

LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN, APP Y PPP. CONSIDERACIONES GENERALES



Por Dr. Julio César Crivelli

SUMARIO

I. Introducción. Cuestiones sistemáticas	01
II. Los riesgos del marco global	03
III. Los riesgos específicos de cada contrato	04
IV. Reglas básicas sobre imputabilidad del riesgo	14
V. Disposiciones legales relacionadas con los riesgos en general	22
VI. Ley 27.328	23

I. INTRODUCCIÓN - CUESTIONES SISTEMÁTICAS

El presente artículo tiene por objeto el análisis de los riesgos de los Contratos de Concesiones de APP y de PPP. Dado el carácter asistemático de nuestra legislación se requiere una aclaración previa:

Los Contratos de Colaboración Público-Privada, en los cuales el sector privado invierte para realizar una prestación pública, en general una obra y cobra su contraprestación del usuario o del Estado de modo diferido tienen tres regímenes legales que se superponen:

a) Concesiones: La Ley 17.520 modificada por la Ley 23.696, establece un régimen tradicional de concesión de obras públicas, con pago del usuario, con una buena protección de la ecuación económica financiera, para ambas partes. Cuadra señalar que es el dispositivo legal que se utilizó para toda la ejecución de infraestructura de los '90. Su eficiencia ha quedado anulada con la sanción del decreto 1023/01, que le es aplicable, norma ésta con disposiciones fiscalistas incompatibles con los contratos de concesión.

b) APP: Decreto 1299/01. Establece un régimen de inversión privada pero con pago diferido del Estado, asegurado por un Fondo Fiduciario Público.

c) PPP: Corresponden a la ley 27.328. Esta ley reciente, regula los contratos de Participación Público Privada, que a diferencia de los anteriores permiten tanto el pago del usuario, como los pagos diferidos por el Estado. En consecuencia, está claro que el régimen de esta ley se superpone con los literales a) y b). Creemos que más allá de que los tres regímenes estén vigentes, típico de nuestro desorden legislativo, se va a utilizar el régimen de la ley 27.328, porque es más moderno e incorpora la experiencia internacional del último diseño. Además, no le es aplicable el decreto 1023/01.

Como el tema “Riesgos” es trascendente para los tres contratos, nos referiremos a los tres.

En los comentarios de *lege ferenda* los razonamientos referidos a concesiones son válidos para las PPP con pago al usuario y los razonamientos referidos a las APP son válidos para las PPP con pagos diferidos al Estado.

Finalmente, los comentarios de *lege lata* son específicos para cada uno de los contratos.

Por la trascendencia que tiene en los contratos de Colaboración Público Privada (Concesión, APP y PPP), corresponde analizar los riesgos, que son una característica distintiva de estos contratos.

Los riesgos y la asignación que se haga de ellos, son uno de los aspectos centrales a la hora de definir la viabilidad de una Concesión, APP o PPP, sus costos para el usuario y los rendimientos que produzca, en términos de servicios públicos para la sociedad.¹

Existen dos marcos de riesgo: el riesgo global o institucional o macroeconómico y el riesgo específico del contrato de Concesión, APP o PPP de que se trate.

1. Al respecto se ha acotado con sencillez que: “Como es natural, el problema del derecho no es determinar qué clase de riesgos pueden afectar la vida del contrato, sino más bien, establecer principios reguladores que permitan atribuir equitativamente los efectos que produce la presencia de una o más de las aleas en un contrato concreto.” (Granillo Ocampo, Raúl Enrique, “Distribución de los riesgos en la Contratación Administrativa”, p. 7, Ed. Astrea, 1990).

Ambos marcos deberán ser considerados al diseñar una Concesión, APP o PPP, pero es evidente que la percepción que el mercado tiene de un país, de sus instituciones y de su macroeconomía, es un dato inalterable para los diseñadores de la Concesión, APP o PPP.

Por ello, como veremos, la única manera de atenuar el efecto del riesgo global, que es rígido e independiente de la voluntad de quienes legislan o diseñan el contrato, es disminuir razonablemente los riesgos propios del contrato, compensando así los altos costos financieros propios de los países no desarrollados.

Es muy importante, destacar el papel que juega en esta cuestión la estructura legislativa, en relación con la claridad y equilibrio de los derechos del sector privado. No debemos olvidar que estamos en un mercado competitivo de capital escaso. Todos los países en desarrollo necesitan obras de infraestructura y el capital necesario, se dirigirá adonde se encuentre más confortable.

Las ventajas competitivas, que otorga la legislación argentina a otros países en similar grado de desarrollo son enormes y se deben a una tradición prepotente en el derecho administrativo y a una legislación arbitraria y confusa.

II. LOS RIESGOS DEL MARCO GLOBAL

Llamamos aquí riesgos del marco global a la percepción que el mercado internacional de capitales tiene de un país determinado y que se expresa en términos de costo financiero o “riesgo – país”. Aquí influyen muchísimos factores, algunos de los cuáles son la profundidad del mercado de capitales local, el acceso a los mercados externos, la estabilidad monetaria, el equilibrio fiscal, la seguridad jurídica, la disposición real del estado para estar en juicio, la independencia judicial, la claridad de las normas inherentes, el comportamiento frente a los derechos de propiedad en general, la libertad de los mercados, etc. pero también cuestiones meta – económicas, como la estabilidad institucional, la profundidad de la democracia, las alianzas internacionales de carácter estratégico.

En definitiva, la actitud que se asuma en relación con la distribución de riesgos, entre el sector público concedente y el sector privado, deberá tomar acabada

cuenta de estos factores, porque son precisamente éstas cuestiones, las que definen la propensión del sector privado, a asumir riesgos en cada caso concreto y su costo.

Es importante destacar que, la percepción de los mercados de capitales de los riesgos inherentes al marco global, que hemos descripto muy brevemente, es totalmente subjetiva y propia del mercado de capitales, rígida e incontrolable para el concedente o Ente Contratante.

Son una “situación dada”, que sólo cabe aceptar como un dato de la realidad. Esta percepción de los mercados de capitales, se traduce en costo financiero, que es crucial para definir la factibilidad y el costo de una Concesión, APP o PPP.

Si el riesgo del marco global es alto, la compensación de estos “riesgos dados”, debe realizarse con una estructura de la ley que respete los “property rights” y la distribución de los riesgos inherentes al contrato en el diseño del mismo que son de algún modo disponibles.

III. LOS RIESGOS ESPECÍFICOS DE CADA CONTRATO

En cambio, los riesgos específicos de cada contrato, por ejemplo los riesgos de construcción, los de financiamiento, los de uso de la infraestructura o tránsito, los inherentes al valor de la contraprestación, son todos riesgos sobre los cuáles el Concedente o Ente Contratante tiene control y puede actuar en la concepción del proyecto.

En efecto, puede distribuirlos de diferente manera, en una hipótesis teórica extrema podría asignarlos todos al contratista privado y en otra hipótesis teórica, extrema y contraria, el sector público podría absorberlos todos. Por supuesto existen infinidad de situaciones intermedias que son, en definitiva, las situaciones reales no teóricas.

Hechas estas aclaraciones, está claro que con un buen clima institucional, jurídico y económico, la propensión del mercado a aceptar el riesgo será mayor y los costos del mismo, (esencialmente financieros), correlativamente menores. Esto

indudablemente, permitirá asignar más riesgos específicos al sector privado del contrato.

Inversamente, en situaciones de bajo desarrollo institucional, en las cuáles los derechos de propiedad se respetan poco, como sucede en nuestro país, los riesgos del marco global, van a ser necesariamente altos y limitan mucho la asignación de riesgos al sector privado, puesto que el costo de la suma de los riesgos globales y los riesgos específicos, puede hacer que la Concesión, APP o PPP sea muy costosa o directamente inviable.

Hay que ser muy cuidadoso a la hora de distribuir riesgos y no dejarse llevar por inútiles teorizaciones, que pueden tener costos muy altos o directamente impedir la factibilidad de las Concesiones, APP y PPP.

a) Mayor Riesgo – Mayor Costo

Lo más importante, a la hora de distribuir los riesgos, en el diseño del contrato de Concesión, APP o PPP, es tener presente un principio elemental en todas las actividades económicas y financieras: **mayor riesgo equivale a mayor costo.**

En la industria, el costo de cualquier producto, aumenta en proporción directa, al riesgo involucrado en su producción. En el comercio, lo que manda en el costo, es el riesgo de intercambio involucrado en la actividad comercial.

Y en las finanzas, el riesgo de cobranza y de estabilidad monetaria, sin que interesen los motivos, determina siempre el costo del dinero o de los activos.

Como dijimos, a mayor riesgo, mayor costo.

¿Qué riesgo? Cualquier riesgo,² técnico, jurídico, económico, natural, social, ecológico, cualquiera, el mercado sabe medirlos a todos y los expresa en términos de costos financieros.

2. Para una clasificación exhaustiva de las diversas modalidades de riesgos dables de ocurrir en relación a los contratos administrativos, v. Mata, Ismael "El riesgo en los contratos administrativos" en *Infraestructura y Construcción: Problemas de actualidad*", RAP N° 320, p. 135 y ss.

Las Concesiones, APP y PPP no son ajenas a estos principios básicos. Lejos de ello, los contratos de Concesión, APP y PPP están afectados por altísimos riesgos, mucho mayores que los de la mayoría de los contratos y actividades económicas.

En efecto, por su duración y por su cuantiosa inversión, estos contratos están destinados a atravesar circunstancias cambiantes, tanto desde lo macroeconómico o institucional, como desde lo puramente inherente al contrato. Riesgos de cambio y de costo financiero, riesgo de inflación, de legislación, riesgos de diseño, de construcción, riesgos naturales, riesgo de demanda o de pago de la contraprestación, riesgos ambientales y tecnológicos, es imposible enumerar los riesgos a que están sometidos estos contratos.

Cabe analizar la cuestión de la eficiencia. Esta es la clave de la distribución de riesgos. En efecto, sería posible transferir todos los riesgos al privado y dejar que las tarifas o peajes, o la contraprestación que fuere, o sea totalmente libre, como en el siglo XIX. El estado no correría ningún riesgo, todos serían del privado; pero la contraprestación a pagar por la sociedad sería la más alta posible. Y habríamuchas infraestructuras no factibles, sencillamente porque la contraprestación sería demasiado alta.

A partir del paradigma elemental de que, a mayor riesgo, mayor costo, el concedente debe esforzarse, en los documentos de licitación, por lograr una distribución eficiente de los riesgos, de modo que su impacto en el costo sea el mínimo posible, puesto que esto redundará en menores costos de construcción, de financiación, de operación y de mantenimiento. Esos menores costos, por la competencia propia de la licitación, se transfieren a la contraprestación, tanto si la pagan los usuarios como si la paga el estado.³

Hemos recordado estos principios elementales, porque en muchos casos, en la legislación y en el diseño del contrato, se procede con pasmosa frivolidad,⁴

3. En ese sentido, se ha dicho: "Por estas causas (en referencia a los motivos determinantes de la decadencia de los sistemas tradicionales para construir y/o financiar las infraestructuras públicas), en la medida en que los esquemas futuros reduzcan el papel del Estado a sus justos límites y se distribuyan de un modo equitativo los riesgos entre los contratistas y los que financian los proyectos, se podrán alcanzar los mejores resultados para el bien común." (Cassagne, Juan Carlos, "El Contrato Administrativo", op. cit., p. 269).

4. Sobre este tema v. Aguilar Valdez, Oscar, "Contratación administrativa y financiamiento. La relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación

transfiriendo riesgos sin ton ni son, en forma exagerada, que aumentan los costos y por tanto el valor de la contraprestación.⁵

Hay que tener presente, que nada es gratis en un contrato oneroso como la concesión o la PPP y mucho menos el riesgo.

b) Riesgo y Competencia. Performance Bond y Completion Guarantee. Participación de Empresas Nacionales

Los financistas de una Concesión, APP o PPP exigirán en todos los casos un performance bond y un completion guarantee.

Esas garantías son seguros que cubren los riesgos a los cuales está sometido el contrato en cuestión.

La dificultad de obtención y el costo de estas garantías – igual que cualquier seguro – depende directamente de los riesgos transferidos y de la fortaleza de la garantía de mantenimiento de la garantía del equilibrio económico financiero originalmente pactado o sea la TIR del contrato. En consecuencia si la ecuación conmutativa del contrato original no exhibe una sólida garantía, el performance bond lo podrán obtener pocas empresas, que tienen nutridos antecedentes y patrimonio como para afrontar el seguro en cuestión.

Cuanto mayores sean los riesgos transferidos al privado, menos competidores habrá en la licitación.

Además el valor de la contraprestación crecerá porque habrá menos competidores aptos pero también por la incidencia del mayor costo de estas garantías en la contraprestación.

de infraestructuras públicas” en Cassagne, Juan Carlos – Rivero Ysern, Enrique, *La contratación pública*, p. 561 y ss., t.1, Hammurabi, 2007.

5. Abal, Patricio, dice que la atribución de riesgos, en principio debe ser hecha a aquella parte que esté en mejor posición de controlarlos, que no se debe forzar al sector privado a asumir más riesgo de lo conveniente, dado que esto se traslada a los costos del proyecto y en definitiva a su viabilidad. Abal, Patricio, “Asociaciones Público Privadas: Tratamiento de sus aspectos esenciales en la legislación comparada de Latinoamérica”, Cita Online: AR/DOC/5117/2010.

c) La participación de empresas nacionales

En países de poco desarrollo como el nuestro, puede interesar que los contratos de Concesión, APP y de PPP sean ejecutados por empresas nacionales.

Hay varias razones que expondremos sumariamente, atento a que no constituye su análisis el propósito de este trabajo.

Los contratos de colaboración público privada en materia de infraestructura tienen numerosas externalidades profesionales y financieras que implican un desafío y un entrenamiento profundo.

En efecto implican el desarrollo de capacidades en el campo de la ingeniería, la arquitectura, el comercio, las finanzas empresarias y el acceso al mercado de capitales y seguros, etc.

En el marco financiero son decisivas en la ampliación del mercado de capitales local, con instrumentos que con el tiempo y la estabilidad macroeconómica permiten financiar con instrumentos locales y mercado local, eludiendo el grave problema del riesgo de cambio que se genera con el arbitraje que requiere la financiación en moneda extranjera. Es lo que ha sucedido en Chile y Perú.

Estas externalidades constituyen una oportunidad de crecimiento futuro.

También producen, como cualquier actividad económica, utilidades que es preferible que se reinviertan en el país, lo cual es más probable con actores económicos locales que con actores extranjeros. Naturalmente supeditado a que la economía muestre señales amigables de libertad de comercio, *condictio sine qua non* para la inversión en general.

La participación de empresas nacionales es siempre un capítulo complicado en estos contratos, por su dimensión, por el importante financiamiento que requieren y por los altos riesgos de toda índole que soportan durante su desarrollo.

Las cláusulas de obligatoriedad de participación de empresas nacionales en cierta proporción del contrato, resultan imposibles cuando no responden a la realidad económica.

Si las empresas nacionales no tienen los antecedentes y el patrimonio necesario, la cláusula de participación será un obstáculo y eventualmente generará trampas para evadirla.

Es igual a cualquier úcase dirigista que ignora la realidad en general y la del mercado en particular.

Para que estas cláusulas de participación local tengan sentido y aplicabilidad la legislación debe esmerarse en la garantía de estabilidad de la TIR original.

Tal como hemos visto, los financistas de estos contratos de alto riesgo siempre exigirán un “performance bond”, y un completion guarantee”.

Cuanto más riesgos deban cubrir esos seguros, mayores serán las exigencias de los aseguradores que lo emiten respecto del contratista privado y la consecuencia será que los actores locales no podrán obtenerlo.

En nuestro país, lamentablemente subdesarrollado, hay poquísimas empresas capaces de cumplir estas solicitudes, cuando la transferencia de riesgos es muy alta.

El único modo real y serio de asegurar la participación de empresas nacionales, es generar a través de la normativa legal, la más alta certeza de que la ecuación económico financiera del contrato original será garantizada al privado y que en consecuencia, los daños que causen los altísimos riesgos del contrato serán reparados mediante una justa renegociación, reduciendo en lo posible los riesgos que debe cubrir el performance bond, de modo que sea asequible al mayor número de actores locales posible.

d) Riesgo e Incertidumbre

Otra cuestión, es la distinción entre riesgo e incertidumbre. Muchas veces se distingue entre riesgo e incertidumbre, predicando de los primeros, que son aquellos que tienen alguna medición estadística, lo cual no sucedería en la incertidumbre. Creemos que esta distinción es semántica. Para nosotros hay riesgos asegurables y riesgos que no son asegurables, porque no hay estadísticas o por cualquier otra razón.

Es un asunto circunstancial y cambiante, para cada país, según la profundidad de su mercado asegurador. También varía en el tiempo, porque un mismo mercado asegurador, es diferente en distintos momentos y por tanto capaz de asumir riesgos distintos, según corran los tiempos.

e) Riesgo nominal y riesgo efectivo

Otro tema a considerar, es que normalmente conocemos nominalmente los riesgos que pueden acontecer, aunque la realidad pueda sorprendernos siempre.

Pero nunca conoceremos al momento de contratar el riesgo efectivo, o sea:

1. Cuáles de esos riesgos posibles acaecerán efectivamente.
2. Cuándo acaecerán.
3. La magnitud que tendrán los riesgos que efectivamente acaezcan.
4. Finalmente, desconocemos el impacto efectivo de esos riesgos, en la ecuación económico financiera de la Concesión, APP o de la PPP.

Estas consideraciones son muy importantes, cuando los concedentes piensan en la transferencia de riesgos al Concesionario, Encargado del Proyecto, Contratista o a terceros.

Veremos, más adelante en esta sección, que no es conveniente transferir riesgos cualitativa o cuantitativamente inciertos.

F) Adjudicación de los riesgos de acuerdo a la capacidad de gestión

Se sostiene que los riesgos, deben adjudicarse a quien mejor pueda gestionarlos. Es una especie de aforismo, que se repite con insistencia.

Se considera que el Concesionario o Encargado del Proyecto o en su caso el Concedente o Ente Contratante, tiene control sobre un riesgo, cuando su esfuerzo es determinante para el resultado del riesgo en cuestión.

Sin embargo, una cuestión es gestionar un riesgo y otra es asumir su costo. Y lo que está verdaderamente en cuestión, es esto último.

Por ello en este trabajo, pondremos especial énfasis en quien debe soportar los costos del riesgo acaecido. En particular, debe analizarse pormenorizadamente cada riesgo, para esbozar ideas generales que deberán verificarse en cada caso.

Insistimos en que no hay asunción de riesgo gratis. Siempre su costo está en algún lugar del precio. Lo que puede suceder, cuando se insiste en una inadecuada o exagerada transferencia de riesgos, es que se termine con una contratación confusa, que directamente fracase o requiera profundas renegociaciones o que crezca mucho la contraprestación en función del costo financiero del riesgo. Como se ha dicho al principio, el contrato de Concesión, APP o PPP, tiene variadísimas formas de aparecer en la realidad y esto se verifica con mayor intensidad, respecto de la asunción de los riesgos y su eventual transferencia al Concesionario, Encargado del Proyecto o Contratista.

Es una tentación frecuente de la demagogia local, la de transferir todos los riesgos posibles al Concesionario, Encargado del Proyecto o Contratista.

El razonamiento interno que respalda este pensamiento, es que “quien tiene el negocio tiene el riesgo”.

Pensamos que esta es una creencia errónea, por varios motivos.

Los riesgos sin límite, transferidos contractualmente, determinan costos poco transparentes, al estar evaluados con estimaciones puramente especulativas de valor, que se incluyen en los precios, destinadas a financiar el riesgo por si acaece.

Esto implica un mayor valor de las tarifas, peajes, cánones o contraprestaciones de cualquier naturaleza que reciba el Concesionario, Encargado del Proyecto, o Contratista que necesariamente impacta en el costo del usuario de la infraestructura o en los pagos diferidos que debe amortizar el Ente Contratante. Y una correlativa ganancia no esperada para el concesionario, para el caso que el evento de riesgo no se produzca.

Además reduce sensiblemente la competencia pues son pocas las empresas con patrimonio y trayectoria como para conseguir los seguros que se necesitan.

Creemos que las Concesiones, APP y PPP, deben en lo posible alejarse de la aleatoriedad, que deben ser contratos con costos transparentes y que en caso de acaecer un riesgo no imputable, deben reestructurarse los elementos del contrato, para que subsista la ecuación económico financiera del origen.

El juego del plazo, de las inversiones y de la contraprestación, puede reparar casi cualquier daño que haya recibido la ecuación económico financiera original de la Concesión, APP o de la PPP, que es finalmente lo que le interesa al Concedente o Ente Contratante, como representante de la sociedad y al Concesionario, Encargado del Proyecto, o Contratista como empresa comercial.

Por ello es recomendable, que la contextura de esa ecuación esté expresada con total claridad y transparencia, para que sea simple su restablecimiento en caso de alteración.

La transferencia de riesgos al concesionario, tiene problemas adicionales en los países como Argentina, con bajo desarrollo institucional y económico, que se reflejan en dificultades para el financiamiento.⁶

6. Sobre el punto se dijo que: "En la financiación privada de proyectos públicos, la correcta asignación de los riesgos es una clave para la viabilidad del proyecto(...). El análisis de costo/ beneficio es aquí crucial: puede

Creemos que, a la hora de diseñar la estructura de riesgos de un negocio de Concesión, APP o PPP, para ofrecerlo en licitación, se debe pensar con extremo realismo y despojado de inútiles teorizaciones cual es la estructura posible, en el marco macroeconómico e institucional real, y subrayamos la palabra real. En general pensamos, que los contratos de Concesión, APP o PPP son mejores, en términos de rendimiento a la sociedad, cuanto más cercanos están al paradigma conmutativo.

El contrato de Concesión, APP o PPP, es un instrumento que permite el desarrollo extremadamente eficiente de infraestructura. Ése es su propósito y no el de transferirle riesgos al privado.

g) Los Instrumentos de Mitigación

En los contratos de Concesión de obra pública, APP y de PPP, se llama instrumentos de mitigación a ciertos instrumentos incorporados a los contratos que permiten compensar o evitar el efecto de los riesgos.

Son típicos entre los instrumentos de mitigación: la indexación de la contraprestación; el uso mínimo o tránsito mínimo garantizado; la adjudicación de la Concesión, APP o PPP en función de un Valor Presente Neto que debe mantenerse constante, etc.

Debe entenderse que la esencia de los instrumentos de mitigación, reside precisamente en su condición de “instrumentos”, o sea de medios por los cuales se apunta al cumplimiento de la finalidad contractual pactada por las partes: el mantenimiento de la ecuación conmutativa pactada en el origen.

En consecuencia los instrumentos de mitigación contribuyen a que – manteniéndose la conmutatividad pactada en el origen– ninguna de las dos partes se vea beneficiada o perjudicada por el acaecimiento de un riesgo que no le es imputable.

ser conveniente para el Estado asumir ciertos riesgos antes que soportar el aumento del costo de la obra que su asunción por los contratantes particulares implicaría.” (Mairal, Héctor, “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos” en *Infraestructura y Construcción*, op. cit., p. 223/224).

Sin embargo como veremos, la aplicación de los instrumentos de mitigación pactados, puede conducir por exceso o por defecto a una distorsión de la ecuación económico financiera originalmente pactada.

En estos casos, como los instrumentos de mitigación no son fines contractuales sino solamente medios, deberá verificarse la ecuación del contrato para verificar si mantiene su equivalencia original o sea si el contrato no ha cambiado su TIR por efecto del costo del riesgo acaecido y la aplicación del instrumento de mitigación, con el objeto de restablecer la TIR original.

IV. REGLAS BASICAS SOBRE IMPUTABILIDAD DEL RIESGO

A continuación, exponemos algunas ideas generales, referentes a la distribución “natural” de riesgos en las Concesiones, APP y PPP, esto es la distribución que surge del contrato, sin que existan alteraciones pactadas por las partes.

En efecto, tanto el contrato de APP, PPP, como el de Concesión, tienen reglas de distribución de los riesgos que surgen de la naturaleza propia del contrato y de la posición de cada una de las partes respecto de cada riesgo, lo cual permite definir su imputabilidad.

La Administración al licitar, puede variar esas reglas. Se denomina “transferencia del riesgo”, a la operación que consiste en alterar el sistema de distribución de riesgos, que fluye de la estructura normal del contrato de Concesión, APP o PPP, adjudicando uno o varios riesgos a una parte que de acuerdo a las reglas básicas no debiera soportarlo.

Es importante entonces examinar estas reglas básicas, porque constituyen el punto de partida de las transferencias posibles.⁷

Señalamos además, cuáles son los casos en que debe restablecerse la ecuación económico financiera, a favor del concesionario, Encargado del Proyecto, Contratista o de su contraparte estatal.

7. Normalmente se pone poco énfasis en la conmutatividad de los contratos de concesión y APP y en las reglas naturales de distribución de riesgos, que surgen de la esencia del contrato. En efecto, pareciera que el contrato de concesión, APP y de APP, necesitan imprescindiblemente una distribución específica de los riesgos, como si no existiera una distribución natural.

También creemos, que estas reglas básicas, son conducentes para orientar la materia de la distribución de riesgos de las concesiones en nuestro país, para el momento en que se regularicen los elementos esenciales de nuestras instituciones y nuestra economía y podamos intentar nuevamente, desarrollar infraestructura con la colaboración del sector privado.⁸

El contrato de Concesión de obra pública, APP o PPP es, un contrato no aleatorio, bilateral y conmutativo.

En consecuencia, el riesgo propio del Concesionario, Encargado del Proyecto, o Contratista radica en poder cumplir con la capacidad industrial comprometida para hacer la obra, con la capacidad financiera para obtener los fondos al costo previsto y con la capacidad de gestionar la operación y mantenimiento de conformidad con los estándares comprometidos, en las condiciones tenidas en vista al contratar.⁹

¿Qué implican estos dos estándares: 1 “capacidad industrial, financiera y de gestión comprometida” y 2 “condiciones tenidas en vista al contratar?”

El primero es la capacidad de producir financiar y gestionar a los costos previstos, los bienes previstos, en el tiempo estipulado.¹⁰

8. Respecto de la siempre escasa predisposición de los funcionarios a reconocer la efectiva ocurrencia de dichas circunstancias y, por ende, convalidar la recomposición contractual a favor de los concesionarios afectados por la distorsión de la ecuación económico-financiera por razones ajenas a su responsabilidad, siempre es bueno recordar dos pronunciamientos de la Suprema Corte bonaerense sobre principios de los años 80. En ese sentido, se dijo: “Los contratos administrativos deben cumplirse de buena fe (arts. 16 y 1198, Cód. Civil) por lo que no debe tratarse al contratista como un adversario al que sea preciso someter con dureza, sino que debe tenérselo como un colaborador a quien, cuando menos, corresponde indicarle con certeza las obligaciones a las que está sujeto” (SC Buenos Aires, 2/6/1981, “Bocazzi ICI y F c/ Provincia de Buenos Aires”, JA, 1982-II-29). Asimismo: “Los principios que actualmente informan la contratación administrativa tienen al contratista no ya como un adversario –la parte contraria en un conflicto siempre latente–, sino como un colaborador cuyos intereses no son necesariamente opuestos al interés del Estado, no concordando con tales principios posiciones de dureza, rigidez e inflexibilidad” (SC Buenos Aires, 1/9/1981, “Fassolo Hnos. SRL c/Provincia de Buenos Aires”, JA, 1982-II-141).

9. Sobre la evolución doctrinaria relativa a la distribución de riesgos en el contrato de obra pública véase Barra, Rodolfo C., “Contrato de Obra Pública”, t III., P. 1129 y ss. El autor afirma allí que “**No puede regir en este esquema el principio del “riesgo y ventura”, simplemente porque es absolutamente contradictorio con la estructura de la relación jurídica, expresión de la justicia distributiva**”. En el mismo sentido, ha dicho Spota que “En todo contrato existe un riesgo. Ello aún tratándose del contrato conmutativo. Pero cuando ese riesgo excede de lo normal, pretender el cumplimiento del contrato conmutativo, que se ha desnaturalizado, implica cerrar los ojos ante circunstancias que no resultan “compatibles” con la “causa” del contrato, no aleatorio” (Aut. cit., “Tratado.” T. II, p. 620).

10. Barra define al “riesgo empresario” como “aquel que depende de hecho que el empresario puede manejar, valorar minimizar, etc. y no por factores ajenos a él, muchos de ellos de la propia responsabilidad del Estado del cual la Administración contratante forma parte” (Barra, ob. cit., p. 1166).

La capacidad comprometida tiene un límite preciso: el segundo estándar, que son las “condiciones tenidas en vista por las partes al contratar.”¹¹

Esas últimas, son las condiciones de contorno de la realidad física, económica, social y jurídica vigentes al momento de la oferta.

En efecto, la contraprestación, de la clase que fuere, (peaje, tarifa, canon, pagos diferidos, etc.), de un contrato de Concesión, APP o PPP, se establece referida a una realidad física, económica, social y jurídica, que existe al momento de cotizar y determinarse la contraprestación.

Si este status es modificado después de la oferta firme del privado,¹² por acción externa al concesionario o Encargado del Proyecto, sin su responsabilidad, y la ecuación económico financiera original se altera, ésta debe ser restaurada.¹³

Están excluidos entonces y no forman parte del riesgo propio del Concesionario, Encargado del Proyecto, o Contratista todos los acontecimientos que configuran el caso fortuito o la fuerza mayor en la doctrina clásica, incluyendo los hechos naturales y los hechos del hombre, porque por definición no los puede evitar y por tanto no le son imputables. No los controla.

El azar no integra el contrato de Concesión de obra pública, APP o de PPP.¹⁴

11. El nuevo Código Civil y Comercial se refiere en el art. 1091 a “las circunstancias existentes al tiempo de su celebración” (se refiere al contrato conmutativo).

12. Mencionamos la “oferta firme”, porque entre ella y el contrato puede mediar un plazo en el cual se produzcan cambios de significación.

13. “Si las condiciones en razón de las cuales la obra fue adjudicada a ese determinado administrado se alteran, se quebrará también la relación de justicia distributiva en los dos planos antes mencionados: la oferta del administrado que resultó contratista perderá la relación proporcional que tenía originalmente con respecto a sus competidores concretos (no será tanto más cara o tanto más barata, como en el momento de la adjudicación) y también perderá la relación virtual de comparación con el resto de la comunidad, ya que la obra tendrá, p. ej., una mayor riqueza incorporada que aquélla proporcionalmente establecida con la relación de inversión establecida” (Barra, Ob. cit., p. 1134).

14. En ese sentido se ha dicho que: “La generalidad de las legislaciones con referencia al contrato administrativo de construcción de obra pública, por razones de acertada política jurídica, pone a cargo del Estado las consecuencias de los daños producidos en la obra por caso fortuito o fuerza mayor.” (Marienhoff, Miguel S. “Contrato de obra pública. Gasto improductivo y daño: su resarcimiento. Fuerza mayor o caso fortuito. Teorías de la voluntad y del riesgo”, LL1983-A-796). Asimismo, se ha postulado que: “...los capitales de las empresas son, por lo general, menores que los costos de las obras públicas que realizan. Por ello, la destrucción total o parcial de la obra pública por caso fortuito o fuerza mayor, debe absorberla el Estado...y si así no fuere, no habría empresa que pudiese afrontar con un mínimo de seguridad su futuro económico, sin riesgo de perderlo todo.” (Mó, Fernando, “Régimen Legal de las Obras Públicas”, p. 283., 2da. Edición actualizada, Depalma, 1982). Por otro lado se sostuvo que: “...la justificación de este trato de favor al contratista de la Administración se

También están excluidos del riesgo propio del concesionario o contratista, los hechos del príncipe, o sea los actos o hechos producidos por el estado, por el concedente o por el Ente Contratante, que afecten directa o indirectamente al contrato.

Son incidencias directas aquellas específicamente relacionadas con el contrato, como un tope a la tarifa o peaje, la decisión de desarrollar una infraestructura en competencia, la exigencia de cambios que aumenten la inversión, etc.

Por otro lado, son incidencias indirectas, los cambios legales de cualquier índole, la alteración de condiciones macroeconómicas, la variación de las exigencias ambientales, etc.

En cambio integran lógicamente el riesgo del concesionario, aquellos actos u omisiones propios que encarezcan las obras o la financiación o la gestión de mantenimiento y operación.

Pero la regla también tiene aplicación en sentido inverso. Puede ocurrir, que en razón de los actos del estado, directos o indirectos, o el caso fortuito o fuerza mayor, natural o por hecho del hombre, se mejoren para el privado las condiciones tenidas en vista al contratar, disminuyendo la inversión o aumentando el ingreso o disminuyendo los costos financieros o de operación, etc. En este caso, se deberá restituir el equilibrio original del contrato a favor del estado.

En consecuencia podrían formularse estas proposiciones:

- a) Si el status de contratación se modifica por incumplimiento del privado, es él quien debe cargar con las consecuencias.

encuentra, además, en la conveniencia de propiciar la construcción de obras públicas que, por la magnitud de la inversión que requieren obligan a trasladar a la Administración los riesgos derivados de situaciones auténticamente imprevisibles e irresistibles. De otro modo, se produciría una defección de la oferta en las licitaciones, que quedarían en su mayoría desiertas..." (Vilar Palasí, J.L.- Villar Ezcurra J.L. "Fuerza mayor" en Gómez-Ferrer Morant, Rafael, Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, p.863, 2da. Edición, Thompson Civitas, 2004). Asimismo, en relación a las consecuencias derivables de la no asunción por el Estado de los daños causados por caso fortuito o fuerza mayor, se sostuvo que: "la Administración Pública terminaría por no contar con oferentes en las contrataciones de obras públicas que quisiera llevar adelante." (Escola, Héctor J. "Tratado integral de los contratos administrativos", p. 293, vol. II, Depalma, 1979). Coincidimos con el resultado en el sentido que no puede atribuirse el caso fortuito o la fuerza mayor a la cuenta del privado en estos contratos. Pero para nada con las razones que se alegan, como se verá más adelante.

b) Si ese status se modifica por acción directa o indirecta del estado, este último debe soportar los daños.

c) Si es por caso fortuito o fuerza mayor de cualquier índole, también es responsabilidad del estado.

En los últimos dos casos deberá recomponerse el contrato, restableciendo la ecuación económico financiera pactada en el origen en defensa de la parte perjudicada.

Fundamentos de la responsabilidad del concedente o Ente Contratante en el caso fortuito o fuerza mayor y en el cambio de las condiciones tenidas en vista al contratar externas al contrato. Mercado y contrato. El principio “res perit dómimo”. Costo y valor.

Veremos ahora cuáles son los fundamentos de las “reglas naturales” de distribución de riesgo que hemos visto:

A.Necesidad de Equiparación de los agentes económicos que actúan bajo Contrato y de los que actúan en el Mercado.

El primer fundamento radica en la diferencia esencial que existe en las condiciones en que se desenvuelve el agente económico en relación con los instrumentos para la recuperación de las pérdidas causadas por riesgos.

La situación difiere y mucho si el agente económico se desenvuelve en el mercado o si actúa bajo contrato y también son distintas las consecuencias que de ello se derivan.

Si el actor económico actúa en el mercado, transferirá libremente a los precios los mayores o menores costos que le generan los distintos riesgos, la macroeconomía, el ambiente, las normas nuevas, el caso fortuito o fuerza mayor, etc. Nadie puede impedirsele y la sociedad que consume sus productos y/o servicios deberá pagar o aprovechar las diferencias. Para ello puede recurrir a muchos instrumentos, aumentar o disminuir el precio, bajar o subir la calidad, combinar ambos, modificar la estructura de relación de sus

productos o servicios, incorporar nuevos, puede transferir el mayor o menor costo de una vez o paulatinamente, etc.¹⁵

La lista es interminable, tanto como la libertad del mercado y la imaginación de quiénes en él actúan. El único límite fatal es la competencia. Pero lo cierto es que en cualquier caso, el mayor o menor costo será transferido a la sociedad consumidora.¹⁶ Y está bien que así sea, porque de lo contrario los actores económicos afectados desaparecerían, porque sus precios no resistirían sus costos.

En cambio cuando los costos disminuyen, el agente del mercado que no baja sus precios no compete, su disyuntiva es bajar los precios o bajar su participación en el mercado. La situación de quien actúa bajo contrato es exactamente opuesta. No tiene libertad, no hay mercado. El mercado terminó para él en la licitación que ganó. Desde allí impera el mundo del contrato.

En efecto, quien actúa bajo contrato de Concesión, APP o PPP, está sujeto a las reglas estrictas del contrato.

La contraprestación, (de la naturaleza que sea) ha sido objeto de una competencia licitatoria, en la cual el contratista privado ha determinado esa contraprestación en función de las condiciones macroeconómicas, naturales, jurídicas, ambientales, urbanísticas, etc. y en su caso, de prestación del servicio, existentes al momento de presentar su oferta.

Es evidente que cualquier cambio en esas condiciones existentes al contratar, que incremente o disminuya los costos, sea por cambios macroeconómicos, o

15. El agente económico no podrá transferir a los precios los costos que sean consecuencias de sus propios errores porque se lo impedirá el mercado. En efecto, los competidores que no han cometido esos errores no necesitarán la transferencia de esos costos a sus precios porque por definición no cometieron los errores. La disyuntiva del agente en cuestión es asumir el costo de los errores en sus precios o asumirlo vendiendo menos y perdiendo mercado.

16. Es interesante señalar que cuando el estado interfiere en el mercado eliminando la libertad de precios, (eliminando el mercado, en realidad), la actividad de los agentes económicos que operaban en el mercado, tiende a parecerse a la de quienes actúan bajo contrato. En efecto, deben tramitar la modificación de sus “precios máximos” ante una oficina de burócratas en la que deben justificar incidencias con análisis de costos. La libertad y la competencia han sido sepultadas. Su situación es en realidad mucho peor que la de quienes actúan bajo contrato, porque éstos últimos tienen reglas y en cambio los del mercado están sujetos a la improvisación y corrupción de los burócratas y de los políticos.

por acción del gobierno, del comitente o del caso fortuito o fuerza mayor, no está contenido en la contraprestación contratada y que de suceder, su contraprestación no resistirá los costos o será excesiva.

Por estar sometidos al contrato y no al mercado, ni el contratista ni el comitente público de una Concesión, APP o PPP tienen libertad para cambiar su contraprestación libremente, a diferencia del actor del mercado que como vimos incorpora los nuevos costos – mayores o menores – a los precios.

Por ello, es imprescindible que el contrato contenga reglas justas y equitativas para que el impacto de los nuevos costos, mayores o menores, se traslade a la contraprestación y se mantenga para ambas partes el equilibrio pactado en el origen.

No es más que la aplicación de la regla “*pacta sunt servanda*”.

B.El principio “*res perit dómimo*”. Veremos ahora las implicancias de la regla “*res perit et acrecit dómimo*” o “*res perit et acrecit creditoris*”, otro fundamento específico por el cual el concedente o Ente Contratante, debe responder por el cambio de las condiciones tenidas en vista al contratar por la razón que fuere, salvo la culpa del privado. Y también es el fundamento por el cual el concedente o Ente Contratante es quién tiene los beneficios derivados de los cambios favorables de esas condiciones.

La aplicación de este principio general del derecho, tiene un claro fundamento económico, que reside en que la apropiación y la pérdida, están relacionadas con el objeto que cada sujeto va a poseer, como consecuencia del contrato.

El Concesionario, Encargado del Proyecto o Contratista, no incorpora la infraestructura a su patrimonio, sólo recibe el pago de sus servicios de diseño, financiación, construcción, operación y mantenimiento y tiene una utilidad marginal proporcionada a estas prestaciones. Ejecuta una actividad económica financiera, industrial y de servicios y recibe un “margen” de utilidad, nada más.

En cambio, el dueño concedente o Ente Contratante, es quien incorpora la obra a su patrimonio y recibe el valor inherente en su activo. Ejecuta una actividad

económica de incorporación patrimonial mediante la cual se transforma en el “dueño” de la obra.

En consecuencia, justo es que ponga todos los medios económicos necesarios para realizar la obra. Si por cualquier motivo no imputable al privado, el dueño de la cosa, debe hacer un esfuerzo económico mayor que el previsto, siendo el Concedente, o Ente Contratante el propietario final de la obra, estos riesgos son inherentes a su propósito. Simplificando, el concedente o Ente Contratante recibe la obra en su activo y debe asumir todo el pasivo necesario para ejecutarla, salvo claro está, la culpa del cocontratante.

c) Costo y Valor.

En otro enfoque económico complementario podemos predicar que, al Concedente o Ente Contratante, le interesa *tanto el costo de la infraestructura como su valor*.

El costo de una infraestructura, es la totalidad del esfuerzo económico necesario que tiene que cumplir el estado - dueño para desarrollarla, expresado en cantidad de moneda. Es lo que paga el “hacer” del Concesionario, Encargado del Proyecto o Contratista.

El valor que produce la infraestructura en cuestión, en cambio, comprende la rentabilidad social, en términos de una mejor calidad de vida, la rentabilidad económica, en términos de un aumento de la eficiencia de la producción y el comercio afectados, las externalidades, en términos de capital privado que se invierte precisamente porque la nueva infraestructura existe, generando más trabajo y bienestar para la sociedad, también expresado en cantidad de moneda.¹⁷

Precisamente porque es el “dueño” en representación de la sociedad, quien pagó todo el “costo” de la obra, es ella, la sociedad quien se beneficia con el “valor” que

17. El paralelo entre “costo” y “valor” coincide con el concepto de “value for money”. Consiste en comparar la inversión en dinero, con el valor de la infraestructura o servicio, computando para esto último todos los factores económicos que genera el dinero así invertido en la infraestructura de que se trate. El valor incluye la rentabilidad social, en términos de bienestar, de productividad humana e industrial, la inversión privada asociada, los trabajos generados directa o indirectamente por la presencia de la infraestructura o servicio, etc.

la infraestructura puede tener, en términos de rentabilidad económica y social y de externalidades.

Frente al cambio de las condiciones tenidas en vista al contratar, el Concedente, Ente Contratante tiene dos alternativas: a) proseguir la obra, haciéndose cargo de los costos incrementales que provoque la contingencia y b) No proseguir la obra e indemnizar al Concesionario o Encargado del Proyecto.

Esta decisión el propietario la toma en total libertad, comparando el valor de la obra para la sociedad, con el costo de la misma. El Concesionario, Encargado del Proyecto en cambio, o Contratista no se beneficia ni se perjudica con el valor de la obra construida, sencillamente porque no es “suya”, solo pone sus capacidades para desarrollarla, comprendiendo el diseño, la construcción, la financiación, la operación y el mantenimiento y sólo debe ser compensado por ello.

Si, por acontecimientos de cualquier origen, la obra se abarata, el Concesionario, Encargado del Proyecto, o Contratista no debe beneficiarse y debe economizar la menor inversión aportada. En el caso inverso, debe ser compensado de su mayor inversión. Es el simple juego del principio según el cual, las cosas acrecen y perecen para su dueño, que en el caso es el estado, como representante de la sociedad.

V. DISPOSICIONES LEGALES RELACIONADAS CON LOS RIESGOS EN GENERAL.

Hasta aquí, hemos visto los principios generales aplicables al contrato de Concesión, APP y PPP en materia de riesgos, sin que medien transferencias de los mismos, producto de la ley o del contrato.

Las disposiciones de nuestro derecho positivo en la materia de riesgos son muy generales. La Ley N° 17.520, casi no contiene disposiciones específicas relacionadas con la distribución de los riesgos, salvo el art. 4 que determina que durante la construcción de las concesiones las reglas aplicables son las de la Ley N° 13.064 de Obras Públicas. La Ley N° 23.696 que modernizó y aclaró los alcances de la Ley N° 17.520, no modificó ni complementó a la ley original, en cuanto a los riesgos. Es cierto que estableció explícitamente el principio del mantenimiento

de la ecuación económico financiera en el art. 57 y en el decreto reglamentario 1105/89. Sin embargo esas normas no determinan taxativamente que en caso de acaecer un riesgo se debe recomponer dicha ecuación en protección de la parte afectada.¹⁸

A su vez el Decreto N°1299/00, dispone en su art. 18, que los pliegos deberán prever la asignación de riesgos del proyecto, incluyendo los de índole técnica, económica y financiera. La norma es correcta. Es evidente que cada proyecto es una realidad diferenciada y que los riesgos son distintos en calidad y magnitud, de modo que deben ser distribuidos específicamente para cada caso. Sin embargo seguimos en el campo de la generalidad y en el caso de las APP sin una garantía de recomposición del contrato a sus términos originales. Finalmente el Decreto N° 1023/01 establece normas sobre recomposición de contratos en casos muy limitados.

VI. LEY 27.328

a) Consideraciones generales.

Señalamos que en la cuestión de la distribución de los riesgos, en teoría, los criterios orientativos son los siguientes:

- 1- La cuestión decisiva es determinar que riesgos asume el privado, porque según esto se determina el costo y hasta la factibilidad del proyecto.

- 2- En cambio los riesgos retenidos por el sector publico interesan mucho menos, porque finalmente es el “dueño” de la infraestructura o proyecto en representación de la sociedad (Res perit et acrecit domino) y, además siempre puede disminuir y hasta extinguir unilateralmente el proyecto, si es que, en razón de los riesgos acaecidos, resulta ineficiente.

Una vez distribuidos tales riesgos se establecen una ecuación, un equilibrio que deberá mantenerse durante todo el contrato.

18. Es cierto que la Procuración del Tesoro en el Dictamen MIV 092 ya citado ha hecho una interpretación extensiva de estas normas, pero es solamente eso, una interpretación.

A continuación, el análisis de la norma que específicamente se ocupa del asunto.

b-Distribución de los riesgos. Indicaciones de la ley.

La ley 27.328 contiene en su art. 9, inc. b. una norma que delega completamente en el pliego la distribución de los riesgos de cada contrato y establece ciertos parámetros obligatorios.

El inc. b. pone como pautas de la distribución a equidad y la eficiencia, pautas que se cumplen cuando se obtiene el mejor servicio con la menor contraprestación, sin interesar quien la paga.

La equidad implica sentido común, justicia natural, conciencia de lo razonable y lo justo.

La ley, con sabiduría, indica el estado de ánimo que debe presidir la estructuración de la distribución de riesgos en los documentos de licitación.

¿Equidad para qué? También la ley nos da la respuesta: Para tener eficiencia, o sea, para obtener el resultado deseado con el menor costo posible (atento a que este costo se transfiere a la sociedad, representada por el Estado).

La ley establece que los riesgos deben “asignarse a quien esté en mejor condición para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos de modo tal de disminuir el costo y facilitar el financiamiento.”

No podemos sino estar de acuerdo con estos mandatos de la ley, que se relacionan con el paradigma “mayor riesgo, mayor costo” que hemos analizado.

Es precisamente por ello que no se entiende como la misma norma dice en la segunda parte, que el pliego determinará las consecuencias de ciertos riesgos que son típicamente estatales y que el privado nunca podrá asumir, tales como el “hecho del príncipe, el caso fortuito, la fuerza mayor, el alea económica extraordinaria y la extinción anticipada del contrato.”

En efecto, ¿quién sino el estado puede mitigar o prevenir estos riesgos, indominables para el privado? Se nos dirá que los pliegos seguramente pondrán estos riesgos en cabeza del estado. Habrá que ver cómo.

Nos preguntamos entonces, cual puede ser el motivo para adoptar semejante criterio, diferente del de toda la legislación comparada.

Un contrato de PPP en que el riesgo típicamente estatal como el “hecho del príncipe” llamado “riesgo legal” en estos contratos, esté atribuido al privado implica que el contrato está sometido a la mera voluntad de una de las partes, el contratante público, que puede hacer lo que quiera con el contrato. Se trata de una “condición puramente potestativa”, nula por definición, según los principios generales del derecho, reflejados en el art. 344 del Código Civil y Comercial.

La transferencia del hecho del príncipe, de los riesgos macroeconómicos y del caso fortuito, hacen que estos contratos tengan altísimos costos financieros o que sean directamente no financiables.

No se entiende bien la razón para abandonar la línea que sigue la legislación comparada y permitir a los diseñadores de los pliegos, estipulaciones eventualmente reñidas con el sentido común.

Así las cosas, los contratistas privados carecen de una garantía legal de cobertura de estos riesgos que son verdaderamente estatales, lo cual luce desventajoso frente a la legislación comparada.

Cada organismo que licite una PPP dirá cómo y quién asume esos riesgos y hasta que límite cualitativo y cuantitativo.

En este punto, la ley 27.328 compite mal con legislaciones de países con similar o superior grado de desarrollo, que no tienen la carga reputacional de Argentina. (España, Colombia, Perú, Chile y Brasil).