunstancias, los proveedores de servicios en pequeña escala quedan excluidos o no concitan la atención del mecanismo formal de regulación y, por lo tanto, es necesario analizar, en el caso de cada contrato, qué entidad es la más adecuada para cumplir las distintas obligaciones.
- Se debe especificar el procedimiento para ajustar las tarifas (de manera congruente con la legislación), así como el procedimiento y la oportunidad para proponer un cambio de tarifas (en forma periódica y/o a pedido de una parte). En caso de establecerse que debe proponerse a pedido de una parte, debe decidirse si deberá registrarse un monto mínimo de aumento/disminución de los costos antes de que se active el ajuste. ¿Quién propondrá y justificará un pedido (generalmente el operador)? ¿Quién aprobará la tarifa (únicamente la autoridad o un tercero, como el organismo regulador del sector de agua)? ¿Debe llevarse a cabo una consulta pública?
- Asimismo, se deberá indicar el procedimiento para solucionar desacuerdos respecto de la fijación de tarifas. Este
 procedimiento puede establecerse por ley. Sería conveniente remitir esta cuestión a un órgano central, como el
 organismo regulador o el ministerio de aguas.
- El operador proporcionará datos sobre los resultados financieros y operativos. En el contrato se debe especificar quién los examinará y verificará. Esa labor puede estar en manos de la autoridad (en particular el control cotidiano) pero si esta carece de capacidad se podría designar a un tercero en carácter de auditor o consultor (el costo de esta designación deberá incorporarse en el proyecto). Asimismo, en el contrato se debe especificar el procedimiento que se aplicará si surge un desacuerdo respecto de los datos; una vez más, se podría designar un auditor o aplicar el procedimiento de solución de disputas.
- Asimismo, se deberá especificar cuál de las partes es responsable de la planificación de las actividades y las inversiones. Esta cuestión depende parcialmente de las responsabilidades del operador: si el operador debe cumplir objetivos de rendimiento que dependen de inversiones, entonces debe permitírsele proponer las inversiones necesarias y el plan de actividades. Por otra parte, si el operador solo mantiene el rendimiento existente de un sistema de abastecimiento y se trata de un contrato a corto plazo, es posible que la planificación de las inversiones no revista la misma importancia. No obstante, es de buena práctica elaborar un plan de gestión de actividades y activos para determinar cómo garantizar que el sistema de abastecimiento sea sostenible (desde una perspectiva estructural y financiera). Los planes de actividades e inversiones se deben actualizar periódicamente.
- Además, se deberá identificar a la parte responsable de la supervisión del desempeño. Es posible que el Gobierno local no desee actuar como árbitro entre el operador y las comunidades que reciben el servicio y, por otra parte, el operador podría dudar de que el Gobierno local actuará con imparcialidad y objetividad en caso de surgir una disputa. Las comunidades, las asociaciones de usuarios de agua o los ministerios, o una combinación de todos ellos, podrían encargarse de la supervisión. En la práctica, cuando la autoridad lleva a cabo la supervisión suele

- concentrarse únicamente en los pagos de las comisiones de arrendamiento o los impuestos adeudados por los operadores y descuida la supervisión de otros indicadores de desempeño o el examen de los informes, lo que permite que los operadores desatiendan el cumplimiento del contrato.
- En la sección 2.4 se recomienda incluir el requisito de elaborar y actualizar un registro de activos. Este registro deberá contar con la aprobación de las partes al inicio del contrato y se deberá verificar periódicamente y antes de la terminación del contrato para garantizar que los activos se han mantenido y que se ha llevado a cabo cualquier reemplazo o rehabilitación que se haya concertado. Asimismo, el registro de activos debe actualizarse a fin de reflejar cualquier ampliación del sistema de abastecimiento.
- Se han adoptado diversos enfoques respecto de la entidad responsable de fijar las tarifas y llevar a cabo la supervisión. Sería conveniente realizar un análisis para determinar si el procedimiento aplicado en otros países para fijar las tarifas ha incluido consultas públicas. En caso afirmativo, se debe establecer, como parte de las condiciones propicias, un marco claro en materia de metodología de las tarifas. Al diseñar estos mecanismos se debe analizar quién está en mejor situación para fijar las tarifas de manera objetiva y para garantizar que el número de disputas sea insignificante.

Comprobaciones del equipo

En algunos de los contratos examinados incluye se una metodología para fijar las tarifas y el derecho a una revisión periódica de las tarifas con el objeto de velar por la recuperación de los costos. En el marco del contrato de Benin, por ejemplo, el operador puede solicitar aumentos de la tarifa, y la comuna puede solicitar reducciones de la tarifa, pero esos pedidos deben basarse en elementos objetivos. En Malí, el presentar debe operador justificación adecuada, específicamente registros de operación, inventario y el plan de inversiones de capital, como parte de este pedido. En los futuros contratos para proyectos de abastecimiento de agua en otras regiones se deben tener en cuenta estos tipos de disposiciones, incluso si la recuperación de los costos entraña recuperar solo los costos de operación y no los relativos a la construcción de las instalaciones, e inclusive si esos costos se pagan con cargo a donaciones y no a los ingresos obtenidos a través de la operación del proyecto. Algunos de los acuerdos

examinados, por ejemplo los de Kenya, Mozambique y Uganda, contienen disposiciones que confieren al otorgante derechos de inspección. El contrato de gestión de Uganda, en particular, contiene una disposición útil que permite a la autoridad inspeccionar la tierra y los activos, así como llevar a cabo pruebas, realizar mediciones o extraer muestras, e inspeccionar los registros según sea necesario para confirmar que el operador está cumpliendo el contrato.

En Níger, por ejemplo, la asociación de usuarios de agua se encarga de representar usuarios; a estos persuadirlos de pagar el precio negociado para el agua y respetar a los terceros que gestionan los grifos; velar por el debido cuidado de la infraestructura y evitar el robo de agua, y comunicar prontamente al operador cualquier defecto funcionamiento del servicio. En teoría, por lo menos, las asociaciones de usuarios de agua tienen un incentivo para asegurarse de que el sistema funcione correctamente y sea viable

desde el punto de vista económico, si bien en la práctica este no ha sido siempre el caso, en particular cuando existe un conflicto de intereses debido a que las operaciones han pasado de la asociación de usuarios de agua a la parte privada.

En Malí y Níger se contratan auditores independientes para verificar las cuentas (véanse, *infra*, las disposiciones extractadas del contrato de Níger).

En los contratos de Níger y Uganda se incluye la obligación del operador de elaborar un plan de actividades (véase el ejemplo de Uganda, *infra*). Véase también el anexo 4 que contiene el modelo de redacción para la gestión y actualización de un plan de inversiones de capital.

Véanse, además las secciones 2.7 y 2.9 sobre las obligaciones y los derechos de la autoridad, para consultar el modelo de redacción de las disposiciones sobre fijación de tarifas y supervisión.

CONSEJO: La facultad de supervisar el cumplimiento del operador, establecida en el contrato, debe ser congruente con la capacidad de la institución.

2.11 Cuentas e informes

Panorama general

Los requisitos en materia de presentación de informes son importantes para garantizar que se difunda información suficiente sobre los resultados financieros y operativos entre las partes y con otras partes interesadas pertinentes a fin de permitirles realizar un seguimiento de esos resultados.

Consideraciones fundamentales

En un proyecto en pequeña escala, los requisitos de presentación de informes no deben ser excesivamente engorrosos. Es necesario logar un equilibrio para proporcionar información suficiente que permita a la autoridad obtener un panorama exacto del proyecto y, al mismo tiempo, no imponer una carga excesiva al operador. Debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- La información que debe incluirse en los informes.
- La frecuencia de los informes.
- Si se exigirá algún tipo de verificación o auditoría de los informes.
- La capacidad limitada del operador y de la autoridad para elaborar y examinar informes.

Comprobaciones del equipo

Todos los contratos examinados contienen disposiciones relativas a las cuentas y la presentación de informes, pero existen diferencias respecto de la frecuencia de dichos informes y la entidad receptora. Estos requisitos son relativamente simples y se pueden implementar con facilidad. En Benin, debe presentar el operador información técnica y financiera en forma mensual, así como informes anuales, a la comuna. En Níger, el operador debe presentar informes técnicos y financieros a la asociación de usuarios de agua, con copia a la y al Ministerio comunidad Madagascar, Hidráulica. En operador debe presentar informes técnicos y financieros a la comuna y al Ministerio de Aguas cada seis meses. Los contratos elaborados para Benin, Malí y Madagascar contienen disposiciones útiles en las que se describe el tipo de información que debe incluirse en los informes técnicos y financieros.

En la práctica, la entidad receptora generalmente no lee los informes. El contrato de Níger contiene una disposición que puede ser útil para abordar esta cuestión pues obliga a la asociación de usuarios de agua a examinar el informe contable y aportar comentarios al operador en un plazo determinado. Los desacuerdos deben

ser resueltos por un contador independiente contratado con cargo a los recursos del fondo de renovación asignados para ese fin.

Asimismo, el equipo observó que en los proyectos a menor escala, los operadores han tenido dificultad para llevar a cabo tareas de contabilidad básica, como el seguimiento de los ingresos y los gastos, la realización de transacciones de cuentas bancarias, la gestión del efectivo y la elaboración de informes. Con frecuencia, no llevan registros de los recursos del fondo de renovación.

Texto extractado del contrato de affermage de Benin (sobre la presentación de informes)

"El Operador debe enviar a la comuna, mensualmente, informes técnicos y financieros, en formato de cuadro, a fin de permitir que la comuna lleve a cabo sus responsabilidades de supervisión.

El informe técnico debería incluir:

- El volumen de extracción, producción, distribución y venta de agua.
- Los usuarios que reciben el servicio.
- El producto del sistema de abastecimiento, el caudal promedio de bomba, la cantidad promedio de consumibles utilizados (combustible, petróleo), el número de horas en que el sistema estuvo en funcionamiento durante el período y desde que el servicio de abastecimiento comenzó a funcionar.
- El mantenimiento de rutina que se llevó a cabo, con registros de las visitas y las reparaciones.
- Grandes reparaciones efectuadas o previstas.
- Obras de renovación que se ejecutaron y que se ejecutarán mediante financiamiento con cargo a la cuenta de renovación y ampliación.

En el informe financiero se debería especificar lo siguiente:

- Los gastos, y su comparación con los correspondientes al mes anterior.
- Los ingresos por operaciones correspondientes a las conexiones domiciliarias y los grifos, y su comparación con los registrados el mes anterior.
- Las sumas pagadas respecto de comisiones de arrendamiento, junto con los recibos correspondientes.

El operador debe crear una hoja de cálculo para cada mes, en la que se especificarán los datos técnicos y financieros en forma detallada, conforme al modelo suministrado por la comuna. Esta hoja de cálculo se debe enviar a la Unidad Técnica de la comuna dentro de los cinco día del mes siguiente".

2.12 Obligación de los operadores frente a los usuarios

Panorama general

En el contrato se deben establecer claramente las obligaciones del operador frente a los usuarios. Las principales cuestiones se enuncian a continuación y el anexo 2 contiene un pliego de condiciones y un modelo de acuerdo de concesión para un proyecto de construcción-operación-traspaso (BOT). Esta disposición debe abarcar:

- Los procedimientos de facturación y el contrato entre el operador y los usuarios.
- Las nuevas conexiones: cómo se solicitan, acuerdan y financian.
- La obligación de cumplir ciertos estándares de agua (por ejemplo, presión, continuidad, calidad del agua y proximidad del grifo a la comunidad).
- Si existe el derecho a cortar el servicio a los usuarios morosos.
- Un mecanismo de reclamación para usuarios.

Consideraciones fundamentales

- Debe especificarse la base de la relación entre el operador y los usuarios, en particular los principales términos y condiciones del acuerdo, los procedimientos de facturación, si el operador puede cortar el servicio por mora y el momento en que puede hacerlo, y el procedimiento para presentar reclamaciones. Sería conveniente adjuntar un modelo de contrato con el usuario.
- Debe quedar claro si el operador realiza la facturación por su propia cuenta o como agente de la autoridad (esta cuestión puede establecerse por ley).
- En los procedimientos de facturación debe tenerse en cuenta el tipo de servicio, grifos o conexión domiciliaria, si entraña un pago anticipado, cómo funcionarán y se mantendrán los medidores.
- Clara indicación de la manera y el plazo en el que deben realizarse las reparaciones.
- Política clara en materia de conexiones nuevas, con indicación de quién es responsable del costo de la conexión, si el operador está obligado a aceptar todos los pedidos de conexiones nuevas, el plazo para responder a los pedidos.
- En el caso de las conexiones domiciliarias, el operador debe poder recuperar las tarifas y disponer de un recurso contra usuarios morosos. El corte del servicio es un mecanismo útil pero debe utilizarse con cuidado dado que puede generar abusos. Además, puede existir alguna prohibición o restricción legal respecto de la potestad de cortar el servicio.
- Los usuarios deben poder acceder con facilidad al procedimiento para presentar reclamaciones, por ejemplo
 mediante un registro en el lugar de reunión de la comunidad local. Deben establecerse plazos claros para la
 respuesta del operador y para la presentación de informes sobre las reclamaciones.
- Debe analizarse la conveniencia de incluir las relaciones con los usuarios (medidas en función del tiempo de respuesta para tramitar reclamaciones, etc.) como un requisitos de funcionamiento e indicar si este debe conllevar una penalización o un incentivo.

Comprobaciones del equipo

En varios de los contratos se otorga al operador el derecho a cortar el servicio. En el marco de los acuerdos de Benin y Madagascar, el operador tiene derecho a cortar el suministro de agua a los usuarios por falta de pago, de conformidad con los términos estipulados en los contratos de servicio. En otros contratos se exige al operador que restablezca el suministro una vez que se hayan efectuado los pagos en mora. En algunos acuerdos

se establecen ciertas condiciones para ejercer esta facultad, o se exige la aprobación del otorgante, lo cual podría ser útil para abordar este riesgo. Cuando existe una fuente alternativa, como un grifo, es posible que sea adecuado cortar las conexiones individuales.

En el contrato de Benin se permite que cualquier persona solicite una conexión domiciliaria, sujeto a la aprobación del operador y la comuna, y siempre que la nueva conexión no afecte los puntos de distribución existentes. El costo de la conexión corre por cuenta del futuro usuario y el operador financia el costo del medidor. En Níger, el usuario que solicita una conexión debe financiar la colocación de tuberías primarias, y la asociación de usuarios de agua paga los gastos relativos a la colocación de

tuberías secundarias, con cargo al fondo de renovación y rehabilitación.

El acuerdo elaborado en Níger proporciona un ejemplo útil que podría adaptarse al redactar la nueva generación de contratos. Específicamente, el operador debe contar con una oficina de atención al público en el centro de la aldea, que permanece abierta durante un horario

razonable, no menos de ocho horas al día. Asimismo, el operador debe recibir las reclamaciones de los usuarios (tanto orales como escritas) respecto de la calidad del servicio suministrado, y responder a ellas en el curso de una semana, siempre que existan motivos justificados para efectuar la reclamación. Además, debe concertarse un procedimiento para

controlar los medidores en caso de que se cuestionen las lecturas.

La mayoría de los acuerdos examinados carece de un mecanismo de reclamaciones de usuarios. En los contratos de *affermage*, esas reclamaciones generalmente se abordan de manera informal en la comuna, dado que es una de las partes del contrato.

2.13 Solución de disputas

Panorama general

Durante el curso del proyecto es probable que surjan disputas entre las partes del contrato. Si bien el riesgo de que estas ocurran se puede reducir mediante la inclusión de disposiciones claras en el contrato y a través del estudio de debida diligencia previo a este, así como mediante una adecuada gestión cotidiana durante su vigencia, de todos modos ese riesgo existe. Un mecanismo de solución de disputas permite solucionar las disputas antes de que sean objeto de litigio así como darles traslado a un foro independiente más adecuado para resolver disputas contractuales que un tribunal. Las consideraciones fundamentales se enuncian a continuación.

Los tribunales son los mecanismos tradicionales de solución de disputas. Según el país, estos pueden ser más o menos eficaces, independientes y eficientes, en particular en contextos rurales o en pequeña escala. Generalmente, los mecanismos alternativos de solución de disputas incluyen lo siguiente:

- Acuerdo negociado entre las partes.
- Conciliación o mediación (implica que un tercero ayuda a las partes a llegar a una solución y, por lo general, no es vinculante).
- **Determinación por experto** (se usa con frecuencia en el caso de los proyectos de construcción, el experto suele ser un ingeniero independiente u otro especialista técnico que puede tomar decisiones respecto de cuestiones técnicas).
- **Pronunciamiento** (se establece un grupo de expertos durante la vigencia del contrato, o para varios contratos, al que se remiten las controversias. Dado que estos expertos están familiarizados con el contrato, las decisiones se toman con relativa celeridad. Según el contrato, esas decisiones pueden ser vinculantes o no vinculantes para las partes. Por lo general, se utiliza en los contratos de construcción y también, cada vez más, en acuerdos de alianza público-privada).
- **Arbitraje** (generalmente, se designa un grupo de árbitros o un árbitro individual, seleccionados en virtud del contrato, al que ambas partes presentan pruebas, y que luego emite una decisión vinculante).

Consideraciones fundamentales

- ¿Existe un mecanismo legal para solucionar las disputas entre las partes? En los países que se rigen por el Derecho Civil, los tribunales administrativos generalmente tienen competencia respecto de los acuerdos celebrados por la administración pública. En un ámbito regulado, la función legal de solucionar las disputas entre las partes puede recaer en la entidad reguladora o el ministerio de aguas.
- ¿Qué mecanismos serían útiles para gestionar las disputas que surgen cotidianamente? ¿Deben las partes crear un comité de operaciones que se reúna en forma regular para analizar las operaciones? ¿Tiene el sector público la capacidad necesaria para ello? ¿Existe una asociación de usuarios de agua que sea adecuada para que se desempeñe como mediador o árbitro? ¿Hay una dependencia de un ministerio central que tenga la capacidad necesaria para tomar decisiones respecto de disputas?
- ¿Es probable que en el contexto imperante los tribunales emitan fallos justos y eficientes? En caso negativo, se debe considerar el arbitraje. ¿Se establece en la ley que los tribunales deben reconocer los laudos arbitrales o estos pueden revocar los laudos en oportunidad de la ejecución?
- ¿Se debe designar un ingeniero independiente para supervisar el proyecto y tomar decisiones cuando surjan disputas técnicas? En el caso de los contratos de grandes obras civiles, al inicio del contrato generalmente se designa una junta de examen o pronunciamiento sobre disputas, que actúa en ese carácter durante la vigencia del contrato, está familiarizada con el proyecto y está a disposición para brindar asesoramiento u opiniones con celeridad. Este mecanismo resultaría muy costoso en el caso de proyectos más pequeños pero podría adaptarse a ese contexto mediante la contratación de expertos locales o exámenes documentales realizados por expertos (de manera que no se requiera la presencia física) o establecerse para un conjunto de proyectos.
- Si se opta por un procedimiento de arbitraje, debe indicarse dónde se llevará a cabo y qué reglas procesales se
 aplicarán. Existen varias reglas procesales elaboradas por centros de solución de disputas situados en diversas
 partes del mundo, entre ellas el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho
 Mercantil Internacional (CNUDMI). La ley puede establecer un procedimiento de arbitraje de disputas y exigir que
 se cumpla.

Comprobaciones del equipo

La mayoría de los contratos examinados incluía una forma alternativa de mediación o arbitraje. En la gran mayoría de los contratos, sin embargo, no se establecía un procedimiento para la solución de disputas y, en esos casos, los tribunales son competentes para entender en la cuestión. Esto tal vez no resulte práctico en los proyectos más pequeños debido a que la vía judicial puede ser lenta y prolongarse en el tiempo, por lo cual se recomienda que el mecanismo alternativo de solución de disputas sea vinculante para las partes.

En el cuadro 7 se incluyen los contratos que contienen mecanismos alternativos de solución de disputas.

Cuadro 7: Contratos con un mecanismo alternativo de solución de disputas		
País	Mediador de la disputa	
Níger	Ministerio de Hidráulica	
Burkina Faso	Departamento de Aguas y autoridad de supervisión (mediación), después tribunales administrativos	
Benin	Ministerio de Aguas	
Kenya	Experto seleccionado por las partes	
Rwanda	Mediación o arbitraje a través del Programa Nacional de Abastecimiento de Agua y de Saneamiento en Zonas Rurales (PNEAR), después tribunales	
Uganda	Árbitro designado mediante acuerdo entre las partes	
Madagascar	Ministerio de Aguas	
Perú	No se especifica	
Bangladesh	Ingeniero experto del ministerio	
Viet Nam	De conformidad con la ley de arbitraje	

Modelos de disposiciones contractuales

Texto extractado del contrato de affermage de Benin

"Arbitraje de disputas: El Ministerio de Aguas se compromete a intentar solucionar de manera amigable todas las disputas que surjan entre el Operador, la Asociación y la Autoridad Local en el marco del presente contrato, y las tres partes mencionadas prestan conformidad a su arbitraje. Solo se podrá iniciar un procedimiento judicial una vez que se hayan agotado todas las posibilidades de llegar a un arreglo".

Modelo de disposición sobre solución de disputas extractado del contrato de operación de Kenya

"Solución amistosa: En caso de surgir una disputa en relación con el presente Contrato, cualquiera de las Partes podrá cursar a la otra una notificación al respecto, tras lo cual las Partes se reunirán prontamente e intentarán de buena fe llegar a una solución amistosa. Si las Partes no logran solucionar la disputa dentro de los treinta (30) días de la fecha en que se cursó la notificación de disputa, en ese caso cualquiera de las Partes podrá remitir la disputa al Experto mediante una notificación cursada a él por escrito, con copia a la otra Parte, para su determinación en virtud del procedimiento establecido en la subcláusula []".

"Determinación por experto: El Experto decidirá sobre una disputa que se le remita en virtud de esta subcláusula. Será independiente de las Partes y actuará de manera imparcial. La designación del Experto se llevará a cabo en los términos que acuerden las Partes.

Al dirimir la cuestión, el Experto:

- tendrá en cuenta los Servicios que se deben prestar en virtud del presente y los términos y condiciones de este Contrato, y
- se cerciorará de que la situación de las Partes se retrotraiga a la situación que hubiera existido si no hubiese ocurrido el evento que dio lugar a la disputa en virtud de esta subcláusula y todas las Partes hubieran cumplido las disposiciones del Contrato.

La Parte que emitió inicialmente la notificación de la intención de remitir la controversia al Experto deberá presentar al Experto y a la otra Parte, dentro de los diez (10) días de esa notificación, los siguientes documentos escritos:

- una descripción de la disputa,
- una declaración respecto de la posición de esa Parte, y
- copias de la prueba documental pertinente que respalda su posición.

Dentro de los diez (10) días de la recepción de esos documentos, la otra Parte presentará:

- una descripción de la disputa,
- una declaración respecto de la posición de esa Parte, y
- copias de la prueba documental pertinente que respalda su posición.

El Experto podrá solicitar las otras pruebas documentales y/o entrevistar a las personas que considere necesarias para tomar una decisión. El Experto notificará su decisión a las Partes dentro de los veinte (20) días siguientes a la recepción de los documentos estipulados en las subcláusulas [], según corresponda.

A menos que este Contrato haya sido objeto de terminación o desistimiento, las Partes en todos los casos seguirán ejerciendo sus derechos y cumpliendo sus obligaciones según lo dispuesto en el presente Contrato y con la debida diligencia mientras el Experto esté examinando la disputa.

La decisión del Experto será vinculante a menos que una Parte, dentro de los diez (10) días de la fecha de esa decisión, emita una notificación de su intención de someter el asunto a arbitraje de conformidad con la subcláusula [].

Las Partes sufragarán, por partes iguales, los costos de la contratación del Experto, y cada Parte sufragará los costos en que ella incurra para preparar los materiales y presentarlos al Experto".

"Arbitraje: Toda disputa entre las Partes que surja o resulte del Contrato y que no sea resuelta amigablemente o por el Experto en virtud de las subcláusulas [] y [] será resuelta en forma definitiva de conformidad con el [Reglamento de Arbitraje de la República de Kenya] por uno o más árbitros designados según dicho Reglamento.

El arbitraje tendrá lugar en [].

El arbitraje se llevará a cabo en idioma [inglés]".

2.14 Responsabilidad, seguro y resarcimiento

Panorama general

En esta disposición se presenta el alcance de la responsabilidad jurídica del operador y la medida en que cualquiera de las partes debe resarcir (es decir, indemnizar o reembolsar) a las otras por los daños y perjuicios ocasionados.

Consideraciones fundamentales

- En el contrato se debe expresar claramente si con las penalizaciones se pretende cubrir los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento en su totalidad o si la autoridad sigue teniendo el derecho a reclamar una indemnización establecida por ley. También se debe especificar cualquier límite a la responsabilidad del operador (o tope a las penalizaciones) en determinado período (como un año). Esta es una cuestión diferente de la obligación del operador de pagar a los clientes por el incumplimiento en la prestación del servicio necesario.
- Qué sucede en lo que respecta a los daños ocasionados a bienes de terceros y también en el caso de la responsabilidad
 ambiental y la contaminación. Comúnmente, el operador y la autoridad serán responsables por ley por la
 contaminación ambiental y será importante especificar cómo se distribuyen las responsabilidades, y si es posible el
 resarcimiento por una parte a la otra.
- El seguro puede mitigar el riesgo de los costos derivados del daño ambiental y de otros daños. Para sistemas pequeños o muy remotos este seguro tal vez no esté disponible o no sea eficaz en función de los costos, de modo que debe considerarse si hay otras medidas de mitigación. La agregación puede ser de ayuda en estos casos también.
- La medida de la responsabilidad del operador dependerá en parte de la medida de sus funciones y responsabilidades; si no es responsable de la renovación y reparación de los activos, por ejemplo, tal vez no sea posible responsabilizarlo por las consecuencias de los daños o las fallas del sistema de abastecimiento. En los contratos grandes de explotación es común ver la limitación de responsabilidad del operador al monto de su remuneración anual.
- Comúnmente se debe pagar indemnización por las pérdidas o los daños ocasionados a bienes de terceros o por la responsabilidad en que se ha incurrido por la negligencia o el incumplimiento malicioso de la otra parte. Tal vez haya limitaciones legales en cuanto a los casos que dan lugar a indemnización por las partes, por ejemplo, las leyes pueden impedir la atribución de infracciones a la ley que den lugar a penas de prisión.
- La responsabilidad ambiental es cada vez más pertinente a medida que las leyes ambientales se hacen más estrictas y se destinan cada vez más recursos al enjuiciamiento. Es común que no haya enjuiciamiento por el daño ambiental cuando sea una parte del sector público la que ocasiona la contaminación; en cambio cuando la que lo cause sea una parte del sector privado, es más probable el enjuiciamiento.

Comprobaciones del equipo

En muy pocos contratos se incluyó alguna forma de disposición de limitación de responsabilidad o alguna cláusula de resarcimiento. También hubo pocos casos de disposiciones sobre seguros.

Se recomienda que para grandes proyectos, particularmente en los que haya agrupación de sistemas y en los que se pongan a cargo del operador obligaciones adicionales de reparación, rehabilitación y ampliación, se incluyan disposiciones claras sobre estas cuestiones.

Adaptados del Acuerdo de Explotación de Kenya (limitación de responsabilidad)

- "1.1.1 El Operador acuerda y se compromete a prestar y administrar los servicios en la zona del servicio de modo de cumplir con las normas de servicio, según lo estipulado en el Apéndice [].
- 1.1.2 Si por motivos atribuibles al Operador, este incumple normas específicas de servicio, el Operador estará sujeto a reducciones punitivas, según se estipula en la Sección [] y el Apéndice [].
- 1.1.3 El Operador no será responsable por el incumplimiento de las normas de servicio y no estará sujeto a reducciones reducciones punitivas cuando dicho incumplimiento obedezca a las siguientes causas:
- i) caso de incumplimiento del Otorgante, según lo dispuesto en la Sección [];
- ii) actuación del Estado sustancialmente adversa, según lo dispuesto en la Sección [];
- iii) fuerza mayor, de conformidad con lo dispuesto en la Sección [];
- iv) la existencia de un Elemento Problemático que no pueda repararse razonablemente con obras menores; y
- v) un sistema del que se haga cargo el Operador que no reúna, según lo hubieran determinado los auditores técnicos, los niveles de servicio necesarios para alcanzar los objetivos del Otorgante.
- 1.1.4 Para que no haya dudas, cuando las causas mencionadas en los apartados i), ii), iii), iv) y v) anteriores no afecten a la totalidad de los sistemas, la limitación de responsabilidad dispuesta en esta Sección [] sólo se aplicará en el caso de los sistemas afectados.
- 1.1.5 El desempeño de los Operadores no estará vinculado al Programa de Inversiones de Capital ejecutado por el Otorgante.
- 1.1.6 La responsabilidad del Operador en virtud de este Acuerdo no excederá el 20 % de los honorarios del Operador en un año contractual".

2.15 Vencimiento y terminación anticipada

Panorama general

Si el proyecto avanza según lo planeado, el contrato terminará al vencimiento de su plazo a menos que se lo renueve. En el contrato se debe especificar qué sucederá al vencimiento, particularmente en lo que respecta al traspaso de los activos y los requisitos en materia de reparación o reemplazo por cumplirse antes del traspaso, y al traspaso de los manuales de operaciones actualizados y del registro de activos. En el contrato también se debe incluir un régimen de inspección para que la autoridad verifique el estado de los activos. También se tiene que indicar allí si se traspasará algún miembro del personal al vencimiento y asimismo si ha de haber capacitación del personal de la autoridad o proceso de traspaso al nuevo operador. Es importante asignar tiempo suficiente para que no haya contratiempos en el traspaso.

En el contrato también se deben anticipar situaciones en las que la marcha del proyecto no sea la planeada y en que el proyecto se vea perjudicado de manera tal que sea adecuada su terminación anticipada, o en que haya habido un cambio sustancial de circunstancias.

Se deberán disponer distintas razones para proceder a la terminación anticipada, a saber:

- Terminación por causales.
- Terminación voluntaria.
- Fuerza mayor.

En la cláusula pertinente también se debe establecer un período de reparación dentro del cual las partes puedan tratar de encarrilar el proyecto y las consecuencias de la terminación anticipada.

Consideraciones fundamentales

- Fundamento de la terminación por causales, en el caso del operador y de la autoridad. Debe tratarse de incumplimientos sustanciales y/o reiterados. Los casos de incumplimiento de la autoridad pueden relacionarse con la falta de pago de los honorarios al operador o la falta de realización de una inversión de capital planeada. Los incumplimientos del operador comprenderán el incumplimiento persistente o sustancial de los requisitos de desempeño, así como la quiebra o la cesión no autorizada del contrato.
- ¿Procede la terminación en un caso de fuerza mayor (un hecho ajeno al control de cualquiera de las partes) que impida el funcionamiento del proyecto o de una parte significativa de él durante un período sostenido? Si se cuenta con seguro que cubra los daños materiales ocasionados por un caso de fuerza mayor, el proyecto podrá reiniciarse.
- ¿Debe tener la autoridad la oportunidad de terminar el contrato por su propia voluntad (terminación por razones de conveniencia)? Tal vez sea adecuado que la autoridad tenga esta flexibilidad, pero será un motivo de preocupación para los oferentes y los financistas puesto que la terminación estará fuera del control del operador y el operador esperará recibir una buena indemnización (con inclusión del lucro cesante).
- De existir períodos de reparación (es decir un período determinado desde el envío de una notificación de incumplimiento dentro del cual el operador pueda reparar el incumplimiento), ellos pueden ser adecuados en el caso de algunos incumplimientos, pero es poco probable que sean útiles en el caso de incumplimientos como la insolvencia
- Cuál es el procedimiento de notificación de la terminación? Esto debe estipularse claramente.
- ¿Cuáles son las consecuencias de la terminación, en lo que se refiere a la indemnización por terminación? Esto comúnmente variará si la terminación se deba al operador o a otra razón. Si la terminación se debe al operador, el monto de la indemnización debe ser menor. Si la terminación se debe al incumplimiento o a la propia voluntad de la autoridad, comúnmente el operador también recupera una parte del lucro cesante. El nivel de la indemnización también variará según la pérdida que haya sufrido el operador en algunas inversiones. Cuando haya financiamiento comercial, la indemnización por terminación del contrato será una cuestión clave para los prestamistas (estos querrán asegurarse de que sus préstamos sean reembolsados) y comúnmente es objeto de intensas negociaciones y acordada antes de la firma del contrato.
- ¿Qué disposiciones del contrato deben subsistir después de la terminación del contrato? Comúnmente las cláusulas de pago, las obligaciones del operador de subsanar los defectos y la solución de diferencias.

Comprobaciones del equipo

En todos los contratos examinados se otorga a cada parte el derecho a terminar el contrato cuando la otra parte no cumpla con sus obligaciones. En algunos casos, los tipos de incumplimiento que darán lugar al ejercicio de dicho derecho se especifican muy claramente.

Conforme al modelo de contrato preparado para Benín, la comuna tiene el derecho de terminar el contrato si el incumple operador con obligaciones en virtud del contrato, concretamente si se produce la suspensión del abastecimiento de agua por más de 10 días por causas atribuibles al operador, la falta o insuficiencia de mantenimiento, la quiebra, la reorganización liquidación del operador; y su incumplimiento de pago de las comisiones exigidas. En Níger, además, el incumplimiento del operador de presentar cuentas anuales es un caso de incumplimiento que autoriza a las asociaciones de usuarios de agua a terminar el contrato.

En algunos contratos se dispone un procedimiento que debe seguir la parte que quiera terminar el contrato. Por ejemplo, en virtud del contrato de administración de Kenya, se exige que la parte afectada presente una notificación de intención de terminar, especifique el caso incumplimiento que da lugar a dicha notificación, y las partes deben realizar consultas mutuas durante un período de 30 días a fin de analizar opciones para evitar la terminación. vencimiento de ese período, la parte presentar puede afectada notificación de terminación y dejar de cumplir con sus obligaciones.

En el acuerdo de Níger se prevé la terminación automática del acuerdo por causas de fuerza mayor, es decir: guerra y otras hostilidades, desastres naturales, ataques y sabotajes, rebelión, insurrecciones, golpes de estado, huelgas, boicots y la falta de disponibilidad de agua. En el acuerdo de Mozambique, por otra parte, las circunstancias de fuerza mayor solo suspenden las obligaciones de las partes por el período de duración de dichas circunstancias. Si bien la terminación automática tal vez no sea apropiada, probablemente aconsejable disponer un mecanismo para permitir a la parte afectada terminar el contrato en caso de fuerza prolongada

www.worldbank.org/ppp.