

Equilibrio Económico – Financiero en los Contratos de Concesión en Obras de Infraestructura

Alfredo Dammert Lira*

En el presente artículo el autor describe los orígenes y la naturaleza de la teoría del equilibrio económico-financiero en los contratos de concesión en obras de infraestructura; asimismo señala cuáles son los elementos de los contratos de concesión orientados y destinados a mantener el equilibrio económico – financiero; precisando la importancia de establecer mecanismos y acuerdos flexibles que permitan reducir los riesgos de las concesiones, tales como, una adecuada elección del operador de la concesión, reducción del riesgo regulatorio, alternativas de solución de conflictos distintas a las ordinarias y medidas de carácter administrativo, entre otros. Finalmente, se refiere a las cláusulas explícitas que eventualmente se incluyen en los contratos de concesión.

I. MARCO CONCEPTUAL

Alrededor de los años 30 a.c. aparece en el derecho romano el “contrato”, y por consiguiente con él, se desarrolla la teoría de su equilibrio económico – financiero. Los contratos tienen la particularidad de que sus obligaciones subsisten mientras no cambien excesivamente las circunstancias en que contrataron las partes, es decir, que en muchas situaciones por circunstancias ajenas e inmanejables por los agentes, el contrato no se puede cumplir respetando estrictamente las condiciones inicialmente pactadas (tiempo de entrega de la obra, precio a usuarios, etc.) o simplemente no se puede cumplir por efectos de las circunstancias exógenas (a no ser que se ajusten algunas condiciones), ese es el campo de la teoría del equilibrio económico financiero.

Para analizar la problemática del equilibrio económico – financiero de los contratos de concesión en las actividades asociadas a la provisión de servicios públicos, se debe tener en cuenta las particularidades económicas y tecnológicas de éstas, los tipos y probabilidades de shocks y riesgos, y las alternativas existentes en el diseño de los contratos para enfrentarlos.

El equilibrio económico – financiero, es una herramienta que permite a las partes contratantes asegurar de forma juiciosa y equitativa, que las utilidades y los costos pactados inicialmente puedan mantener un equilibrio, pese a oscilaciones

exógenas a la voluntad de las partes, tales como shocks muy pronunciados en la oferta, por efectos de costos, huelgas, etc. o shocks en la demanda, entre otros.

En particular, debe recordarse que el surgimiento de los contratos a largo plazo entre agentes es explicado principalmente por la existencia de “costos de transacción” (costos de ponerse acuerdo y hacer cumplir los contratos) muy altos en determinadas actividades, los cuales reducen la posibilidad de usar mecanismos de mercado más sencillos para proveer determinados servicios. Ello debido a que, en determinadas actividades existe una mayor posibilidad de ser objeto de una conducta oportunista por parte de los otros agentes implicados en la transacción y a la existencia de racionalidad limitada que impide analizar todas las posibles contingencias futuras. Este es el caso particular de los servicios públicos que, de acuerdo con LEVY y SPILLER (1994) son características que estarían asociadas con:

- i. Inversiones en activos específicos, que son aquellas inversiones que no tienen mayor valor en fines alternativos, tales como la inversión en tender la red de alcantarillado.
- ii. Bienes de consumo masivo, es decir, los que consumen una gran parte de la población y por consiguiente son mercados donde existe alta posibilidad de politización y,

* Graduado en la Universidad Nacional de Ingeniería, Ingeniero Industrial, Lima (1965); Máster en Ingeniería Química por la Universidad de Texas (1967); con certificado en Economía en la Universidad de Bologna, Italia (1972); Ph.D. en Economía por la Universidad de Texas (1977). Actualmente es el Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN

iii. Características de monopolio natural, en el caso de una empresa que produce un único bien, estaríamos hablando de altas inversiones que generan costos medios decrecientes, y, en general (para el caso de empresas que producen más de un producto) estaríamos hablando de subaditividad de costos.

En este contexto, si bien las licitaciones de contratos pueden reducir el grado de intervención estatal y regulación, asignándolos al operador que solicita una menor retribución (llamadas subastas de menor precio por DEMSETZ, 1968) generan la necesidad de establecer contratos dirigidos a administrar diferentes eventos que pueden alterar el desempeño de la actividad involucrada. Tal como indica WILLIAMSON (1976) estos contratos son necesariamente incompletos debido a:

- i. La dificultad para anticipar los distintos escenarios posibles, ya que la gama de posibles contingencias es prácticamente infinita.
- ii. La dificultad de negociar y ponerse de acuerdo sobre lo que debe suceder ante cada escenario posible, es decir, que aún en el supuesto de poder prever cada posible contingencia, es muy complicado ponerse de acuerdo en la solución a cada caso previsto y,
- iii. La dificultad de escribir un contrato de manera clara para una tercera parte dirimente, es decir que bajo el supuesto de que se pueda prever cada posible contingencia y estar de acuerdo en que hacer en cada una, es restrictivamente oneroso escribir dicho contrato, de tal modo que cuando un tercer agente (arbitro, juez, etc.) lo lea, pueda interpretarlo de la forma correcta (ya que el tercer agente no estuvo en el momento cuando se escribió el contrato).

Sin embargo, si bien incompletos, los contratos deben tratar de manejar de la mejor forma posible los riesgos previsibles y tener la suficiente flexibilidad para evitar el fracaso de las concesiones, con los costos que ello traería a la sociedad. En este sentido, tal como indica WILLIAMSON (1976) los costos de transacción asociados a la concesión y complejidad de los contratos justifican un grado de intervención importante del gobierno, que puede ser similar al observado en la regulación tradicional. Por ejemplo, el monitoreo del cumplimiento de los compromisos de calidad e inversión estipulados en los contratos, requieren una intervención del Estado que se puede ver como una forma de "regulación" en sentido amplio.

II. PRINCIPALES ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y EL MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO - FINANCIERO

En valor esperado, las variables involucradas en el

diseño de los contratos de concesión (de las cuales los precios suelen ser las de mayor importancia), deben mantener la siguiente igualdad a lo largo de la vida del proyecto:

$$\sum_{i=1}^N p_i q_i = \text{Costo de Inversión} + \sum_{i=1}^N \text{Costo de Operación y Mantenimiento}_i$$

Siendo p_i los precios de los bienes o servicios en el período i y q_i las cantidades demandadas.

Dicha ecuación nos muestra que los ingresos totales generados producto de las ventas deben ser lo suficientemente grandes como para cubrir los costos totales de inversión y los costos totales de operación y mantenimiento en el período de concesión, incluyendo una rentabilidad razonable.

De acuerdo al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN (2005), los estudios de casos y manuales del BID, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y otras instituciones, los contratos de concesión suelen contener los siguientes elementos a fin de cumplir con este objetivo y manejar los shocks a lo largo de la vida del proyecto:

- Mecanismos de Elección y Asignación de riesgos y responsabilidades
- Mecanismos de Fijación y ajuste de precios
- Mecanismos de acceso a la infraestructura
- Metas de desempeño
- Premios y castigos
- Duración, terminación y compensación
- Tratamiento de la Fuerza mayor y contingencias
- Mecanismos de Solución de controversias

Estos elementos y su diseño particular están orientados, entre otros objetivos, a mantener el equilibrio económico – financiero del contrato ante diferentes tipos de shocks, a la vez que buscan que la empresa o concesionario cumpla con las metas y objetivos de la concesión. Así, en los contratos se suele explicitar qué tipos de shocks y riesgos pueden trasladarse, por ejemplo, a las tarifas mediante fórmulas de actualización (ya sea tipo de cambio, inflación, costos de los insumos, entre otros) y qué otros riesgos comerciales tienen que ser manejados por los mismos concesionarios.

II.1 Mecanismos de Elección y Asignación de Riesgos

La selección del concesionario debe buscar que sus características sean acordes con el objeto del contrato, a fin de garantizar que tenga la capacidad financiera y técnica para llevar con éxito el encargo solicitado. Por ejemplo, en el caso de los contratos que incluyen simultáneamente actividades de construcción y operación, resulta importante que la composición accionaria del concesionario refleje un

equilibrio en la participación del constructor y del socio estratégico (operador). Ello debido a que pueden existir conflictos de interés entre las actividades de operación de la concesión y construcción.

En cuanto al reparto de riesgos entre los operadores y el Estado (indirectamente los consumidores), un primer paso es la identificación de los riesgos y el segundo, analizar quién lo puede administrar mejor dependiendo de cada caso con los mecanismos existentes, como son los seguros o los diferentes tipos de garantías. Por ejemplo, en el caso de los insumos como puede ser el petróleo, el riesgo lo puede administrar el concesionario con diferentes contratos, mientras que el riesgo regulatorio puede ser administrado por el Estado con procedimientos detallados, contratos ley u otros mecanismos.

CUADRO 1: ALTERNATIVAS DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS

¿Cuál es el riesgo?	¿Cómo surge?	¿Cómo debe ser asignado?
Riesgo de Diseño y desarrollo		
Defectos de diseño	Especificaciones técnicas exigidas por el Estado	Riesgo lo asume el Concedente
	Falla del diseño de la propuesta técnica	Concesionario asume el riesgo
Riesgo de Construcción		
Incrementos en costos de construcción	Derivados de ineficiencias o eventos bajo el control del concesionario	Concesionario asume el riesgo
	Cambios en el marco legal general	Concesionario, asume el riesgo (contratación de seguros)
	Acción específica del gobierno que afecta la Concesión	Riesgo lo asume el Concedente
Retrasos en la culminación de las obras	Derivados de ineficiencias o eventos bajo el control del concesionario	Concesionario asume el riesgo
	Fuerza mayor o fuera del control del concesionario	Concesionario, asume el riesgo (contratación de seguros)
No cumplimiento de especificaciones técnicas del contrato	Estándares de calidad, defectos en la construcción, etc.	Concesionario asume el riesgo

«El equilibrio económico – financiero, es una herramienta que permite a las partes contratantes asegurar de forma juiciosa y equitativa, que las utilidades y los costos pactados inicialmente puedan mantener un equilibrio»

Riesgo de Costos Operativos		
Incrementos en costos operativos	Cambios originados por iniciativa del Concesionario	Concesionario asume el riesgo
	Falla en la operación	Concesionario asume el riesgo
Falla originada en retrasos en obtención de permisos, aprobaciones, etc	Discrecionalidad del sector público	Concedente asume el riesgo
Incrementos de precios de insumos	Precios exógenamente determinados por el mercado	Depende de quien esté en mejor capacidad de asumirlo
Riesgo de Ingresos		
Cambios tarifarios	En concordancia con los términos del contrato	Concesionario asume el riesgo
	Incumplimiento por parte del Concedente	Concedente asume el riesgo
Cambios en la demanda	Reducción de la demanda	Concesionario asume el riesgo
Reducción inesperada en cantidad o calidad, que implique una reducción de la demanda.	Falla del operador	Concesionario asume el riesgo
Riesgo Financiero		
Tipos de cambio, tasas de interés	Devaluación de la moneda, fluctuaciones monetarias	Concesionario asume el riesgo
Tenencia de moneda extranjera	Restricciones a la convertibilidad o transferencia	Concedente asume el riesgo

II.2 Mecanismos Tarifarios e Influencia del Marco Regulatorio

Existen estudios que analizan los determinantes del nivel de riesgo relativo de las empresas reguladas. En particular, HOGAN, SHARPE Y VOLKER (1980) y posteriormente BINDER y NORTON (1999) encuentran que la regulación puede “amortiguar” shocks sobre el flujo de caja de las empresas, tal como lo había señalado PELTZMAN (1976).

Esta reducción del riesgo comercial se traduce también en una estructura de financiamiento con más deuda (TAGGART, 1985).

Los efectos dependerían de los mecanismos de fijación de precios. Por ejemplo, un esquema de “precios topes” (*prices caps*) es más riesgoso que un esquema de “tasa de retorno” (*rate of return*) (MAYER, WEED y ALEXANDER, 1996; ENRE, 2001). Por ello, GUASH recomienda evitar en países con fragilidad institucionalidad y capacidad regulatoria la aplicación de price caps.

Sin embargo, según este mismo investigador, independientemente del mecanismo regulatorio adoptado, un criterio apropiado sería la fijación previa de una estructura tarifaria antes del otorgamiento de la concesión, con reglas claras para su reajuste o revisión. En este contexto, la concesión debería ser otorgada a aquel postor que ofrezca el mayor pago inicial dado un “canon periódico” o el mayor “canon periódico” dado un pago inicial.

1 Fuente: Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN (2005)

II.3 Diseño de los Organismos Reguladores y el Problema de la Credibilidad

El Equilibrio económico – financiero está vinculado al tipo de Supervisión y Regulación de la inversión en infraestructura, con algunas diferencias en distintos países de la región, esto último dependerá del grado de institucionalidad que exista en los países.

En los países en desarrollo un importante problema institucional está asociado a la “credibilidad”, cuya no resolución puede poner en peligro la atracción de inversionistas dispuestos a asumir el riesgo de la provisión del servicio. Por ello, es necesario que el Estado genere mecanismos que le permitan ganar “credibilidad” ante los inversionistas.

Entre las medidas que pueden brindar credibilidad a los inversionistas tenemos principalmente las dos más importantes:

Generar mecanismos que delimiten el accionar del gobierno, es decir al poder ejecutivo, legislativo y judicial (ya que siempre existe la posibilidad del oportunismo político), esto se puede lograr mediante procedimiento de apelaciones en diferentes instancias (incluyendo las internacionales), creando organismos reguladores autónomos, entre otros.

Generar mecanismos que delimiten el accionar del organismo regulador, principalmente mediante legislación específica (como la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844), o mediante Contratos – Ley (como el firmado con Telefónica del Perú S.A.).

Dada la naturaleza hundida de parte importante de los activos de las empresas que proveen estos servicios públicos (es decir, que gran parte de los costos en los que se incurrieron dichas empresas son irrecuperables, tal es el caso de la publicidad por ejemplo, o el caso de activos muy específicos, el caso de estudios de factibilidad, entre otros), el proceso de inversión en las mismas reviste particularidades que las distinguen del común de las actividades económicas. Pues una vez realizada la inversión, la empresa no tiene opción de desinvertir y sólo le queda depreciar dicha inversión en el menor plazo posible. Sin embargo, tanto el plazo de recuperación de dicha inversión como la cuantía reconocida de la misma, no dependen de la empresa inversora, dependen del organismo regulador. Esto puede provocar dos problemas:

a) Oportunismo gubernamental (oportunismo político), reflejado en la presión del poder político al organismo regulador, para que aumente el período de depreciación de los activos y/o para que reconozca un menor valor de los activos invertidos, ello con la finalidad de calcular una menor tarifa por los servicios públicos y con ello ganar una mayor popularidad o más votos; o,

b) Captura regulatoria, reflejado en la presión de la empresa regulada, al organismo regulador, para que le reconozca un menor período de depreciación y/o que le reconozca un mayor valor para los activos invertidos, esto con la finalidad de lograr un cálculo de la tarifa más elevada, la captura puede darse de distintas formas, y puede presentarse desde una manera muy sutil como la de otorgar presentes a los tomadores de decisiones en los organismos reguladores, hasta las formas más burdas, como la de entregar dinero por esas decisiones, en cuyo caso estaríamos refiriéndonos a la corrupción.

En ambos casos: oportunismo gubernamental o captura regulatoria, si el organismo regulador no tiene independencia respecto de ambos actores: gobierno y empresa, el resultado será niveles de inversión no óptimos y por lo tanto ineficientes, por exceso o por defecto. Esto afecta el bienestar de los consumidores, en especial el de los consumidores futuros, debido a la volatilidad que tendría la inversión en dicha industria. Es por ello que, es fundamental contar con un organismo regulador que tenga independencia y autonomía, a la vez que rinda cuentas a la sociedad civil, con la finalidad de que sus decisiones sean creíbles, tanto para la sociedad civil como para la empresa regulada.

La credibilidad en el regulador es un elemento clave al momento de tomar una decisión de inversión en industrias con altos costos hundidos y por lo tanto en el bienestar de los consumidores en el futuro. Esto se conoce como eficiencia dinámica.

El diseño institucional de los organismos reguladores (y su diseño organizacional) se basó en los avances del análisis institucional y la economía política de la regulación reseñada por documentos como los de LEVY y SPILLER (1994) y GUASCH y SPILLER, (1997) y en las recomendaciones efectuadas por especialistas de organismos multilaterales como el Banco Mundial.

Así, diferentes estudios han mostrado la importancia de un diseño institucional adecuado que reduzca el riesgo regulatorio y permita atraer inversiones que repercutan en servicios menos costosos y eficientes (BERGARA, HENISZ y SPILLER, 1997). El grado de independencia del poder judicial y el nivel de restricciones a la discrecionalidad del regulador serían dos de los factores más importantes para atraer inversiones en el sector.

Estos resultados han sido validados por un estudio reciente realizado por PARGAL (2003) donde se evalúa la importancia del marco regulatorio para la atracción de la inversión privada utilizando información para el período 1980 – 1998 en los sectores de agua, energía, telecomunicaciones, ferrocarriles y carreteras en Latinoamérica. En este estudio se encuentra que el factor institucional más importante

en la determinación de los volúmenes de inversión privada es el cambio legislativo orientado a liberalizar el régimen de inversión. Adicionalmente, los resultados indican que las acciones orientadas a incrementar el nivel de certidumbre regulatoria y minimizar la percepción de expropiación a través del establecimiento de organismos reguladores independientes es un factor crítico en la determinación de los flujos de inversión.

Paralelamente, GUASCH y SPILLER (1999) indican que un incremento del riesgo regulatorio puede tener implicancias negativas sobre la atracción de inversiones incrementando el costo de capital entre 2 y 7 puntos porcentuales. Ello tendría como consecuencia una reducción del precio de venta de una privatización en 35%, el incremento de tarifas en un 25% (si el incremento en el costo de capital es de 5 puntos), una reducción de la inversión privada entre 15% y 30% y un incremento de la probabilidad de renegociación de los contratos de 40%.

II.4 Resolución de Controversias y Otros Mecanismos Administrativos

En línea con la problemática del diseño institucional, en los países donde el poder judicial tiene problemas y puede generar mucha incertidumbre, suelen establecerse otros mecanismos de resolución de conflictos como el arbitraje, compuesto por especialistas elegidos por las partes, o el uso de mecanismos como el arbitraje internacional en instituciones como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI.

Otro caso de mucha importancia es el silencio administrativo positivo, que es un mecanismo legal reconocido en el país pero restringido a aquellos casos en que los efectos de la autorización no generen o no pueda generar efectos respecto de terceros. Por su parte, se reconoce expresamente que el silencio administrativo negativo es de aplicación a aquellos casos en los que no está involucrado el interés público.

II.5 Sobre el Establecimiento de Metas de Desempeño y los Premios y Castigos

El diseño de la teoría de equilibrio económico – financiero, por su propia naturaleza, ya que está ligada a situaciones muy específicas, impide un proceso de sistematización, bajo estas circunstancias un tema de importancia es el correcto establecimiento de metas de desempeño, premios y castigos.

En el diseño de los contratos de concesión un tema de particular importancia es el establecimiento de Metas “Realistas”, que sean fáciles de medir, a fin de evitar conflictos y que mantengan cierta flexibilidad al cambio frente a modificación de circunstancias. Otro problema que debe analizarse es la imposición de metas de “inversión” versus el establecimiento de

“metas específicas”, lo cual requiere analizar hasta qué punto se dejan las decisiones en los nuevos operadores.

En cuanto a los Incentivos y Penalidades, estos deben guardar relación con beneficios y perjuicios generados al Concedente. Deben estar correctamente especificados en el Contrato de concesión, y no se deben superponer con infracciones administrativas que puede imponer el regulador (es decir, evitar la doble penalización).

II.6 Duración, Causales de Terminación y Compensaciones

La duración de los contratos depende de las características del mismo, tales como las inversiones involucradas, pudiendo ser fija o variable. La terminación antes de culminación de plazos prefijados puede darse por eventos de fuerza mayor, como incumplimiento de concesionario, bancarrota, entre otros. En general, se suele considerar que cuanto menor sea el plazo o mayores facultades de terminación unilateral tenga el Estado, menores los incentivos para inversiones de largo plazo y mayor el riesgo de la inversión. No obstante, la posibilidad de terminación por parte del Concesionario puede también ser un elemento que reduzca el riesgo asociado a su participación.

Por su parte, la compensación dependerá del origen de la caducidad del contrato. Si es por incumplimiento del Concesionario (indemniza el concesionario al Estado). En cambio, si el Concedente hace uso de sus “facultades exorbitantes”, debe compensar al Concesionario. La determinación de la compensación, en caso de terminación por responsabilidad del Concesionario, puede someterse a un proceso competitivo (quien ofrezca más por reemplazar al concesionario) o por reglas “de sucesión” establecidas en el Contrato.

«La credibilidad en el regulador es un elemento clave al momento de tomar una decisión de inversión en industrias con altos costos hundidos y por lo tanto en el bienestar de los consumidores en el futuro. Esto se conoce como eficiencia dinámica»

II.7 Cláusulas Específicas de Equilibrio Económico – Financiero

En muchos contratos se incorporan cláusulas explícitas destinadas a velar por el equilibrio económico – financiero de los contratos. Estas deben establecer claramente sobre qué base se debe calcular dicho equilibrio y su período de aplicación. Se suele proponer qué equilibrio económico – financiero se establezca sobre la base de un valor mínimo para la tasa de retorno de la empresa.

Por otra parte, respecto a las cláusulas y gatillos para la renegociación, debe especificarse claramente cuáles son los eventos que gatillan una negociación y qué es lo que está sujeto a dicha renegociación en esa eventualidad. Las renegociaciones no pueden hacerse para corregir errores en la propuesta con la cual se ganó la concesión, ya que esa posibilidad ex – post generaría ineficiencias ex – ante en el proceso de licitación de la concesión.

Un punto importante que aporta a la sostenibilidad del equilibrio económico – financiero de los contratos es que los compromisos del contrato deben basarse en variables de desempeño de la empresa, ya que puede hacerse inversión, pero lo que importa es la inversión productiva, es decir, la “buena” inversión.

Para una mejor comprensión, las causas que podrían determinar el equilibrio económico – financiero de un contrato, se presenta una clasificación de acuerdo a la naturaleza y los distintos efectos que tengan en el patrimonio².

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Primero, veremos la Teoría de la Imprevisión, denominada también Riesgo Imprevisible, Lesión Sobreviviente o azar económico, “el cual se fundamenta en los principios de buena fe, justicia distributiva, equidad, no enriquecimiento sin causa justa y responsabilidad extracontractual del Estado basada en el principio de “no dañar a Otro”³.

Este caso se presenta cuando las condiciones económicas cambian de manera abrupta, como por ejemplo una hiperinflación, huelgas, escasez de algún insumo esencial, etc., y producto de ello alguna de las partes ya no puede cumplir con el contrato establecido bajo otras condiciones (al momento de firmar el contrato).

En el caso de que el afectado sea el contratista, el contratante debe de brindar alguna compensación en aras de que el contrato se pueda cumplir, dicha

compensación se puede materializar a través de un incremento en el plazo de entrega, precio cobrado, transferencia económica, impuestos dejados de cobrar o disminución de los mismos, entre otras. Cabe indicar que dicha ayuda económica no será necesariamente compensada.

La ayuda económica mencionada no tiene efectos en el caso de que la imposibilidad de cumplir con el contrato sea atribuida a acciones del contratista, salvo casos excepcionales como que la imposibilidad de cumplir sea producto de acciones de la contraparte. En el caso de que sea la parte contratante (el estado) la que incumpla las condiciones del contrato, esta deberá compensar al concesionario por dicha acción no cumplida.

La efectividad de las medidas a tomar van a depender tanto de la disponibilidad de recursos (presupuesto público), como de cumplir con las formalidades correspondientes según la naturaleza de las medidas que se elijan, entre las formalidades tenemos:

Una adenda, que de acuerdo con el marco y ordenamiento jurídico vigente, pueda legitimar la indemnización acordada entre el contratante (Estado) y el concesionario;

Una sentencia judicial; o ,

Un laudo arbitral, que se aplicará cada vez que se cambie un punto del contrato.

En conclusión, se tiene que bajo este principio ningún incumplimiento deliberado del concesionario da lugar al equilibrio económico – financiero del contrato, salvo causal de imprevisión, en cuyo caso se deberá de contestar con la respectiva indemnización que garantice la viabilidad del contrato.

Derecho de modificación

En segundo lugar, veremos el Derecho de modificación o de mutabilidad. Este detalla que nadie tiene permitido unilateralmente modificar los acuerdos de un contrato. Este principio es conocido también como el principio de inmutabilidad de los contratos, sin embargo, existe la experiencia de situaciones en las cuales el contratista queda sujeto a variaciones sobre la decisión del propietario que dispusiera en último momento.

“La rigidez de los citados principios civilistas se aplica con cierta relatividad en el derecho administrativo, donde se admite el derecho a modificar, dentro de ciertos límites razona-

2 Esta sección se basa principalmente en el documento “Teoría del Equilibrio Económico - Financiero del Contrato” de Justo Quirós.

3 Ibíd.

bles justificados por causa del interés público a satisfacer, ya que el contrato administrativo no constituye un fin en sí mismo, pese a las inexcluíbles deficiencias de planificación del operador administrativo, al extremo de predominar el principio de mutabilidad contractual. Es importante mencionar que, la modificación oficial autorizada no sólo puede versar sobre la flexibilización del contrato a través de alguna cesión, subrogación o novación, sino también respecto a variaciones en el objeto, inversión o plazo, en relación con los programas de inversión, obras y trabajo, en caso de suspensiones dispuestas o provocadas por la Administración contratante en aras de adecuar planos, especificaciones técnicas o la cantidad, capacidad, cobertura o calidad de las obras, bienes o servicios”⁴.

HECHO DEL PRÍNCIPE

En tercer lugar, tenemos la Teoría hecho del Príncipe o también llamada azar administrativo. En la edad media, bajo un régimen de monarquía, donde gobernaba un príncipe (rey), se usaba este principio (de ahí su nombre, ya que provenía del máximo ente de poder), que en nuestro caso puede provenir del poder ejecutivo, legislativo o judicial. El término “hecho” representa la manifestación de voluntad del soberano que ejerce su poder.


“Por tanto la teoría o cláusula hecho del príncipe, sobreviene inmanente en todo contrato de derecho público celebrado por el estado, a través de cualquiera de sus Poderes, instituciones centralizadas, autónomas o territoriales, empresas de economía pública o mixta de capital mayoritariamente público u órganos públicos con personería jurídica instrumental”⁵.

Este último principio, de manera similar al principio del derecho de modificación y el principio de la imprevisión, es de orden público, por tanto no se puede renunciar a ello.

COMENTARIOS FINALES

Las concesiones de infraestructura surgen como un mecanismo de organización de las actividades económicas que intenta buscar un balance entre el uso de mecanismos de mercado para atraer inversiones con el diseño de diferentes mecanismos que intentan manejar shocks imprevistos, diferentes tipos de riesgos y el posible uso oportunista de estos por parte de los agentes, tanto el Estado como los concesionarios.

En ese sentido, los mecanismos que suelen usarse en los contratos para hacer frente a las diferentes contingencias posibles se pueden ver como dirigidos a mantener el equilibrio financiero del contrato de concesión, es decir, que la empresa recupere todos sus costos económicos (que incluyen un nivel de riesgo aceptable) a lo largo de la vida del proyecto con los mecanismos establecidos en el contrato de concesión.

La incorporación de estos mecanismos muchas veces hace necesario que el Estado se involucre de una manera más directa en la sostenibilidad de la provisión de determinados servicios, en particular en aquellos donde la incertidumbre es muy alta o no son atractivos por sí mismos al sector privado, pudiéndose generarse mecanismos de Asociaciones Público Privadas o PPP (Public – Private Partnerships). 

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER, I., MAYER, C., y WEED, H., “Regulatory Structure and Risk and Infrastructure Firms: An International Comparison”, Working Papers 1698, World Bank, 1996.

BERGARA, M., HENISZ W. y SPILLER P., “Political Institutions and Electric Utility Investment: A Cross – Nation Analysis”, The Program on Workable Energy Regulation - University of California Energy Institute, 1997.

BINDER, J. y NORTON S., “Regulation, profit variability and beta”, En: Journal of Regulatory Economics, No 15, 1999, p. 249 - 265.

DEMSETZ, Harold, “Why regulate utilities?”, Journal of Law and Economics, Vol. 11, 1968.

Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Memoria de Gestión, 2001.

EUROPEAN COMMISSION DIRECTORATE-GENERAL REGIONAL POLICY, Guidelines for Successful Public – Private Partnerships, 2003.

GUASCH, José Luis, “Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions”. WBI Development Studies, 2004.

GUASCH, J.L. y SPILLER P., “Managing the regulatory process: design, concepts, issues, and the Latin America and Caribbean story”, The World Bank, Washington D, 1999.

GUASCH, J.L. y SPILLER, P., “Regulation and Private Sector Development in Latin America”. The World Bank, Mimeo, 1997.

4 Ibid.

5 Ibid.

HOGAN, W. SHARPE, I. y VOLKER P., "Risk and Regulation. An empirical test of the relationship", *Economic Letters*, No 6, 1980, p. 373 - 379.

International Monetary Fund, "Public-Private Partnerships", 2004.

KERF, M., GRAY, D., IRWIN, T., LEVESQUE, C., y TAYLOR, R., "Concessions: A Guide to the Design and Implementation of Concession Arrangements for Infrastructure Services", Mimeo, The World Bank, 1997.

LEVY, B. y SPILLER, P., "The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative of Telecommunications", En: *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 10, N° 2, 1994.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN - 2005.

Aspectos Económicos Y Conceptuales Relativos al Diseño de Contratos de Concesión Viales.

PARGAL, S., "Regulation and Private Sector Investment in Infrastructure: Evidence from Latin America", *World Bank Policy Research Paper* 3037, 2003.

PELTZMAN, S., "Towards a more general theory of regulation", En: *Journal of Law and Economics*, N° 19, 1976, p. 211 - 244. 1976.

QUIRÓS, Justo, "Teoría del Equilibrio Económico Financiero del Contrato", En: *Revista Tecnología MOPT*.

SMITH, W., "Utility regulators – roles and responsibilities", *The World Bank Group*, 1997.

SMITH, W., "Utility regulators – the independence debate", *The World Bank Group*, 1997.

TAGGART, R. "Effects of Regulation on Utility Financing". En: *Journal of Industrial Economics*, Vol. 33, No 3, 1985, p. 257 - 276.