

Hacia una Concepción Finalista del Contrato de Concesión

Max Carneiro Echevarría*

Resumen:

En el presente artículo se analiza la necesidad de adoptar una visión estrictamente contractual del contrato de concesión, que limite las actuaciones discrecionales del Estado, a fin de que el marco legal aplicable permita el desarrollo de la infraestructura de uso público.

Palabras clave:

Concesión – Infraestructura – Asociación Público-Privada – Contrato – Inversión Privada

Abstract:

This article analyzes the need to adopt a strictly contractual vision of the concession contract, that limits the discretionary actions of the State, in order to allow legal framework permit the development of infrastructure for public use.

Keywords:

Concession – Infrastructure – Public-Private Partnership – Contract – Private Investment

Sumario:

1. Introducción – 2. Concepto de Concesión: visiones contrapuestas – 3. Criterios de elección – 4. Compromisos creíbles y Concesión – 5. Hacia una visión finalista del Contrato de Concesión

* Abogado por la Universidad de Lima, Asociado Senior del área de proyectos del Estudio Delmar-Ugarte. Profesor de Regulación y Concesiones en la UPC. Este trabajo no hubiera sido posible sin la colaboración de Chantal Deleplanque, Abogada del área de proyectos del Estudio Delmar-Ugarte.

1. Introducción

Entre las distintas modalidades de Asociación Público Privada, destaca la del Contrato de Concesión, por ser la modalidad más utilizada para lograr el cumplimiento de fines públicos vinculados con el desarrollo y operación de infraestructura de uso público. Las características de este contrato, diseñado para permitir la participación combinada de operadores especializados, inversionistas de capital de largo plazo y entidades financieras que aportan deuda para el desarrollo de grandes proyectos, le permiten al Estado superar sus propias limitaciones presupuestales, técnicas y financieras; enfrentando, con mayor eficacia, los desafíos vinculados con el cierre de la brecha de infraestructura pública que, actualmente, aqueja nuestro país. A su vez, mediante su participación como parte en el Contrato de Concesión y por medio de las agencias regulatorias especializadas, puede garantizar un nivel de control razonable sobre los compromisos que asume el Concesionario en virtud de dicho contrato, verificando que se cumpla con el objeto de los proyectos concesionados y asegurando que se realicen los beneficios previstos que se generarán a favor de los usuarios, en forma de indicadores de calidad y servicio.

Sin embargo, la utilización eficaz de la figura contractual en mención depende, en gran medida, de que las instituciones –entendidas como reglas de juego para los inversionistas– sean adecuadas para establecer un marco garante de las acciones que, a lo largo del diseño y la ejecución del Contrato de Concesión, sean aplicadas por Entidad Pública que actúe como Concedente, así como las agencias y organismos estatales involucrados en desarrollo de los proyectos.

En lo que se refiere a la institución de la Concesión, la creación de un marco adecuado para desarrollar proyectos de infraestructura, crea el desafío de establecer una concepción única compartida de la Concesión, a fin de que el desarrollo de los proyectos de infraestructura, mediante la participación de los diversos actores privados (inversionistas de capital, sponsors, financiadores) y públicos (agencias de promoción de inversiones, entidades concedentes, órganos reguladores, etc.) involucrados, pueda realizarse en un escenario de predictibilidad que permita reducir, en lo posible, los niveles de incertidumbre inherentes a este tipo de proyectos.

Al respecto consideramos que si bien la legislación de concesiones ha permitido, en la práctica, el desarrollo de importantes proyectos de infraestructura, su falta de precisión en relación al concepto de Concesión, deja espacio para realizar actos, intervenciones e interpretaciones de los

organismos del Estado en su fase de ejecución, que pueden terminar afectando el desarrollo y continuidad de los proyectos. Consideramos que esta falta de precisión legislativa termina afectando la propia finalidad prevista para la normativa de concesiones.

La imprecisión en el concepto de Concesión se manifiesta en que en la práctica, conviven un importante grupo de concepciones distintas y a veces contrapuestas sobre el Contrato de Concesión. Esta multiplicidad de visiones determina muchas veces que los actores involucrados en el desarrollo de los proyectos de infraestructura bajo las normas de concesiones de infraestructura (Decretos Supremos 059-96-PCM y 060-96-PCM) tengan comprensiones distintas sobre el alcance de los Contratos de Concesión, lo cual genera, como consecuencia, la presencia de incertidumbre sobre el contenido de la institución de la Concesión, dificultando o impidiendo el desarrollo de dichos proyectos.

Teniendo en cuenta que al suscribir un Contrato de Concesión, los inversionistas privados asumen gran parte de los riesgos asociados a los proyectos de infraestructura y que éstos implican inversiones de largo plazo de importantes cantidades de dinero propio o provenientes de operaciones de financiamiento, la existencia de una diversidad de concepciones sobre un mismo instrumento jurídico, que es además un mecanismo de asignación de riesgos de un proyecto de infraestructura determinado, constituye una fuente significativa de incertidumbre sobre los derechos de los inversionistas privados. Esta incertidumbre es especialmente relevante en la medida que, bajo ciertas concepciones de concesión, el contenido de las obligaciones, claramente expresadas en el contrato, pueden ser modificadas en cualquier momento bajo una acción estatal.

Por esta razón, a fin de reducir la incertidumbre señalada, es necesario eliminar la multiplicidad de concepciones existentes en torno al concepto de “Concesión” y reducirlas a una sola, de modo tal que se logre contar con una visión unificada, compartida por los distintos actores públicos y privados involucrados en la implementación de los proyectos de infraestructura a largo plazo. Esta unificación requiere de una elección previa entre las distintas visiones de Concesión prevalecientes.

A fin de exponer las alternativas de elección sobre las concepciones existentes en torno a la Concesión, es necesario explicar brevemente las tres definiciones prevalecientes sobre la naturaleza del Contrato de Concesión, a efectos de establecer una posición en relación a cuál de ellas resulta más conveniente. La idea de contar con un único concepto es permitir que el Contrato

de Concesión pueda cumplir de mejor manera con la finalidad de la institución concesional, la cual consiste en facilitar el desarrollo de proyectos de infraestructura de largo plazo mediante la participación de inversionistas privados.

2. Concepto de Concesión: visiones contrapuestas

Siguiendo a CALAFELL, podemos señalar que existen tres grandes posiciones para definir la naturaleza de la Concesión, las mismas que van desde una visión puramente contractual hasta una visión de Concesión como un acto unilateral y discrecional del Estado, así como también una tercera aproximación mixta a la figura concesional¹.

Más que analizar o enjuiciar los fundamentos de cada una de las posiciones existentes, nos interesa hacer una descripción que explique, de manera general, las alternativas posibles para una elección orientada hacia una visión unificada de concesión.

La visión contractual explicada por CALAFELL, implica concebir la Concesión como un contrato sujeto a la reglas del derecho civil, tanto en su formación como en su interpretación y los consecuentes de derechos y obligaciones a que da origen. Para esta visión, el Estado se desempeña civilmente como parte contratante.

Lo importante de esta visión, más allá de sus limitaciones, es que concibe la concesión como un compromiso obligatorio de las partes con el cumplimiento de las prestaciones a su cargo. En esta visión, no es posible relativizar la existencia de dichas obligaciones basado en criterios de interés público. Las obligaciones de ambas partes deben cumplirse como en cualquier contrato.

Como visión contrapuesta al enfoque contractual señalado, aparece la visión de la Concesión como acto unilateral. De acuerdo al autor en mención, esta concepción implicaría que la Concesión genera una situación de privilegio a favor del Estado, en atención a que se podría modificar o revocar el régimen al que está sujeta la Concesión, cuando así lo exija el interés público. Sobre esta visión CALAFELL señala que mientras más se aleje el Estado de la concepción de una economía liberal o de mercado, y se acerque hacia la economía socialista o estatizante, esta tesis tomará mayor fuerza.

En base a esta visión se justifican muchas intervenciones e interpretaciones de organismos

públicos vinculados con los Contratos de Concesión, los mismos que, basándose en el interés público tienden a desconocer obligaciones estatales pactadas de forma expresa en los contratos de concesión. Bajo la influencia de esta visión, las entidades públicas no pueden estar sujetos a obligaciones contractuales que limiten el IUS IMPERIUM estatal, entendido como la facultad soberana del Estado para imponer, de manera unilateral, actos administrativos sobre los administrados (sanciones, expropiaciones etc.).

En cuanto a la concepción mixta, CALAFELL señala que es la más aceptada, siendo que la misma tuvo origen en el derecho francés. De acuerdo con este autor, esta visión concibe la Concesión como un acto mixto, que se descompone en dos elementos; la situación reglamentaria y el contrato administrativo, de donde se desprenderían dos fases: acto unilateral y acto contractual².

Para el autor citado, la situación reglamentaria resulta de la organización del objeto de la Concesión y es la más importante, mientras que la situación contractual es generalmente de carácter financiero y está subordinada a la situación reglamentaria.

Más allá de las limitaciones en la descripción de CALAFELL sobre las distintas concepciones que existen en torno a la Concesión, la misma es útil para el objeto de este trabajo, que no es otro que señalar el problema que se presenta por la convivencia de distintas visiones contrapuestas, en nuestro sistema jurídico, sobre la naturaleza de la Concesión, sembrando un nivel de incertidumbre para los inversionistas privados que perjudica el objetivo del régimen de promoción a la inversión privada que busca fomentar el Estado.

3. Criterios de elección

Teniendo a la vista las visiones divergentes que existen sobre la Concesión, resulta necesario elegir cuál de ellas debe ser la que oriente las acciones de los operadores jurídicos involucrados en el desarrollo de los proyectos de infraestructura. Esta elección es importante, porque en la medida que se cuente con una visión compartida de Concesión, se logrará reducir, en gran medida, la incertidumbre existente para potenciales inversionistas en proyectos de infraestructura, respecto de los criterios de interpretación que resultan aplicables durante la ejecución e interpretación del Contrato de Concesión³.

1 CALAFELL, Jorge E. Teoría General de la Concesión. En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana N° 26. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM. México D.F. 1996, Pp.216-218.

2 Ibid p. 218.

3 Debe tenerse presente que el régimen legal de concesiones y las decisiones de aplicación del mismo constituyen elementos de información importantes para los potenciales inversionistas en este tipo de proyectos.

Es importante advertir que dicha elección no es neutra, pues cada una de las opciones tendrá un efecto distinto sobre la capacidad del régimen jurídico aplicable al régimen concesional para lograr su propia finalidad.

El criterio que consideramos razonable para guiar la elección, parte de considerar a la Concesión como un instrumento para lograr una finalidad específica: facilitar la implementación de proyectos de infraestructura de uso público mediante la participación privada en asociación directa con el sector público. Así, la elección que más contribuya a incentivar la participación privada en este tipo de proyectos será la más recomendable.

Entender la manera en que el contrato cumple su finalidad es fundamental para definir una posición sobre la naturaleza de la Concesión, pues a falta de claridad sobre la razón de ser de la institución concesional, es posible admitir concepciones reñidas con su finalidad y, por lo tanto, producir aplicaciones e interpretaciones de los contratos que terminen por frustrar la finalidad misma de la concesión, que a nuestro entender no es otra que superar los problemas que enfrenta el desarrollo de los grandes proyectos de infraestructura pública cuando la ejecución de los mismos se encuentra a cargo exclusivo del Estado.

Para entender los problemas que tratan de ser superados mediante el uso del Contrato de Concesión, es necesario comprender la lógica económica del problema que enfrenta un concesionario privado en el desarrollo de un proyecto de infraestructura. En atención a ello, y de manera simplificada, pasaremos a desarrollar los mismos a continuación.

Normalmente, los proyectos de infraestructura pública se inician con una etapa de construcción, durante la cual se realizan inversiones con una importante participación de entidades financieras que aportan deuda de largo plazo para financiarlas. Luego de realizadas las inversiones requeridas para desarrollar un proyecto de infraestructura pública, la recuperación de lo invertido y el repago de la deuda contraída para financiarlo sólo será posible en un largo plazo.

Es así que, luego de terminado el periodo de construcción, el Concesionario quedará expuesto a los riesgos derivados de actos arbitrarios estatales, justo durante el período en que comienza a repagarse las inversiones realizadas. El riesgo de estas intervenciones estatales –denominadas expropiatorias por algunos economistas– pueden terminar afectando la viabilidad de los proyectos, en la medida que impacta sobre el repago de las inversiones privadas.

Así por ejemplo, si el Estado no respetara los esquemas de ingresos previstos en los Contratos de Concesión, pondría en riesgo la viabilidad financiera del proyecto; igualmente, si basándose en una interpretación respaldada en el *ius imperium* estatal, un gobierno local de manera arbitraria pretendiera cobrar algún tributo arbitrario por permitir el desarrollo del proyecto, los inversionistas privados se encontrarían ante un riesgo que no podrían manejar por sí solos. Circunstancias aún más graves pueden suscitarse cuando ante un cambio de autoridades, la nueva administración desconoce la obligatoriedad de las obligaciones asumidas por la administración precedente en virtud de la suscripción de un Contrato de Concesión, basándose en la defensa del interés público.

Situaciones como las descritas no son ajenas al desarrollo de proyectos de infraestructura pública, especialmente si tenemos en cuenta que los servicios prestados por las empresas privadas de infraestructura alcanzan un elevado número de usuarios, muchos de los cuales son, a su vez, electores. De este modo, se puede advertir que existen elevados incentivos para que los actores políticos pretendan interferir con el desarrollo de los proyectos de infraestructura hasta el punto de escapar a obligaciones fundamentales para el desarrollo de los mismos, pudiendo convertir en inviables financieramente proyectos que revisten de una gran importancia para el desarrollo de la infraestructura de uso público.

En base a lo señalado, podemos afirmar que la discrecionalidad de los organismos del Estado que tienen poder sobre la relación contractual de Concesión constituyen la mayor fuente de incertidumbre para un proyecto de infraestructura ejecutado bajo el esquema de una Asociación Pública Privada.

Ante la situación descrita, resulta de vital importancia para garantizar la viabilidad de los proyectos de infraestructura que los Contratos de Concesión establezcan un compromiso de largo plazo entre el Estado, que actúa en calidad de Concedente y el inversionista privado, quien ejerce el rol de Concesionario; de modo tal que las disposiciones que regulen dicho compromiso permitan superar las situaciones antes descritas.

De acuerdo a lo señalado, de las tres concepciones de Concesión señaladas en la primera parte, aquella orientada a establecer la naturaleza contractual de la concesión es la que contribuye en mayor medida a lograr los objetivos del régimen de concesiones.

Esto es así porque, si queremos elegir una concepción de Concesión favorable al objeto de

dicha institución, debemos elegir aquella que favorezca el compromiso estatal mediante la limitación de la discrecionalidad de los organismos estatales que deciden sobre la relación contractual.

Lo anterior implica que la Concesión debe ser entendida como un contrato que contiene un compromiso de limitación de discrecionalidad estatal. Esta posición significa abandonar cualquier visión vinculada a la utilización del *ius imperium* estatal para desconocer los derechos del Concesionario. En este sentido, las posiciones que definen la Concesión como un acto o contrato administrativo y como acto mixto llevarían implícita la posibilidad de que el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, desconozca derechos del Concesionario, dado que podría llegarse a interpretar que al ser la concesión una acción de naturaleza administrativa orientada al logro del interés público, la soberanía del estado para lograr el bien común está por encima de cualquier disposición.

Esta concepción no es hoy ajena a la práctica en materia de concesiones. A nuestro entender, el riesgo que crea una concepción intervencionista del contrato no ha sido debidamente atendido por nuestra legislación de concesiones. En tal sentido, consideramos que es necesario fortalecer una visión contractual estricta de Concesión a fin de reducir los riesgos de intervención basados en el interés público.

Lo expresado no implica negar la posibilidad que el Contrato de Concesión contenga cláusulas que permitan al Estado modificar el alcance de las obligaciones contractuales de cargo del Concesionario (*ius variandi*) a fin de mejorar las condiciones del servicio, pero debe quedar claro que este tipo de situaciones deben ser consideradas cláusulas del contrato y no actos discrecionales basados en el interés público.

La adopción de una visión contractual trata de enfrentar los riesgos derivados de aquellas intervenciones discrecionales de organismos estatales que desconocen las disposiciones contractuales pactadas, pues son éstas las que crean la mayor incertidumbre sobre el devenir de la relación contractual.

Bullard ha descrito este problema con gran claridad:

"Cuando el Estado concesiona un servicio para que un particular lo explote, la tentación de usar

su otra cara, la distinta a la de contratante, la de regulador; es decir, la dibujada con el pincel del ius imperium se exagera y la experiencia histórica así lo demuestra. El Estado es el único contratante que puede cambiar las propias reglas que acordó con su primera cara usando su segunda cara. Concesiona, y cuando consigue la inversión que requería, puede intentar expropiarla. Pacta una tarifa para un servicio, pero luego usa un regulador para reducirla o crear exigencias que no estaban en el contrato. Y los ejemplos para ilustrar este punto lamentablemente sobran"⁴.

4. Compromisos creíbles y Concesión

Si se quiere lograr la finalidad propia del Contrato de Concesión, que es permitir la implementación eficiente de un proyecto de infraestructura pública mediante la participación de inversionistas y operadores privados especializados, es necesario lograr un compromiso creíble de largo plazo de las partes contratantes.

En el caso de la parte privada, el Contrato de Concesión otorga al Estado mecanismos suficientes para alinear sus objetivos de rentabilidad económica con los objetivos públicos del proyecto expresados en indicadores de servicio y calidad para los servicios que serán prestados a lo largo de la vigencia del contrato.

Entre los mecanismos para asegurar el cumplimiento del Concesionario, se cuentan desde las penalidades que pueden ser aplicadas a este último, normalmente respaldadas en garantías de fácil ejecución, hasta la inclusión de supuestos de terminación del contrato por incumplimientos atribuibles al propio Concesionario respecto del cumplimiento de sus obligaciones constructivas o de prestación de servicio. En este último caso, la realización de importantes inversiones en activos de largo plazo que carecen de uso alternativo, por parte del privado, actúan a su vez como una poderosa garantía que determina los incentivos para el cumplimiento de largo plazo del actor privado⁵.

Sin embargo, desde el lado del Concedente, las propias inversiones del Concesionario, realizadas en las etapas iniciales de la vigencia del contrato se convierten en un incentivo para el incumplimiento de su compromiso contractual, dado que una vez realizadas las inversiones, no cuenta con incentivos poderosos como la parte privada para cumplir con sus compromisos.

4 Bullard, Alfredo, El Estado Soy Yo, Arbitraje y Regulación, La Regulación Económica de los Servicios Públicos, ARA 2010.Pg 44.

5 Los economistas institucionales especializados en transacciones han denominado éste tipo de activos como activos específico. Al respecto Oliver Williamson (2005) ha señalado " Because transaction specific assets can be redeployed to alternative uses and users only at a loss of productive value, continuity for such exchange relations is important". Debido a que los activos específicos de una transacción pueden ser destinados a usos alternativos con una pérdida de su valor productivo, la continuidad de la relación de intercambio es importante (traducción libre).

Esta situación convierte a los inversionistas en “rehenes” de los agentes públicos, por estar sujetos a conductas oportunistas de las entidades públicas involucradas en la ejecución e interpretación de los Contratos de Concesión, debido a que éstos, basándose en el interés público o la defensa de los consumidores, pueden desconocer disposiciones contractuales, bajo el incentivo de elevar su legitimidad. En efecto, tanto el Concesionario como aquellos que han aportado deuda, una vez realizada la inversión, se encuentran altamente expuestos a la discrecionalidad de las decisiones de los organismos estatales.

En este contexto, el compromiso del Estado con el cumplimiento del contrato pasa por concebir a la Concesión, además de un contrato para gestionar proyectos públicos, como un instrumento para autolimitar el poder discrecional del Estado.

5. Hacia una visión finalista del Contrato de Concesión

Así como el contrato de compraventa tiene una finalidad económica determinada (intercambio de bienes), el Contrato Concesión tiene como fin propio la implementación de proyectos de infraestructura mediante la participación de inversionistas privados de largo plazo.

Para que el contrato pueda alcanzar con éxito la finalidad descrita, es necesario superar los problemas vinculados a desarrollo de infraestructura pública reforzando el compromiso de largo plazo del Estado con el cumplimiento del Contrato de Concesión. Esto sólo es posible estableciendo mecanismos que limiten la discrecionalidad del Estado en sus decisiones de *ius imperium* vinculadas al cumplimiento de dicho contrato.

Si bien para los defensores de la concepción del Contrato Concesión como acto administrativo sujeto a discrecionalidad, sostener dicha posición iría en contra del interés público, es

precisamente el interés público concreto en lograr la implementación de los proyectos de infraestructura lo que determina las limitaciones al poder discrecional del Estado.

Si se busca crear un clima propicio para aumentar la participación privada en proyectos de infraestructura pública será necesaria adoptar una posición única, estrictamente contractual de concesión, a fin de que las acciones estatales vinculadas al cumplimiento de la concesión se orienten con mayor firmeza a limitar las intervenciones discrecionales del Estado sobre las relaciones contractuales derivadas del Contrato Concesión.

Adoptar una visión así requiere introducir cambios de diversa índole, a nivel legislativo, reglamentario y en el propio diseño de los contratos. Asimismo, el marco institucional creado para controlar el cumplimiento de los contratos deberá adaptarse, a fin de expresar con mayor precisión a fin de limitar los poderes discrecionales estatales en relación a la Concesión.

En conclusión, si se quiere lograr mayor participación privada en proyectos de infraestructura, es necesario un nuevo arreglo institucional que adopte con mayor fortaleza una posición estrictamente contractual de Concesión que permita limitar la discrecionalidad estatal en torno al contenido del contrato.

Al respecto, es importante señalar que las últimas reformas de la normativa de Asociaciones Público-Privadas han estado orientadas a fortalecer las facultades discrecionales del Estado y reducir la visión contractual del mismo. Especial cuidado debe tenerse con las reformas que buscan reducir la arbitrabilidad de las decisiones estatales vinculadas a las concesiones, pues detrás de éstas está implícita la intención de fortalecer los actos administrativos estatales discrecionales que inciden sobre el contenido de la relación contractual de Concesión. ☒