

Contrato de Obra Pública ó Concesión: Dilema ó Espejismo

Javier Tovar Gil¹
Verónica Ferrero Díaz

La Concesión es uno de los mecanismos empleados en la actualidad para la promoción de la inversión privada en el país, en este sentido el sector público y privado adoptan un papel complementario en busca del bienestar general. La gran ventaja que nos ofrece este sistema es evitar que el Estado costee las inversiones, gastos de mantenimiento, ampliaciones, etc. Sin embargo en la realidad nos encontramos con casos en los cuales la figura de la concesión no es suficiente, es necesario el incentivo del Estado para hacerlos viables, Es así que nacen las llamadas concesiones cofinanciadas o asociaciones público privada, cuya finalidad es hacer viables determinados proyectos, que por ser poco atractivos para los inversionistas, necesitan del incentivo y colaboración del Estado para llevarse a cabo. En este artículo los autores hacen mención a este tipo particular de concesiones y las distinguen de los contrato de obra, aclarando dudas acerca de la naturaleza de las concesiones cofinanciadas o asociaciones público privadas.

El desarrollo de concesiones bajo modalidades de asociación público privada, en las que el Estado compromete recursos públicos, con mayor o menor grado de contingencia, ha generado dudas y comentarios sobre la naturaleza de estas operaciones.

El hecho que estas concesiones incluyan compromisos relevantes de financiamiento estatal ha hecho sugerir a algunos que estas operaciones son, en la práctica contratos de obra disfrazados de concesión de infraestructura, a los que debía aplicarse la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (en adelante LCAE).

Como veremos a continuación éste supuesto dilema es muchas veces sólo un espejismo debido a la falta de comprensión de la concesión como una fórmula fundamentalmente enfocada en la prestación de servicios y no solamente un mecanismo de construcción de obras públicas. En este sentido, cuando la LCAE excluye a las concesiones de su ámbito de aplicación lo hace por razones fundadas. Ocurre simplemente que la lógica de una concesión

es muy diferente a la que subyace al contrato de obra pública. Esta diferencia como veremos, justifica la separación de la LCAE.

Veamos a continuación algunos rasgos de cada figura.

1. El Contrato de Obra Pública: Marco Legal de las Contrataciones Estatales.

La contratación de obras por "Entidades del Sector Público" está sometida al Texto Único Ordenado de la LCAE² y su Reglamento. Al respecto, el numeral 2.2 de la LCAE estipula lo siguiente:

"Las adquisiciones y contrataciones cuyos procesos de selección regula la presente Ley comprenden todos los contratos mediante los cuales el Estado requiere ser provisto de bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente y las demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante." (Subrayado agregado)

1 Abogado, socio del Estudio Echecopar, experto en inversión privada y relaciones privadas internacionales, con estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica de Lima . Fue Presidente de PROCAPITALES, CONASEV, Comité Especial de la Venta de Acciones del Estado en Mercados de Capitales y la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI. Presidió la comisión técnica encargada de la elaboración de los lineamientos de apertura de las telecomunicaciones, y el comité especial de privatización de las empresas ENTEL PERU y Compañía Peruana de Teléfonos. Autor de diversos artículos y ponencias en materia de inversiones, mercado de valores telecomunicaciones y del libro Derecho Internacional Privado. Profesor de Mercado de Valores en la Maestría de Finanzas y Derecho Corporativo de ESAN, Derecho Internacional Privado en la Maestría de Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

2 El Texto Único Ordenado vigente de la LCAE fue aprobada por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM. El artículo 1° manda su aplicación a la contratación de obras estatales.

Del texto citado tenemos que las obras contratadas a la luz de la LCAE son aquellas en las cuales el Estado asume el pago del precio o retribución por la obra y las demás obligaciones que le correspondan como contratante de la misma.

CONSUCODE, según diversas opiniones e informes que ha emitido³, ha opinado que una contratación estatal quedará sometida a la LCAE y su Reglamento siempre que reúna dos características mínimas:

- (i) Que exista una contraprestación dineraria del Estado a cargo de la entidad contratante, que implique una erogación de fondos públicos. Es decir, la contratación en sí misma debe constituir una ejecución del presupuesto público.
- (ii) Los postores que participen como potenciales contratistas, deben perseguir una finalidad lucrativa; actuar como agentes de mercado.

Las dos características arriba descritas son exigidas por CONSUCODE para determinar la aplicabilidad de la LCAE y su Reglamento a un contrato en específico. Nosotros las recogemos en este artículo particularmente para los contratos de obra.

Como vemos, un aspecto determinante para CONSUCODE para aplicar la LCAE es la fuente de su retribución (fondos públicos).

El segundo aspecto decisivo para determinar la aplicación de la LCAE y su Reglamento será la actuación del postor, en calidad de potencial contratista de la obra y como un agente de mercado; es decir, en ejercicio de una actividad lucrativa.

Es relevante anotar que la LCAE admite expresamente una serie de alternativas de financiamiento, como podemos apreciar del artículo 58° de su Reglamento que dice:

“Artículo 58.- Modalidades de ejecución contractual

Las Bases de los procesos de selección para la adquisición y contratación de bienes, servicios y ejecución de obras indicarán, cuando sea pertinente, la modalidad en que se realizará la ejecución del contrato.

Estas modalidades pueden ser:

- 1) Por el Financiamiento, cualquiera que sea el objeto del contrato:
 - a) De la Entidad: En esta modalidad la Entidad financia el costo de los bienes, servicios o ejecución de obras.

- b) Del contratista: En esta modalidad el postor se compromete a asumir directamente el financiamiento del monto total o parcial del contrato de adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras.

- c) De terceros: En esta modalidad el financiamiento del monto total o parcial de los bienes, servicios o ejecución de obras y los costos financieros son asumidos por un tercero comprometido conjuntamente y con la Entidad.

Para utilizar la modalidad descrita en el inciso c) precedente, se aplicará lo dispuesto por la Ley de Endeudamiento del Sector Público y la Ley de Equilibrio Financiero”. (subrayado agregado)

De la norma citada se advierte como, las Obras Públicas contratadas al amparo de la LCAE y su Reglamento pueden ser financiadas por la Entidad, por el contratista o terceros. En estos casos, cuando se otorga un financiamiento del contratista o terceros, quien debe amortizar el financiamiento es finalmente la Entidad del Estado involucrada en el contrato. Es decir, siempre ocurre una erogación de fondos públicos, como contraprestación por la obra.

2) Las Concesiones de Infraestructura

La privatización de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, mediante la entrega de concesiones, está regulada por el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesiones al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM (en adelante, la “Ley de Concesiones”) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM (en adelante, el “Reglamento de Concesiones”). También se regula por la Ley Marco de Inversión Descentralizada y su reglamento.

El Reglamento de la Ley de Concesiones define a la concesión como el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por PROINVERSIÓN, por un plazo establecido⁴.

La ejecución de la obra abarca su construcción, reparación y/o ampliación. Por su parte, la explotación de la obra o prestación del servicio abarca, además, la prestación de servicios complementarios, el mantenimiento de la obra y el pago de tarifas, precios o peajes por los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos⁵.

3 Las Opiniones e Informes consultados están a disposición del público en la página web de CONSUCODE bajo los siguientes números, entre otros: Opinión N°60-2005-GTN, Opinión N°34-2005-GTN, Opinión N°79-2004-GTN, Informe N° 29-2004-GTN, Opinión N°48-2004-GTN, Opinión N°91-2004-GTN, Informe N° 26-2002-GTN.

4 Reglamento, artículo 3°.

5 Reglamento, artículo 3°.

De lo anterior tenemos lo siguiente: (i) la concesión comprende tanto la ejecución de una obra de infraestructura como su posterior explotación; y, (ii) el concesionario podrá cobrar a los usuarios, como retribución por el servicio prestado, una tarifa.

De otro lado la Ley de Concesiones también estipula que "...la concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones."⁶

Aunque la opción legislativa de no otorgar derechos reales sobre bienes públicos es clara y hace sentido, en tanto los bienes de dominio público, por su naturaleza, no son susceptibles de estar sujetos a propiedad privada, en la práctica, la concesión tiene efectos similares a los derechos reales respecto de los bienes que integran la concesión. De otro lado, el concesionario, como titular de la concesión, ostenta una titularidad oponible a terceros, que incluso puede ser registrada en el Registro Público de Concesiones para la explotación de servicios públicos. Esta titularidad también es susceptible de ser otorgada en garantía.

La Ley de Concesiones prevé cuatro modalidades bajo las cuales se puede otorgar una concesión, que son las siguientes⁷:

- (i) A título oneroso, si se impone al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor de la entidad concedente.
- (ii) A título gratuito.
- (iii) Cofinanciada por la entidad concedente.
- (iv) Mixta, cuando concurren más de una de las modalidades antes señaladas.

Las alternativas citadas cubren dos conceptos diferentes. Un primer concepto se refiere a si el Estado recibirá o no una contraprestación por el otorgamiento de la concesión. En esta línea, será a título oneroso si el concesionario se obliga, entre sus obligaciones del contrato de concesión, a pagar alguna retribución al Estado por haber recibido la concesión. En esta misma línea, la concesión será gratuita si el concesionario no se obliga a pagar ninguna contribución al Estado como retribución por la concesión.

Un segundo concepto, paralelo al anterior, se enfoca en quién financia el proyecto. Al respecto, una primera alternativa es que la inversión requerida para la ejecución de la obra de infraestructura y la explotación

del servicio relacionado a ella, sea completamente cubierta por el concesionario y luego sea recuperada por éste con el producto de la explotación. Esta modalidad constituye el esquema de financiamiento típico de una concesión, sea onerosa o gratuita. Una segunda alternativa consiste en que el Estado participe en el financiamiento de la obra de infraestructura y/o la explotación de la obra o el servicio. En este caso estaríamos ante una concesión cofinanciada también conocida como la Asociación Público Privada o *Public Private Partnership*.

Las concesiones cofinanciadas o asociaciones público privadas hacen sentido cuando la entidad estatal concedente no cuenta con fondos suficientes para asumir el proyecto; y, al mismo tiempo, el proyecto no resulta atractivo para los inversionistas, al no ofrecer una rentabilidad apropiada considerando los riesgos e inversiones requeridas por el proyecto. Incluso, podría tratarse de proyectos que generarían pérdidas si fuesen asumidos íntegramente por el sector privado. Sin embargo, si en este mismo proyecto el inversionista privado solo asume parte del costo, y la entidad estatal asume otra, el mismo proyecto podría convertirse en una oportunidad rentable, y por lo tanto pasaría a ser atractivo para el sector privado.

"(...) la concesión tiene efectos similares a los derechos reales respecto de los bienes que integran la concesión."

Por ello, a diferencia de lo que ocurre con las concesiones calificadas como onerosas o inclusive las gratuitas, en el caso de concesiones cofinanciadas por el Estado, estamos ante proyectos que no alcanzan, por sí mismos, estándares de rentabilidad y retornos capaces de atraer a inversionistas privados. Lo anterior genera que sea necesario que el Estado comprometa recursos, para que los proyectos sean viables a través de modalidades de promoción de participación privada. La participación del Estado en el proyecto variará según características propias de cada uno. En algunos casos el proyecto permitirá al inversionista cubrir totalmente la operación y mantenimiento, en otros, asumir una parte de la inversión, o tal vez una combinación de ambos. Lo cierto en todas ellas es que el Estado interviene facilitando diversos grados de apoyo para efectos de la viabilidad del la concesión.

Respecto a estos procesos, encontramos que el Reino Unido (UK) presenta probablemente el mayor grado de desarrollo en esta materia. Cuentan con un conjunto de normas y lineamientos relacionados con

6 Ley de Concesiones, artículo 13°.

7 Ley de Concesiones, artículo 14°.

las *Private Public Partnerships PPP* y *Private Financial Initiative PFI*. La evaluación de los proyectos supone un marco institucional desarrollado, que incorpora una cuidadosa regulación sobre evaluación de los proyectos, debidamente articulada con los demás procesos de decisión de inversión pública. En esta línea se establece un conjunto de parámetros, cualitativos y cuantitativos para decidir la prioridad del proyecto, y si este debe realizarse a través de mecanismos de participación privada o, de acuerdo a una serie de criterios, conviene que sea ejecutado mediante la tradicional licitación de contrato de obra pública. En este análisis el concepto *Value for Money* ocupa un lugar central.

El Perú no ha sido ajeno a estos desarrollos, pues tenemos un conjunto de experiencias que deben servirnos de guía para definir nuestras normas. Entre ellas creemos que tiene mucho interés el caso de los proyectos promovidos a través del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones - FITEL, pues se inician y ocurren en una etapa en la que no se había desarrollado aún el concepto de las Asociaciones Público Privadas, con la intensidad con la que se presenta actualmente. El caso de FITEL es emblemático pues ha sido incluso objeto de aplicaciones en otros países.

En lo que se refiere a las modalidades de cofinanciamiento utilizadas, hay un conjunto variado de fórmulas que se han aplicado en los contratos de concesión, con mayor o menor grado de intervención de recursos públicos. En este sentido, tenemos desde las clásicas garantías de ingreso o demanda⁸, pasando por compromisos de participación en el financiamiento de la obra, con o sin reembolso por parte del inversionista, o la competencia por el menor subsidio estatal⁹. También se vienen considerando formas de canalización de créditos preferenciales (préstamos concesionales), otorgados por entidades gubernamentales promotoras de desarrollo, para efectos de dedicarlos a la realización de determinadas infraestructuras que de otra manera resultarían no viables.

Lo cierto es que la figura de la concesión cofinanciada es una realidad jurídica consolidada, que se desarrolla bajo el paraguas de la doctrina sobre asociaciones público privadas, y que no pierde su naturaleza de concesión por el hecho de contar con mayor o menor compromiso de cofinanciamiento por parte del Estado.

3) Comparando el Contrato de Obra Pública con la Concesión de Obra Pública

A continuación pasamos a identificar los elementos que distinguen al contrato de obra pública de la concesión

de obra pública. Algunos autores ya han comparado ambas figuras:

"... la diferencia entre ambos mecanismos estriba en que, tratándose del Contrato de Obra Pública, la Administración se obliga a abonar directamente al Contratista el importe convenido como contraprestación por la ejecución de la Obra Pública toda vez que la misma ha sido ejecutada, tras lo cual la Obra Pública queda, de inmediato, en poder de la Administración, la que se encargará de modo directo de su explotación. En el caso de la Concesión de Obra Pública, la contraprestación por la ejecución de la Obra Pública a favor del Concesionario no consiste en un importe abonado directamente por la Administración (tras el cual la obra quede en poder de la Administración), sino en el otorgamiento al Concesionario de un derecho temporal a explotar la Obra Pública ejecutada y a percibir el cobro de las tarifas pagadas por los usuarios de la obra."¹⁰

En la cita anterior DANÓS advierte que las principales diferencias entre el Contrato de Obra Pública (al que denominaremos "Contrato de Obra" y la Concesión de Obra Pública (a la que denominamos "Concesión"), son las siguientes:

Retribución:

- En el Contrato de Obra la retribución la hace la entidad concedente de manera directa al contratista, como contraprestación por la correcta construcción de la obra.
- En la Concesión, el concesionario recibe como contraprestación el derecho temporal de explotar la obra (infraestructura) ejecutada y percibir las tarifas que paguen los usuarios. La retribución está relacionada con el servicio y su explotación.

Entrega de la Obra:

- En el Contrato de Obra el contratista entrega la obra a la entidad contratante una vez que finalizada. La gestión de la obra y los servicios inherentes a la misma le corresponden a la entidad concedente.
- En la Concesión, el concesionario mantiene la obra en su poder, lo cual le permite explotarla y cobrar la retribución. Recién se entrega la obra a la entidad concedente cuando concluye el plazo de la concesión, o antes si se hubiese incurrido en una causal de caducidad o resolución de la misma. Tenemos que la gestión de la obra y los servicios inherentes a la misma le corresponden al concesionario.

8 El Estado, como una obligación contractual asumida en el contrato de concesión, garantiza al concesionario un ingreso mínimo por concepto de tarifas dentro de espacios de tiempo determinados (sea mensual, trimestral, semestral, anual, etc.) o le asegura una demanda mínima de usuarios del servicio público o infraestructura concesionados.

9 En este caso, los postores interesados en obtener la concesión, al momento de concursar, proponen dentro de su oferta económica el monto que deberá asumir el Estado en el Proyecto, siendo la mejor oferta aquella en la cual se solicite menos al Estado.

10 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Promoción de la Inversión Privada en Materia de Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos a Tráves de las Concesiones. Para efectos de comprender adecuadamente la cita, por "Administración" entiéndase tanto al Estado como a entidades públicas no estatales.

En el caso del Contrato de Obra Pública, el objeto perseguido es la ejecución de una obra que es contratada por una entidad estatal. La obra estará a cargo de un contratista, quien cobrará una contraprestación dineraria contra la ejecución y entrega de la obra, en los términos y condiciones previstos por el contrato de obra respectivo. Una vez terminada corresponderá a la entidad estatal la explotación de la obra o la gestión del servicio prestado con ella. El constructor no será quien realice la operación y mantenimiento, de la obra pública construida.

De otro lado, en el caso de la concesión, la finalidad última y lo más relevante es la prestación de los servicios que produce la obra pública. La finalidad no se circunscribe a la construcción, sino que trasciende a la etapa de gestión de la obra construida. El concesionario será responsable de la construcción de la obra respectiva, lo que, como vimos antes, puede incluir mejoras o rehabilitación, sobre una infraestructura existente. La responsabilidad de la construcción puede cumplirla directamente o contratando a terceros si previamente lo autoriza el concedente. Por ello cuando se organiza un proceso para seleccionar un concesionario determinado, se pone el acento en el operador de los servicios, constituyendo la identidad del constructor un tema relevante, pero subordinado a lo primero.

A diferencia de lo que ocurre en la contratación de una obra pública bajo la LCAE, en una concesión el concesionario asume la gestión de la obra y los servicios. Asume también una parte de los riesgos asociados a la explotación y la gestión misma, ya que de esto depende el retorno de la inversión y la generación de su utilidad.

De lo anterior se desprende claramente un elemento distintivo esencial de la Concesión, consistente en la titularidad de la gestión de la obra y la explotación de los servicios públicos derivados de ella. Tenemos que en la Concesión el Concesionario mantiene la obra en su poder, a diferencia del Contrato de Obra en que la obra es entregada a la entidad concedente una vez concluida para su posterior explotación. Esta entrega de la obra constituye un requisito para cobrar la retribución o el saldo pendiente de pago a favor del contratista, según sea el caso.

La modalidad de financiamiento de la obra constituye también otro elemento diferenciador entre el Contrato de Obra y la Concesión. Veamos.

A diferencia de lo que ocurre en un Contrato de Obra pública, en el caso de las concesiones el costo de la obra y los costos de operación y mantenimiento son asumidos total o parcialmente por el concesionario. En el caso de las concesiones cofinanciadas el Estado asumirá, mediante diversas vías una parte de estos costos, los que pueden ser sustanciales.

Lo relevante es que, desde la perspectiva del concesionario, la inversión que le corresponde realizar

es recuperada con cargo a la explotación de la obra o el servicio, en base a las tarifas que cobrará a los usuarios.

De otro lado en el Contrato de Obra, nos encontramos frente a fondos públicos pagados por la entidad estatal contratante de manera directa al contratista, en calidad de contraprestación dineraria, por la ejecución y entrega de la obra. En este caso no existe recuperación de la inversión ni los costos con cargo a la explotación de la Obra Pública. Simplemente se paga una contraprestación por la construcción.

El Caso de las Concesiones Cofinanciadas

Recordemos que, como hemos visto, en el caso de las Concesiones existen varias modalidades en función a la posición del Estado frente financiamiento.

En el caso de la Concesión Cofinanciada por el Estado, se trata de un proyecto que no es rentable por sí mismo y requiere de determinados aportes o garantías, sea de ingreso, de demanda y/o conceptos similares, que harán rentable el proyecto y por lo tanto, lo volverán viable para la inversión privada. Tenemos entonces que, en las Concesiones Cofinanciadas, además de los compromisos de inversión y financiamiento asumidos por el concesionario, el concedente (Estado) se compromete a realizar diversos aportes financieros, que pueden ser contingentes o no, destinados a cubrir en parte el costo del proyecto y/o solventar determinados riesgos.

Los aportes financieros que hace la entidad contratante en una concesión cofinanciada califican como erogaciones de fondos públicos. Por lo tanto, es válido preguntarnos si, por existir un desembolso de fondos públicos para financiar el proyecto, podríamos estar entrando al ámbito de aplicación de la LCAE y su Reglamento, pudiendo ser éste aplicable a la obra que ejecutará el concesionario como parte de la concesión.

Nuestra respuesta es que no cabe aplicar la LCAE aún cuando se produzca tal erogación. A continuación explicamos las razones.

En primer lugar, como ya se indicó anteriormente, por disposición legal expresa, la LCAE no se aplica a las concesiones de infraestructura y la construcción de obras que se ejecutan por efecto de ellas. Esto es así aunque ocurra una erogación de fondos públicos, como en el caso de concesiones cofinanciadas por el Estado. La intensidad o grado de la utilización de los fondos públicos, mediante compromisos ciertos o contingentes, no es base para convertir una concesión, enfocada en un servicio determinado y sus estándares de prestación, en un contrato de obra enfocado estrictamente en la construcción.

Existen más argumentos que sustentan la inaplicabilidad de la LCAE a la ejecución de obras incluidas dentro de una concesión de infraestructura.

Si bien en el Contrato de Obra la erogación de fondos constituye la contraprestación por la obra, en el caso de la concesión cofinanciada la erogación de fondos públicos tiene por finalidad asegurar una rentabilidad mínima del Proyecto o eliminación o mitigación de determinados riesgos por quien está en mejor capacidad de asumirlos. El objetivo de la intervención del Estado es hacer viable la explotación de la Obra dentro de un marco de equilibrio económico financiero, que permita atraer inversionistas privados y prestar finalmente los servicios correspondientes.

Así, el financiamiento de la entidad concedente en una concesión cofinanciada no constituye una contraprestación por la Obra, sino más bien es un aporte o subsidio, contingente o no, que la entidad concedente asume para asegurar la viabilidad económica del proyecto. Por lo tanto, si bien en las concesiones cofinanciadas ocurre una erogación de fondos públicos cuando la entidad concedente desembolsa su aporte, ello no desnaturaliza la esencia de la concesión, ni la convierte en un contrato de obra pública. Ello por cuanto no estamos ante el elemento de "erogación de fondos públicos" al que se refiere CONSUCODE para aplicar la LCAE. Este desembolso no lo recibe la sociedad concesionaria como contraprestación por la obra, sino que va directamente a cubrir parte del costo del proyecto.

4) Concesión y Contrato de Obra Pública: Dos Lógicas Diferentes, Dos Procedimientos También Distintos.

Tanto en las Concesiones de Infraestructura como en los contratos de obra pública, existen contratos de construcción, constructores y contratistas, que desarrollan infraestructura pública, bajo modalidades diversas. Sin embargo como hemos visto, la Concesión y el Contrato de Obra son figuras diferentes. Es claro e inequívoco que la LCAE no se aplica a las Concesiones de Infraestructura, la ley no admite duda al respecto y existen muy buenas razones para ello.

Nos toca ahora resaltar la justificación que sustenta la utilización de procedimientos de adjudicación distintos para cada una de las figuras que tratamos.

El procedimiento previsto por la LCAE para la contratación de una Obra Pública, no funcionaría en el caso de una Concesión, dado que la lógica que subyace ambas figuras es sustancialmente diferente, por los riesgos que asumen los concesionarios frente a los contratistas de obras; y por la forma y oportunidad en que ambos perciben los ingresos esperados. El contratista de una obra cobra contra la entrega y no asume riesgos relacionados con la explotación de la obra o el servicio inherente a ella. El Concesionario recuperará su inversión durante los años en que tenga a su cargo la explotación de la obra o del servicio inherente a ella, y este retorno de inversión y la captación de utilidad tendrán un riesgo relacionado directamente a la explotación.

La diferencia mencionada sustenta a su vez que los procedimientos para encargar una obra a un contratista o concesionar una obra seas también distintos. Cualquier intento de aplicar la LCAE a la obra involucrada en una concesión de infraestructura o para licitar la obra por separado, distorsionaría ambas instituciones.

La lógica de las Concesiones está guiada finalmente por la explotación del servicio público por el concesionario. El conjunto de contratos y relaciones que nacen de la concesión tienen como finalidad una combinación equilibrada que da como resultado el mejor servicio posible para los ciudadanos, siempre en un contexto de equilibrio económico financiero entre las prestaciones involucradas en el proyecto. A diferencia de lo que ocurre en una Obra Pública, en la Concesión los parámetros de cobertura y calidad de los servicios adquieren la mayor relevancia.

Corresponderá al Concesionario explotar la Obra Pública y gestionar los servicios públicos. Las bases del proceso por el cual se otorga la concesión persiguen este objetivo, lo que se traduce en requisitos y fórmulas propias de las concesiones y que consideran el costo del proyecto y el retorno de la inversión y generación de utilidad durante la vigencia de la concesión. Estos cálculos no cabrían para la contratación de una obra pública, cuando se considera la retribución que debe pagarse al contratista.

Entre los criterios para adjudicar una concesión se consideran combinaciones tales como, mayor retribución o pago por parte del concesionario ganador en su propuesta económica, las tarifas que cobraría el concesionario en la explotación de la obra de infraestructura o el servicio, las mayores inversiones ofrecidas, la tecnología ofertada, el tipo de bienes a ser integrados a la Concesión, el menor cofinanciamiento solicitado a la entidad concedente, entre otros. En la evaluación de las propuestas de quienes concursan en el otorgamiento de una concesión de infraestructura, no es lo más relevante si el valor de la obra pública terminó siendo mayor o menor del previsto, pues su costo, aunque puede tener incidencia en la variable de adjudicación, es asumido normalmente por el concesionario.

La lógica del Contrato de Obra es diferente. Ella se concentra en las mejores condiciones posibles de la obra misma, tales como el precio, el plazo de ejecución, la experiencia y capacidad financiera del contratista, entre otros. La explotación posterior de la obra o el servicio no se considera para la adjudicación del contrato, puesto que ello corresponderá al Estado con posterioridad a la entrega de la obra. Por tanto la Oferta que realiza el contratista se centrará en criterios relacionados con la Obra y no con su posterior explotación o del servicio inherente a ésta.

A lógicas diferentes deben corresponder procedimientos también distintos.

En Suma, a Manera de Conclusión:

Si entendemos cabalmente que una concesión tiene como objeto último la prestación de servicios, en base a la explotación de la infraestructura objeto de la concesión, podremos diferenciarla fácilmente de la figura del contrato de obra pública, propio de la LCAE.

Para ello debemos comprender que la erogación de recursos públicos, y su grado de utilización, no es un elemento que permite distinguir entre una y otra figuras. La realidad es que en el caso de las concesiones cofinanciadas se produce una utilización de recursos públicos que no altera la naturaleza de las cosas. La decisión sobre si un servicio determinado y las obras necesarias para su prestación, se harán con o sin el

concurso del sector privado en la etapa de explotación, es un proceso interno del Estado que no debe confundirnos ni afectar los procesos una vez convocados.

Por ello es importante tener en cuenta que la razón por la cual se excluye expresamente a las concesiones de infraestructura de la LCAE es debido que éstas, al tener como finalidad última la explotación de la Obra Pública y los servicios que ella produce, se basan en una lógica sustancialmente diferente al Contrato de Obra previsto en al LCAE. Es la existencia de esta lógica la que justifica la diferencia y la razón de ser de la exclusión.

La discusión, por tanto, tiene más de espejismo que de verdadero dilema 