

Asignación de Riesgos en la Colaboración Público-Privada

Rafael Román Dickson Morales

Tesis doctoral UDC / 2018

Directores: Jaime Rodríguez-Arana y Juan José Pernas García

Tutor: Jaime Rodríguez-Arana

Programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

DEDICATORIA

A Dios, por ser el guía de mi vida y estar presente en cada proyecto.

A mi esposa Mariel, por su paciencia, comprensión, apoyo y todo el amor durante este proyecto.

A mi hijo Tomás, por sus sonrisas y ocurrencias que aliviaban el proceso de investigación.

AGRADECIMIENTOS

A mis Directores de Tesis, el profesor Jaime Rodríguez-Arana, por su constante entrega, disponibilidad y orientaciones, pero sobre todo por contar con su amistad. Al profesor José Pernas, por haber aceptado co-dirigir este proyecto, por sus comentarios y su amistad.

A mi Madre, por su constante apoyo y ánimo para culminar este proyecto.

A todos los profesores del departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de la Coruña, por haberme hecho sentir como en casa, en especial a Marta García, Almudena Fernández y Javier Sanz.

Al profesor Olivo Rodríguez Huertas, que si no fuera por él no estaría hoy concluyendo este proyecto al introducirme al escenario del Derecho Administrativo.

A todos mis compañeros de DMAC Despacho Jurídico, que con su apoyo y soporte me permitieron generar un espacio en el trabajo para dedicarme a la investigación.

A todas aquellas personas que día a día se preocuparon por brindarme ánimo y esperanza.

RESUMEN:

El presente trabajo de investigación pretende analizar y dar una respuesta a la problemática jurídica de la asignación de los riesgos en los proyectos o contratos de colaboración público-privada. Para ello, se ha analizado la Directiva 2014/23/UE, la Ley 9/2017, el anteproyecto de ley de alianzas público privado de la República Dominicana, así como algunos ejemplos de mejores prácticas a nivel internacional, y teorías económicas como que se relacionan con esta temática, como es el caso del análisis económico del derecho y los contratos incompletos.

En ese sentido, se analizará las diferencias que existen entre el riesgo previsible y el imprevisible, así como aquellos riesgos que pueden ser asignado entre las partes. El análisis de si las nuevas normativas establecen mecanismos precisos que permitan realizar una efectiva asignación de riesgos entre el sector público y privado constituye un aspecto importante de esta investigación. Asimismo, se pretende plantear mecanismos jurídicos y prácticos para una adecuada asignación, distribución y gestión de los riesgos entre el sector público y privado en los proyectos de colaboración público-privada.

Palabras clave: asignación de riesgos, gestión de riesgos, valoración del riesgo, colaboración público-privada, riesgos previsible, riesgos imprevisible, riesgo y ventura, riesgo operacional, tasa interna de rentabilidad, técnicas de equilibrio económico, mejor valor posible del dinero.

RESUMO:

O presente traballo de investigación ten como obxectivo analizar e dar resposta ao problema legal da asignación de riscos en proxectos ou contratos de colaboración público-privados. Con este fin, a Directiva 2014/23 / UE, Lei 9/2017, o anteproxecto de lei sobre asociacións público-privadas da República Dominicana, así como algúns exemplos de boas prácticas a nivel internacional e teorías económicas como se relacionan con este problema, como é o caso da análise económica da lei e os contratos a longo prazo.

Neste sentido, analizaranse as diferenzas entre os riscos previsibles e imprevisibles, así como os riscos que se poden asignar entre as partes. A análise de se as novas normativas establecen mecanismos precisos que permiten unha asignación efectiva de riscos entre os sectores público e privado é un aspecto importante desta investigación. Do mesmo xeito, o obxectivo é propoñer mecanismos legais e prácticos para unha adecuada distribución, distribución e xestión de riscos entre os sectores público e privado nos proxectos de colaboración público-privada.

Palabras clave: asignación de risco, xestión de riscos, avaliación de riscos, colaboración público-privada, riscos previsibles, riscos imprevisibles, risco e ventura, risco operativo, taxa interna de retorno, técnicas de equilibrio económico, o mellor valor posible do diñeiro.

ABSTRACT:

This research work aims to analyze and provide an answer to the legal problem of risks allocation in public-private partnerships projects or contracts. To this end, it has been analyzed Directive 2014/23/EU, Law 9/2017, the preliminary draft law on public-private partnerships of the Dominican Republic, as well some international best practices examples, and economic analysis of law and incomplete contracts.

The differences between the foreseeable and unforeseeable risks, as well as those risks that can be assigned between the parties, will be analyzed. The analysis of whether the new regulations establish precise mechanisms that allow an effective allocation of risks between the public and private sectors is an important aspect of this investigation. Likewise, the aim is to propose legal and practical mechanisms for an adequate allocation, distribution and management of risks between the public and private sectors in public-private partnerships or projects.

Keywords: risk allocation, risk management, risk assessment, public-private partnership, foreseeable risks, unforeseeable risks, risk and venture, operational risk, internal rate of return, economic equilibrium techniques, value for money.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES Y DELIMITACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA	6
1.1 Delimitación conceptual de la colaboración pública privada	6
1.1.1 La conceptualización de la colaboración público-privada en el ordenamiento comunitario	8
1.1.2 La conceptualización y experiencia española del contrato de colaboración público-privada.....	15
1.1.3 La figura de la colaboración pública privada en República Dominicana.....	19
1.1.4 Conceptualización de la colaboración pública privada y sus principales características.....	28
1.2 El problema de los riesgos: delimitación en la investigación.....	34
1.2.1 Generalidades conceptuales acerca del riesgo.....	36
1.2.2 Características esenciales del riesgo	40
1.2.3 Breves consideraciones históricas sobre el Principio de Riesgo y Ventura	42
1.2.3.1 Antecedentes del Riesgo y Ventura en el Ordenamiento Jurídico Dominicano	47
1.2.3.2 Reflexiones a la concepción clásica del principio de Riesgo y ventura y su aplicación actual	49
1.3 La Problemática actual de los riesgos y su asignación	56
2 CAPITULO II: EL RIESGO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	58
2.1 Cuestiones previas.....	58
2.1.1 El riesgo previsible en la contratación pública	59
2.1.2 El riesgo imprevisible.....	66
2.1.2.1 Diferencia entre riesgos previsible e imprevisible y los imprevistos en la ejecución de un proyecto	68
2.1.2.2 La tasa interna de rentabilidad (TIR), riesgos y el equilibrio económico	70
2.2 Los riesgos imprevisible y las distintas técnicas de equilibrio económico.....	78
2.2.1 Actos y Hechos del Estado	80
2.2.2 La modificación unilateral o <i>Ius Variandi</i>	83
2.2.3 Revisión de precios.....	93
2.2.4 Teoría de las Sujeciones Imprevistas.....	97
2.2.5 Teoría del riesgo imprevisible o imprevisión	101
2.2.5.1 Diferencias del riesgo imprevisible con otras figuras jurídicas	106
2.2.5.2 Ocurrencia de un evento imprevisible y extraordinario.....	108
2.2.5.3 Desequilibrio económico o ruptura económica sustancial.....	110
2.2.5.4 Breves acotaciones sobre la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible o imprevisión en España.....	115

2.2.5.5	La aplicación de la teoría del riesgo imprevisible o imprevisión en República Dominicana.....	125
2.3	Los Principales riesgos en los proyectos CPP	128
2.3.1	Riesgos económicos – financieros	133
2.3.2	Riesgo Monetario o cambiario	135
2.3.3	Riesgo de demanda	136
2.3.4	Riesgos de construcción – técnicos – terminación	140
2.3.5	Riesgos legales.....	147
2.3.6	Riesgos políticos	149
2.3.7	Riesgos de operación.....	151
2.3.8	El riesgo de disponibilidad	154
2.4	La estabilidad del régimen de riesgos pactado y el equilibrio económico.....	155
3	CAPÍTULO III: EL RIESGO OPERACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA 2014/23/UE Y LOS RIESGOS EN EL ANTEPROYECTO DE APP EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.	160
3.1	Cuestiones preliminares	160
3.2	El concepto de riesgo operacional por el TJUE previo a la Directiva 2014/23/UE	162
3.3	El riesgo operacional en la Directiva 2014/23/UE.....	169
3.3.1	Principales características del riesgo operacional conforme a la Directiva 2014/23/UE	178
3.3.2	Inconvenientes prácticos del riesgo operacional en la Directiva 2014/23/UE y proyectos de CPP	183
3.3.3	La existencia del equilibrio económico dentro del riesgo operacional	187
3.3.4	De la aplicación del riesgo imprevisible en la Directiva 23/2014/UE	191
3.3.5	El riesgo operacional como criterio diferenciador de una concesión con otros tipos de contratos públicos	193
3.4	La transposición del riesgo operacional en la Directiva 2014/23/UE al ordenamiento jurídico español.....	196
3.4.1	Las disposiciones del equilibrio económico en la Ley 9/2017	208
3.5	La Responsabilidad Patrimonial Administrativa y el Riesgo Operacional en la Ley 9/2017	212
3.6	Los riesgos en el Anteproyecto de APP en la República Dominicana	215
3.7	Breve reseña sobre la contabilización de proyectos de CPP en la Unión Europea	217
3.8	Algunas ideas sobre la contabilización de proyectos de CPP en la República Dominicana.....	227

4	CAPÍTULO IV: MECANISMOS DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	231
4.1	Preámbulo	231
4.2	Limitantes a la asignación de riesgos	233
4.2.1	Aspectos Constitucionales	235
4.2.2	Aspectos Legales.....	238
4.3	La buena administración en la asignación de riesgos.....	243
4.4	La Administración del Riesgo.....	250
4.4.1	Identificación del riesgo.....	253
4.4.2	Análisis del riesgo	257
4.4.3	Valoración del riesgo	258
4.5	Análisis económico del derecho en la asignación de riesgos	261
4.5.1	Análisis económico del derecho de contratos	263
4.5.1.1	Teoría económica del contrato	263
4.5.1.2	Teoría de la inexecución por ineficiencia o incumplimiento eficiente	264
4.6	El mejor valor posible del dinero (Value for Money) y la asignación de riesgos ..	267
4.7	El impacto de la larga duración de proyectos de CPP y la asignación de riesgos..	271
4.8	Principios y lineamientos para la asignación de riesgos	278
4.8.1	Transparencia en los mecanismos de asignación de riesgos	284
4.8.2	Estructuración de pliegos de condiciones.....	289
4.8.3	Mecanismos para mitigar los riesgos	291
4.8.4	Políticas públicas en materia de asignación de riesgos para proyectos de CPP	294
4.8.5	Monitoreo y administración del proyecto de CPP	297
4.8.6	Los acuerdos entre las partes sobre reparto de riesgos	299
4.8.7	Impacto de una óptima asignación de riesgos.....	302
4.9	Potestades de la Administración Pública en proyectos de CPP	304
4.10	Corrupción, cuestiones éticas e integridad en la asignación de riesgos en proyectos de CPP	307
4.11	Análisis práctico de asignación de riesgos.....	310
4.11.1	Caso de España	310
4.11.2	Caso de República Dominicana	315
5	CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN	320
6	BIBLIOGRAFÍA	XIII

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BEI:	Banco Europeo de Inversiones
CE:	Consejo de Estado
CONPES:	Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia
CPP:	Colaboración público-privada, alianzas público-privada o asociación público-privada
CLAD:	Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea
DR-CAFTA:	Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y la República Dominicana ratificado por la República Dominicana en fecha 1 de marzo de 2007
EUROSTAT:	Oficina Europea de Estadística
FMI:	Fondo Monetario Internacional
HM TREASURY:	El Tesoro de su Majestad del Reino Unido
JCCA:	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
LCCP:	Ley No. 340-06, aprobada en fecha 20 de Julio de 2006, modificada por la Ley No. 449 de fecha 6 de diciembre de 2006, sobre compras y contrataciones públicas de la República Dominicana.

LCSP:	Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, sobre procedimiento de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes, y los servicios postales, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 92/13/CEE Ley de Contratos en los Sectores Especiales
Ley 9/2017:	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
OECD:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONE:	Oficina Nacional de Evaluación
PCAP:	Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares
PFI:	Private-Finance Initiative.
PYMES:	Pequeñas y Medianas Empresas
SEC:	Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas
STC:	Sentencia Tribunal Constitucional
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo de España
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

SCJ:	Suprema Corte de Justicia
NAO:	Oficina Nacional de Auditoria del Reino Unido
RAP:	Revista Administración Pública
RPA:	Responsabilidad Patrimonial Administrativa
REDA:	Revista Española de Derecho Administrativo
RCCL:	Decreto de 9 de enero de 1953, Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales
TACP:	Tribunal Administrativo Contratos Públicos
TACRC:	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TIR:	Tasa Interna de Rentabilidad
TC:	Tribunal Constitucional
TCE:	Tribunal de Cuentas Europeo
TSE:	Tribunal Supremo de España
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP:	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, del 14 de noviembre de 2011

UE: Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La participación del sector privado en la consecución de los cometidos públicos del Estado no es una actividad novedosa o reciente. En los últimos años, se han generado interesantes discusiones respecto de las concesiones y las alianzas o colaboraciones público privada, reflexiones que no sólo se sustentan en los aspectos jurídicos de dichas figuras, sino también en cuestiones financieras y económicas, principalmente debido a las crisis financieras mundiales que se han presentado y la disponibilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas.

Estas fórmulas asociativas entre el sector público y privado, se presentan como alternativas incluso para aliviar la situación financiera de las Administraciones Públicas, donde las restricciones presupuestarias casi obligan a contar con recursos financieros privados para la estructuración de proyectos públicos de cierta envergadura y contando además con la experiencia del sector privado en la maximización y gestión eficiente de los recursos económicos, así como de la gestión especializada o técnica de los proyectos a ejecutar.

En ese contexto, bajo las fórmulas asociativas entre el sector público y privado, sean concesiones, colaboración público-privada, alianzas público-privada o asociación público-privada (en lo adelante “CPP”) constituyen una de las nociones jurídicas más observadas en diferentes jurisdicciones, como lo fue el Libro Verde sobre colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones¹. En ese contexto, en España, se produce un reconocimiento explícito del denominado contrato típico de colaboración público privada, a través de la derogada Ley de contratos del sector público de fecha 30 de octubre de 2007. En el caso de mi país, República Dominicana, desde hace varios años circulan proyectos de ley con el objetivo de regular las concesiones y alianzas públicos privadas.

¹ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas (COM) (2004) 327, de fecha 30 de abril de 2004.

Otro aspecto a notar, es que con la aprobación de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, se opta por no calificar como un contrato particular la CPP, ya que se establece que la misma es una forma de colaboración entre el sector público y el privado, por lo que las mismas pueden ser realizadas a través de diversas formas contractuales, siendo la más utilizada la concesión. Si bien esto es cierto, la CPP, tal y como es concebida hoy día puede presentar algunos aspectos diferenciadores con el contrato de concesión, dependiendo de la normativa que adopte cada jurisdicción. Ahora bien, ambas fórmulas tienen un aspecto particular en común, que es el riesgo.

El concepto de riesgo operacional fue el elemento elegido por la Directiva 2014/23/UE para definir el concepto de concesión, que a nivel de la Unión Europea abarcaría los proyectos de CPP, para diferenciarla de las otras tipologías de los contratos públicos. La transposición de la Directiva 2014/23/UE en España, finalmente se realiza mediante la aprobación y publicación en el Boletín Oficial del Estado número 272, el 9 de noviembre de 2017, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, sobre Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Con estas nuevas normativas, el riesgo en sentido general, se convierte en protagonista en la estructuración de fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado, como son los proyectos de CPP. Además, tiene una incidencia trascendental sobre la materialización de los mismos y su financiación. Así pues, que el desarrollo de proyectos de CPP exige, ineludiblemente, la adecuada identificación, asignación y distribución de los riesgos. Creo que esta tarea será como un juego de ajedrez en donde cada parte debería realizar su mejor esfuerzo para una correcta configuración del mapa de riesgos de cada proyecto. Es como indicaba, el sociólogo alemán Ulrich Beck², de que *los riesgos que se generan en el nivel más avanzado del desarrollo de las fuerzas productivas en la sociedad actual que intranquilizan a la opinión pública ponen en peligro a la vida en esta Tierra*. Así

² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós, traducción Jorge Navarro, Daniel Jimenez y Maria Rosa Borrás, España, 2015, p. 33 y siguientes.

pues, los riesgos existentes en la CPP y su mala asignación o reparte entre el sector público y privado podrían en peligro la viabilidad y ejecución del determinado proyecto.

Mi interés en realizar la presente investigación inicia y surge desde la problemática jurídica en determinar si las nuevas normativas establecen mecanismos precisos que permitan realizar una efectiva asignación de riesgos entre el sector público y privado, siendo el objetivo principal de esta investigación realizar un estudio sobre la adecuada asignación, distribución y gestión de los riesgos entre el sector público y privado en los proyectos de CPP, analizando especialmente la Directiva 2014/23/UE, la Ley 9/2017 y el anteproyecto de ley de alianzas público privado de la República Dominicana.

He desarrollado este trabajo en cuatro capítulos para permitir al lector de manera clara y sencilla entender mis conclusiones y recomendaciones sobre la asignación de riesgos en proyectos de CPP. En ese sentido, en el primer capítulo he pretendido introducir algunas cuestiones jurídicas sobre la delimitación conceptual de la colaboración pública privada y algunas generalidades conceptuales y características de los riesgos.

En el segundo capítulo sobre el riesgo en la contratación pública, analicé el riesgo previsible y el imprevisible, a fin de determinar sus diferencias y el impacto en la asignación de los mismos. Igualmente, presenté cuáles son desde mi perspectiva los principales riesgos en los proyectos CPP. Asimismo, tomando en consideración la ineludible relación existente entre la asignación de riesgos y el equilibrio económico financiero realicé puntualizaciones sobre los riesgos y la tasa interna de rentabilidad, así como del equilibrio económico financiero. Posteriormente, se analiza los riesgos imprevisibles y las distintas técnicas de equilibrio económico, finalizando con la estabilidad del régimen de riesgos pactado y el equilibrio económico.

Por su parte, en el tercer capítulo, desarrollé el riesgo operacional desde la perspectiva de la Directiva 2014/23/UE. Esta sección es de vital importancia en la investigación ya que analiza el concepto de riesgo operacional derivado de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea previo a la Directiva 2014/23/UE y su transposición al ordenamiento jurídico

español. Asimismo, sin pretender realizar una investigación comparativa internacional, considero importante realizar aportes que sean de utilidad para la República Dominicana, razón por la cual examiné los riesgos en el anteproyecto de alianzas público-privada. Finalmente, he concluido este capítulo analizando algunas cuestiones contables en los proyectos de CPP.

Luego de haber analizado esas cuestiones, en el cuarto y último capítulo he revisado los mecanismos de asignación de riesgos en la colaboración público-privada, abarcando las posibles limitantes en la asignación de riesgos, y presentando mi perspectiva de los elementos que deben existir para estructurar y negociar la asignación de riesgos, partiendo de un ejercicio de buena administración en dicha actuación. Igualmente, en esta sección desarrollo mi punto de vista de que la asignación de riesgos debe realizarse entre las partes que se encuentren en la mejor posición de prevenir, mitigar y administrar los riesgos, que es uno de los objetivos principales de esta investigación. Asimismo, presento casos prácticos de asignación de riesgos, tomando como ejemplos casos en España y República Dominicana.

Las conclusiones, recogen las cuestiones más relevantes de la investigación, indicando algunas recomendaciones para realizar una asignación de riesgos en proyectos de CPP aplicando la buena administración, razonabilidad y eficiencia.

Con lo expuesto, se ha realizado una investigación crítica y exhaustiva respecto de los riesgos en la contratación pública, particularmente en los proyectos de CPP o concesiones, y, quizás por la reciente trasposición del riesgo operacional en el ordenamiento jurídico español no se ha generalizado para proyectos sobre una correcta asignación de riesgos. Por ello estimo, que esta investigación pudiera aportar tanto a las Administraciones Públicas como al sector privado, para una mejor identificación, distribución y asignación de riesgos entre el sector público y el sector privado.

En definitiva, creo que el interés económico, jurídico, social y práctico, sobre los riesgos, incluyendo su identificación, su relación con el equilibrio económico y la eficiente asignación de los mismos será cada vez más objeto de análisis y de estudio, derivado principalmente de

la necesidad de las Administraciones Públicas de contar con la colaboración del sector privado para proyectos de gran envergadura, que solo pudieran ser emprendidos y ejecutados usando fórmulas de colaboración entre ambos sectores como son las concesiones o la CPP, que requieren necesariamente una correcta y eficiente asignación de los riesgos, ya que de lo contrario, serían proyectos destinados al fracaso con poco impacto en el desarrollo de nuestras sociedades y en el bienestar colectivo de las personas.

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES Y DELIMITACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

1.1 Delimitación conceptual de la colaboración pública privada

Desde hace mucho tiempo, la consecución del interés público y necesidades colectivas no son satisfechas exclusivamente por la Administración Pública³. Los particulares y el Estado, de manera conjunta a través de empresas con capital mixto, y en especial por medio de la figura del contrato, en especial de colaboración económica entre el sector público y el privado colaboran en la satisfacción del interés público. Tal y como señala la Profesora Brunete de la Llave: “La colaboración público-privada acoge un cambio fundamental en la cultura tradicional de las Administraciones Públicas, que se alejan con ella del mero dominio inmediato sobre los administrados, en un nuevo fundamento político basado en las relaciones de colaboración”⁴.

En los últimos años, la terminología de *colaboración público-privada*, *alianzas público-privada* o *asociación público-privada* (en lo adelante “CPP”) ha sido utilizada indistintamente, para denominar lo que sería aparentemente una nueva modalidad o figura contractual dentro del marco de la contratación pública. La misma ha sido comúnmente utilizada, incluyéndose en muchos de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos⁵. Generalmente, es sostenido que la utilización terminológica de asociación público-privada proviene de la traducción de las *public private partnerships (PPP)*, cuyo país precursor es el Reino Unido.

³ Dentro del marco de la presente investigación, utilizaré la denominación de Administración Pública, aun cuando desde la perspectiva del derecho comunitario y español, el sujeto es el poder adjudicador, cuyo concepto ha sido desarrollado y sería más abarcador que de administración pública.

⁴ BRUNETE DE LA LLAVE, M. T. *Los contratos de colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público. Especial aplicación a las entidades locales*. Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 104.

⁵ Como es el caso de España, a través de la Ley LCSP de fecha 30 de octubre de 2007 y en la República Dominicana, existe actualmente un anteproyecto en preparación y discusión impulsado por el Ministerio de la Presidencia. Igualmente, el Gobierno de la República Dominicana trata de impulsar cada vez con más frecuencia proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada. Asimismo, existe leyes especiales sobre asociaciones público privada en Argentina, Chile, Colombia, México, Perú, Uruguay, entre otros países latinoamericanos.

De igual manera, la doctrina ha señalado que esta forma contractual en su definición contiene cuestiones -ciertamente abstractas y que ponen el acento en aspectos distintos- que no puede definirse de forma cerrada pues su implementación admite un abanico considerable de posibilidades en su esfera⁶. En ese mismo sentido, señala el profesor Moreno que: “El concepto de colaboración público-privada tiene un significado muy amplio que puede englobar diversas fórmulas de participación, lo que ha provocado que instituciones y administraciones entiendan cosas distintas.”⁷ Lo anterior, se aplica por lo menos en el Derecho Comunitario, incluyendo por supuesto el ordenamiento jurídico español. En el caso dominicano la discusión dogmática aún no ha comenzado, pero sí existen desde ya referencias a proyectos de normativa de alianzas pública – privada.

La cuestión de delimitar claramente el significado de los conceptos jurídicos no es una cuestión teórica, como bien apunta el profesor Gimeno Feliú al señalar que: “La cuestión no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico en tanto de la incorrecta tipificación de un contrato público, pueden alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública.”⁸ Es por ello, que resulta fundamental para el desarrollo de esta investigación, delimitar y definir claramente qué se debe considerar cuando se hace referencia a una CPP.

La primera cuestión a realizar para delimitar el concepto de CPP es determinar, si la CPP es una categoría contractual individualizada, específicamente del contrato de concesión. Para esta delimitación conceptual, se revisará cómo las Directivas Europeas han regulado esta figura. Luego, se presentará la definición de contrato de colaboración público privada en el ordenamiento jurídico español y dominicano. Finalmente, se establecerá el concepto de CPP para la presente investigación.

⁶ Así se pronuncia VALCACER FERNANDEZ, P., Fórmulas alternativas a la financiación de infraestructuras públicas. Experiencias de colaboración público-privada, Jornadas sobre la iniciativa privada en la financiación de los proyectos públicos, 8 y 9 de febrero 2007, Universidad de Burgos.

⁷ MORENO, E. *Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración*. Oñati Socio-legal Series [online], 2 (4), 83-102, 2012. <http://ssrn.com/abstract=2043126>. Consultado en abril 2015.

⁸ GIMENO FELIU, J. M. *Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP*, Revista Española de Derecho Administrativo No. 156, Octubre-diciembre 2012, p. 18.

1.1.1 La conceptualización de la colaboración público-privada en el ordenamiento comunitario

Para presentar como se ha desarrollado el concepto de la colaboración público-privada es necesario analizar brevemente las principales disposiciones al respecto que se establece en el Libro Verde sobre la colaboración público-privada, la Comunicación interpretativa de la Comisión de las Comunidades Europeas relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), así como otras disposiciones y comunicaciones comunitarias en materia de contratación pública y concesiones.

Antes de señalar las principales disposiciones contenidas en el Libro Verde, me parece interesante en este punto resaltar, que mediante la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en Derecho Comunitario 2000/C 101/02 se indicaba que: “si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo.”⁹.

Así pues, desde ese momento la Comisión Europea consideraba fundamental para determinar la existencia de una concesión la transferencia del riesgo. Siendo este aspecto el elemento diferenciador entre contrato público de obras y una concesión. Este criterio se mantuvo en lo adelante, tal y como será expuesto a continuación.

En ese sentido, la Comisión Europea en el Libro Verde sobre colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones señalaba respecto a la colaboración público-privada que no existe una definición jurídica precisa en el ordenamiento jurídico comunitario, cuando indica que: “*La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario.*”¹⁰ Si se observan o se hace

⁹ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas (COM) (2000/C 121/02), de fecha 24 de marzo de 2000.

¹⁰ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas (COM) (2004) 327, de fecha 30 de abril de 2004.

referencia específica a una tipología contractual de contrato de colaboración público-privada, sino que continúa señalando la Comisión que: “En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”.

Lo anterior parecería indicar que la Comisión Europea en vez de optar por tratar de presentar una definición específica de contrato de colaboración público-privada, prefiere indicar que se trata de las distintas formas que pueden existir de cooperación entre las autoridades públicas y los empresarios. Así pues, en vez de presentar una definición concreta de contrato de colaboración público-privada, el Libro Verde en el apartado 2 del 1.1, señala una serie de características que suelen presentarse en las operaciones de CPP. Veamos cuales son:

- La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.
- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.
- El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.
- El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos

derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

El Libro Verde realiza dos distinciones sobre las operaciones de CPP:

- operaciones de CPP de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales.
- operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente.

Para abundar más sobre los tipos de colaboración público-privada que se establecen en el Libro Verde, me remito al trabajo presentado por la Profesora Carmen Chinchilla¹¹ quien presenta claramente como ha fijado la Comisión Europea estas tipologías. En ese artículo se sintetiza lo expuesto en el Libro Verde señalando que: “(...) habrá CPP de naturaleza concesional si el usuario es el que paga al contratista y este último soporta por tanto, el riesgo que comporta la explotación. Por el contrario habrá un contrato CPP de naturaleza no concesional, cuando el <usuario> sea la propia Administración y el contratista se remunere con los pagos periódicos realizados por la misma, con independencia de que estos pagos sean fijos o variables, en función de la disponibilidad de la obra, los servicios que se presten o, incluso, la frecuencia de dicha obra”¹².

Otro documento comunitario, que permite ir determinando la conceptualización que otorga el derecho comunitario a la CPP, es la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas del año 2005, sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. En esa ocasión se indicó que no habría legislación que regulara todas las CPP de tipo contractual y se sostuvo que: “Todas las

¹¹ CHINCHILLA M., C. *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*. Revista Española de Derecho Administrativo, No. 132, 2006, p. 609 y ss.

¹²IBÍD., p. 618.

fórmulas de CPP —siempre y cuando entren en el ámbito del Tratado CE— se consideran contratos públicos o concesiones”¹³.

Desde este momento se pudiera señalar con mayor claridad, que la Comisión Europea tenía una preferencia por indicar que las fórmulas de CPP se consideraban como contratos públicos o concesiones, sin necesidad de que existiera una normativa expresa que regulara las distintas fórmulas de CPP. En adición a lo anterior, se puede sostener que desde el Libro Verde sobre colaboración público-privada, la Comisión Europea siempre hizo referencia a fórmulas de CPP y no caracterizó la CPP como un tipo de contrato particular.

En esta misma comunicación en la parte relativa a los antecedentes de la misma, la Comisión Europea indicaba la principal diferencia con la contratación pública, cuando sostenía que: “La principal diferencia con la contratación pública es el riesgo inherente a la explotación que tiene que soportar el concesionario, quien suele financiar, al menos, una parte de los proyectos. Esta inversión de capital privado se considera uno de los principales incentivos para que las autoridades públicas participen en una CPP”¹⁴.

Asimismo, algunas de las opiniones señalaron que una manera práctica de impulsar la CPP era incrementando la seguridad jurídica en materia de concesiones¹⁵, lo que continua presentando un vínculo estrecho entre la concesión y las fórmulas de CPP, y que vendría a consolidarse años más tarde con la aprobación de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

¹³ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas (COM) (2005) 569, de fecha 15 de noviembre de 2005. Apartado 2.3.1.

¹⁴ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas (COM) (2005) 569, de fecha 15 de noviembre de 2005. Apartado 3.1.

¹⁵El apartado 3.2 sobre las opciones para incrementar la seguridad jurídica en materia de concesiones de la Comisión de las Comunidades Europeas (COM) (2005) 569, de fecha 15 de noviembre de 2005, indicaba entre otras cosas que: “*Muchas partes interesadas opinaron que el incremento de la seguridad jurídica y la mejora de la competencia real en el ámbito de las concesiones sería un modo práctico de fomentar la CPP, aumentando así la contribución que la financiación privada de proyectos puede aportar en épocas de restricciones en los presupuestos públicos*”.

Continuando con un breve análisis histórico de algunos de los principales documentos comunitarios sobre la CPP destaco la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, que en sus consideraciones describió a la CPP como: “una cooperación a largo plazo regulada por contrato entre las autoridades públicas y el sector privado con el fin de llevar a cabo proyectos públicos en los que los recursos requeridos se gestionan en común y los riesgos vinculados al proyecto se distribuyen de forma conveniente sobre la base de la capacidad de gestión de riesgos de los socios del proyecto.”¹⁶

En esta resolución se mantiene la tendencia contraria al establecimiento de un régimen jurídico propio para la CPP. Así pues se señalaba que: “(...)se muestra contrario al establecimiento de un régimen jurídico propio para las CCP, pero considera necesario prever una iniciativa jurídica en el ámbito de las concesiones en la que se respeten los principios del mercado interior y los valores umbral y se prevean reglas sencillas para el procedimiento de licitación, al tiempo que se clarifica el ámbito de las colaboraciones público-privadas institucionalizadas (CPPI)”¹⁷. Igualmente, indica que: “Cree que la legislación debe proporcionar una definición clara de las concesiones que las distinga de los contratos públicos, y que debe establecer criterios de selección que puedan ser objeto de comprobación objetiva”¹⁸.

Por otro lado, en la parte introductoria de la comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las CPP institucionalizada se indicaba que la característica principal de la CPP, es: “en general a largo plazo, es la función asignada al socio privado, que participa en las distintas fases del proyecto de que se trate (diseño, ejecución y explotación), soporta los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público y contribuye con frecuencia a la financiación del proyecto”¹⁹.

¹⁶ Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2006/2043(INI)).

¹⁷ Observación 2 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2006/2043(INI)).

¹⁸ Observación 28 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2006/2043(INI)).

¹⁹ Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), de fecha 5 de febrero de 2008 (2008/C 91/02).

Como se puede observar, la Comisión Europea confirma su criterio de calificar la CPP como una forma de colaboración más que de una forma específica contractual. Asimismo, también ha realizado planteamientos el Comité Europeo de las Regiones²⁰.

Por otro lado, la nueva regulación del Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas (en lo adelante "SEC")²¹ (SEC 2010), establece en la disposición 15.41 sobre asociaciones público-privadas que: "Las asociaciones público-privadas (APP) son contratos a largo plazo entre dos unidades, en los que una adquiere o crea un activo o un conjunto de activos, trabaja con ellos durante un tiempo y luego los transfiere a la otra unidad.

En general, tales acuerdos se dan entre una empresa privada y las administraciones públicas, pero existen otras combinaciones, como entre una empresa pública y una institución privada sin fines de lucro.

Las administraciones públicas participan en las APP por muchos motivos, como la esperanza de que la gestión privada contribuya a la mayor eficiencia de la producción y el poder tener acceso a una mayor gama de fuentes de financiación o el deseo de reducir la deuda pública. Durante el período contractual, el contratista de la APP es el que posee la propiedad legal. Tras el vencimiento del contrato, corresponden a las administraciones públicas tanto la propiedad económica como la legal (...)".

La SEC 2010 en su disposición 20.276 define con mayor claridad el concepto de CPP al indicar que: "Las asociaciones público-privadas (APP) son contratos complejos, a largo plazo, entre dos unidades, una de las cuales es normalmente una sociedad (o un grupo de sociedades, privadas o públicas) denominada operador o socio, y la otra normalmente una

²⁰ Dictamen del Comité Europeo de las Regiones (2009) de fecha 19 de noviembre de 2009: "Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP), que indicaba lo siguiente: "se ha pasado a utilizar el concepto de "colaboración público privada" en una perspectiva bastante más amplia que lo que se pretendía inicialmente y, por consiguiente, propone de ahora en adelante una definición más restrictiva que incluya las relaciones a largo plazo, la asunción de riesgos conjunta y grandes compromisos económicos. Por este motivo, resulta esencial definir con mayor claridad el concepto de colaboración público-privada de modo que sea posible entablar un debate relevante sobre posibles acciones futuras en la Comunidad".

²¹ La nueva regulación del SEC fue aprobada mediante Reglamento (UE) No. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

unidad de las administraciones públicas denominada concedente. Las APP suponen un gasto de capital importante para crear o renovar activos fijos por parte de la sociedad, que después opera y gestiona los activos para producir y ofrecer los servicios bien a la unidad de las administraciones públicas o al público en general en nombre de la unidad pública”.

Finalmente, como último elemento esencial de estudio dentro del ordenamiento comunitario se encuentra la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, es la norma que hasta el momento puntualiza con mayor claridad la conceptualización de la CPP y su relación directa con el contrato de concesión.

Dentro de las consideraciones de la Directiva 2014/23/UE se expone claramente la necesidad de definir el concepto de concesión, a fin de evitar dificultades prácticas. La opción elegida por la Comisión Europea para delimitar este concepto ha sido el riesgo operacional, el cual será desarrollado más adelante en el capítulo III.

Por lo pronto, resulta interesante destacar lo expresado por la Directiva 2014/23/UE en unas de sus consideraciones respecto del concepto de concesión, debido a su relación con la conceptualización de la CPP. El considerando 18 indica que: “Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos

mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios”²².

En definitiva, la Comisión Europea ha optado por no calificar como un contrato típico la colaboración público-privada, sosteniendo desde las primeras reflexiones jurídicas, como lo fue el Libro Verde sobre CPP hasta la Directiva 2014/23/UE, que la CPP es una forma de colaboración entre el sector público y el privado, por lo que las mismas pueden ser realizadas de acuerdo a diversas formas contractuales, siendo la más utilizada la concesión. Resulta muy claro que de los documentos emitidos hasta la fecha por la Comisión Europea, en especial, la Directiva 2014/23/UE, la concesión sería la forma natural de una CPP, pero no la única.

1.1.2 La conceptualización y experiencia española del contrato de colaboración público-privada

El artículo 11 del Real Decreto Legislativo No. 3/2011, de fecha 14 de noviembre de 2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) define el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado de la manera siguiente: “Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad Pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público

²² Considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 26 de febrero de 2014.

o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.

b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

3. El contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.

4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”.

La redacción de este artículo ha sido muy contestada por la doctrina española. Una de las primeras opiniones acerca de la imprecisión conceptual la señaló la profesora Chinchilla al

realizar un análisis, en aquel momento del proyecto de ley de contratos del sector público, sosteniendo lo siguiente: “En mi opinión, el artículo 11 no es un ejemplo de precisión conceptual, pero probablemente estamos ante una imprecisión deliberada o, incluso, hasta cierto punto inevitable; esto es, ante una definición abierta e incompleta, que se limita a describir unos elementos caracterizadores de este tipo contractual, para que sean las partes – la Administración y el contratista privado- las que terminen de definir y concretar los elementos del contrato en cada caso específico. Se ha dicho, por ello, parafraseando el título de la novela de Cortázar, que es un modelo para armar, porque se limita a definir un marco mínimo de actuación que deja en manos de la Administración pública y de los operadores privados la posibilidad de diseñar, en cada caso concreto, el contrato que mejor se ajuste a las necesidades del servicio de que se trate. Ello no obstante, en mi opinión, debería hacerse todavía algún esfuerzo, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, para simplificar la definición y para aclarar algunos aspectos de la misma, con vistas, sobre todo, a dejar claro en qué se diferencia esta figura contractual de otras como la concesión de obras públicas o el contrato de gestión de servicios públicos que incluye ejecución de obras”²³. Continuaba señalando la misma autora que en su opinión, en este artículo 11 y, en concreto, en la definición del objeto, radica uno de los problemas de esta nueva figura contractual, sobre todo porque, dado su tenor literal, en determinados supuestos puede resultar imposible distinguirlo de la concesión de obras públicas²⁴.

Sobre esta cuestión entiendo innecesario abundar profundamente, ya que prefiero remitirme a los diversos trabajos²⁵ existentes en la cuestión, así como por el resultado en la actualidad del contrato típico de CPP, el cual será indicado más adelante.

Por otro lado, se ha indicado que: “La definición de los contratos de colaboración público-privada es imprecisa (...). También se ha sostenido que este punto radica una de las

²³ CHINCHILLA M., C., Op. Cit., p. 624.

²⁴ IBÍD., p. 625-626.

²⁵ Para abundar más sobre la conceptualización de la colaboración público privada en España se puede consultar a ARIÑO ORTIZ, G. *El contrato de colaboración público-privada*. Ponencia para las XI Jornadas sobre Administración Local, Colegio de Secretarios e interventores de Santa Cruz de Tenerife, Puerto de la Cruz, 8 a 10 de octubre de 2008; BRUNETE DE LA LLAVE, M. T. *Los contratos de colaboración público-privada....*, Op. Cit.; PALOMAR OLMEDA, A. *El contrato de colaboración público-privada*, en la *Colaboración Público Privada: Análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*. Thomson Reuters, España, 2011; HERNANDO RYDINGS, M. *La Colaboración Público Privada....*, Op. Cit.; entre otros.

cuestiones mas polémicas de la nueva figura, cuyo deslinde con los contratos de gestión de servicios públicos y, sobre todo, con el contrato de concesión de obra publica es muy difícil de apreciar. Como señala Chinchilla Marín, esta dificultad se torna en imposibilidad cuando el contrato de colaboración publico-privada incluya una obra y se prevea su explotación – la letra a) del art. 11.1 identifica como prestación en la CPP: “La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión”²⁶.

Como se ha podido constatar, la doctrina española, desde el nacimiento del contrato típico de CPP en el ordenamiento español en el año 2007, indicó las claras similitudes que tenía la nueva tipología contractual con el tradicional contrato de concesión. Y es que, por definición y principio, cualquier contrato en que intervenga un particular con la Administración Pública, implica de una forma u otra algún tipo de colaboración para la consecución de las finalidades públicas. Más aún, si se toma en consideración la concepción actual, la cual comparto, que la persona humana es el centro del derecho administrativo. Esto pudiera implicar que la actuación de la contratación pública, incluyendo las CPP tienen que también considerar como objetivo central a las personas y el beneficio que representan los proyectos bajo esta modalidad para ellas.

Indicaba desde su incorporación expresa en el ordenamiento jurídico español el profesor Gimeno Feliú²⁷ que la posibilidad de un nuevo reparto de riesgos ente el operados privado y la Administración, junto con la con la estructuración de la financiación, es el aspecto más importante del nuevo contrato desde un punto de vista financiero y de eficiencia. En definitiva, lo que subyace detrás del concepto de reparto de riesgos es la transferencia al sector privado de riesgos que habitualmente eran asumidos por el sector público.

Finalmente, en este sentido, cabe señalar que desde los borradores del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de España, de fecha 2 de diciembre de 2016, que posteriormente se convertiría en la nueva Ley de contratos, se suprimió la figura del

²⁶ MORENO MOLINA, J. A., PLEITE GUADAMILLAS, F. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Estudio Sistemático. 3era Edición, 2011, p. 340 y 342.

²⁷ GIMENO FELIU, J. M. *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Thomson Reuters, Primera Edición, 2010, p. 174.

contrato típico de colaboración público privada, que había sido introducido por primera vez en la LCSP de fecha 30 de octubre de 2007. Como sustento para esa eliminación, se señala la escasa utilidad práctica. Asimismo, se confirma, lo que durante los primeros años de vigencia de esta tipología contractual había indicado la doctrina, de que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como sería fundamentalmente, el contrato de concesión.

Así pues, se pudiera concluir que una vez aprobada la nueva ley de Contratos, la CPP podrá tener diversas formas y no estará tipificada como anteriormente estaba, apegándose al criterio que inicialmente señaló la Comisión Europea de que la CPP implicaban las distintas formas de colaboración entre el sector público y el privado.

Es importante destacar, que si bien las concesiones pueden ser la forma más utilizada de colaboración entre el sector público y el privado, los proyectos bajo la modalidad de CPP, por lo menos con la concepción que se pretende dar en República Dominicana, tomando como ejemplo otras jurisdicciones, como el caso colombiano, no pudiera ser catalogada exclusivamente como una concesión. Esto así, ya que los proyectos de CPP desde su concepción tendrían aspectos que se diferencian de una concesión tradicional, como expresaré más adelante.

1.1.3 La figura de la colaboración pública privada en República Dominicana

La figura de la CPP en la República Dominicana hasta el momento no se encuentra regulada expresamente por el ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, no quiere decir, que no existen formas de colaboración entre el sector público y el privado. De hecho, en República Dominicana existen contratos de concesiones que pudieran tener ciertas características de una CPP. Igualmente, recientemente se ha podido observar que algunas instituciones públicas²⁸ comienzan a utilizar los términos de alianzas público privadas, establezcan éstos o no características de una CPP.

²⁸ La Dirección General de Cooperación Multilateral (DIGECOOM) y la Junta Agroempresarial Dominicana (JAD) han señalado que establecieron una Alianza Público-Privada al servicio de los pequeños productores y

En ese mismo sentido, el Presidente de la República Dominicana, Lic. Danilo Medina, en una de sus intervenciones internacionales indicaba la importancia de la colaboración entre el sector público y el privado²⁹, por lo que parecería existir un interés político de impulsar alianzas público-privada para la elaboración de ciertos proyectos. Incluso, actualmente se pretende impulsar la CPP con una ley especial que regule proyectos bajo esta modalidad, y se han realizado actividades³⁰ tendentes a ese objetivo. Además que la actual LCCP requiere una profunda revisión y actualización, de manera especial en la parte relativa a las concesiones. Lo anterior se evidencia por los distintos proyectos que en el pasado han existido, así como el anteproyecto que actualmente se trabaja desde finales del 2016 desde el Ministerio de la Presidencia.

Haciendo un sucinto recuento de los principales proyectos que han existido tendentes a regular la CPP, podemos encontrar que en el Senado de la República Dominicana, en el año 2008, existió un anteproyecto de Ley General de Asociación Pública Privada en Infraestructura para la Provisión de Servicios Públicos³¹.

El objetivo principal que tenía dicho proyecto era establecer los principios y las normas generales que regirán en los contratos de asociación pública privada, destinados a la creación, desarrollo, uso y goce, explotación, mantenimiento, modernización, ampliación y mejoramiento de los bienes del Estado, de sus servicios públicos asociados y otros complementarios a éstos, incluyendo la provisión de los equipamientos necesarios. Este

productoras agrícolas y el desarrollo rural del país. <http://hoy.com.do/acuerdan-alianza-publico-privada-al-servicio-de-pequenos-productores/>

²⁹Discurso del Presidente Danilo Medina en la Cumbre del SICA – Guatemala, Marzo, 2015, cuando indicaba expresamente que: *“Por eso creemos que las alianzas entre el sector público y el privado son la mejor forma de abordar los retos y oportunidades que se nos presentan. Y me alegra mucho ver que entre las empresas representadas aquí hoy hay tantas dedicadas a sectores que consideramos estratégicos como la energía, las infraestructuras o la gestión del agua.”*

³⁰ Recientemente se celebró el primer congreso internacional de alianzas público privadas, el 25 de abril de 2017, auspiciada por la Asociación de Fiduciarias Dominicanas, Inc., y que contó con la participación del Gobierno a través del Viceministerio de Políticas de Desarrollo de la Presidencia de la República Dominicana.

³¹ Depositada en el Senado de la República Dominicana el 22/9/2008. En Agenda para Tomar en Consideración el 23/9/2008. Tomada en Consideración el 23/9/2008. Enviada a Comisión el 25/9/2008. Informe de Gestión Firmado el 20/1/2009. En Agenda el 20/1/2009. Informe de Gestión Leído el 20/1/2009. Perimida el 25/02/2009.

proyecto contenía una serie de definiciones que hubieran generado un interesante debate conceptual y doctrinal respecto de la conceptualización de esos contratos.

Este primer proyecto contenía una serie de definiciones que me parece oportuno indicar en el presente trabajo. La primera de ellas era el concepto de Alianzas Público Privadas o CPP, indicando que sería un instrumento jurídico mediante el cual el Estado faculta, a cualquier persona moral o jurídica el diseño, financiamiento y ejecución de un proyecto, en un plazo determinado, la construcción, desarrollo, mantenimiento y explotación, o sólo la explotación, de una obra de infraestructura para la provisión de un servicio público, otorgando el derecho a la sociedad contratante a recibir la correspondiente retribución económica a través del cobro a los usuarios de la obra y servicios públicos prestados de una tarifa definida en el contrato, o mediante aportes y/o garantías otorgadas por el Estado que le permita la recuperación de su inversión y el mantenimiento de la infraestructura y la prestación de los servicios en los niveles satisfactorios comprometidos contractualmente. De dicha definición se desprenden cuestiones que generan confusión con las próximas definiciones que contenía el proyecto.

En segundo lugar, se indicaba que el Proyecto de Alianzas Público Privada era la creación, desarrollo, uso y goce, explotación, mantenimiento, modernización, ampliación y mejoramiento de nuevas instalaciones de infraestructura y equipamiento asociados, así como la rehabilitación, modernización, expansión u operación y el mantenimiento de instalaciones de infraestructura ya existentes y el otorgamiento de servicios públicos a través de sujetos privados que aportan recursos para lograr el desarrollo de la infraestructura y/o provisión de los servicios asociados, todo ello sobre bienes del Estado.

Finalmente, se indicaba que un Contrato de Alianza Público Privada era un acuerdo o acuerdos de voluntades jurídicamente vinculantes, celebrados entre el Estado y la Sociedad contratante en que se fijan las condiciones, derechos y obligaciones para la ejecución de un proyecto de Alianza Público Privada en el marco de esta ley. En todo caso, se entenderá que los pliegos de condiciones del proyecto formarán parte integral del contrato. El contrato

será suscrito por la Autoridad Contratante, el Director Ejecutivo de la Agencia y el Secretario de Hacienda.

En adición a este proyecto, existía otro proyecto de Ley de Concesiones de Obras y Servicios Públicos³², aprobado en el Senado de la República en fecha 24 de julio del año 2007. El Senado determinó que ambas iniciativas legislativas tenían la misma naturaleza, que es la concesión de obras públicas al sector privado, sin que el Estado dominicano tenga que invertir recursos económicos, razón por la cual procedió a desestimar, en ese momento, el proyecto de ley de alianzas público-privada. Es interesante ver, como sin realizar un análisis muy exhaustivo, se determinó que ambos proyectos tenían un objetivo muy parecido. Sin estar plenamente conscientes de las discusiones doctrinarias que se han realizado, principalmente en España, respecto de la naturaleza jurídica de la CPP.

Por otra parte, a finales del año 2014 se reintrodujo en la Cámara de Diputados un anteproyecto de Ley General de Concesiones de Obras y Servicios Públicos (en lo adelante “Proyecto Ley Concesiones”)³³, el cual contempla disposiciones sobre la participación público-privada (en lo adelante “PPP”). En este proyecto define a la PPP como la modalidad de concesión en virtud de la cual el Estado Dominicano a través de una entidad contratante celebra con una persona jurídica un contrato en cuyos términos ésta persona se compromete a poner a disposición del Estado Dominicano cierta infraestructura, equipamientos, y a prestar un servicio público, el cual no se considera rentable; recibiendo el concesionario en concepto de contraprestación, además de una tarifa si esta es factible, el pago de una cantidad única o periódica hasta un monto fijado en el contrato, que implica endeudamiento o compromiso de pagos futuros por parte del Estado.

La definición propuesta en el Proyecto Ley Concesiones de PPP es completamente diferente y distante de lo que es el sentido real de una APP, por lo que de ser aprobado de esa manera presentaría grandes inconvenientes prácticos y plantearía discusiones teóricas. Lo importante a destacar, en este punto es que pareciera, que el ordenamiento dominicano

³² Esta iniciativa fue reintroducida en la Cámara de Diputados de República Dominicana para su conocimiento mediante una Comisión Especial.

³³ El proyecto fue reintroducido en fecha 29 de septiembre de 2014.

optaría por la solución de establecer que la PPP es una modalidad particular de concesión, y no una figura contractual autónoma.

El Proyecto Ley Concesiones en su artículo 12 establece ciertos requisitos para que pueda ser celebrado un contrato de concesión con la modalidad PPP. Se pretendería establecer que en los casos para el desarrollo de infraestructura y prestación de servicios públicos que:

- a) resulten financieramente inviables desde el punto de vista de explotación comercial por el sector privado.
- b) pertenezcan a sectores de prestación de servicios públicos cuyo control requiera ser conservado por el Estado Dominicano.
- c) el proyecto, por causas de interés público y para lograr mejoras en el desempeño de su funcionalidad, sea necesario someterlo a este régimen.

Por último, en lo que respecta a las disposiciones de interés del Proyecto Ley Concesiones sobre la CPP resalta el artículo 13 que dispone las principales cláusulas que deberán tener los contratos de PPP que celebre el Estado Dominicano. La utilidad de esta disposición es que siempre existan cláusulas que garanticen a las partes contratantes, por lo menos, lo siguiente:

- a) Los mecanismos para la equilibrada distribución de riesgos.
- b) Una vigencia de los proyectos de largo plazo que permita un equilibrio entre las exigencias contractuales de calidad y eficiencia y con el retorno y pagos de las inversiones del proyecto.
- c) Los objetivos que deberá cumplir la concesionaria directamente relacionados con la prestación de un servicio de calidad y eficiente, así como los mecanismos de medición de los mismos.

- d) Las fórmulas matemáticas para el cálculo y garantía de pago de las contraprestaciones que pagará el Estado Dominicano al concesionario para los casos que lo requieran, las cuales considerarán el desempeño de este último en el cumplimiento de los estándares fijados contractualmente.
- e) El régimen jurídico de la propiedad de la infraestructura u obra pública, así como el correspondiente a su uso por el Estado dominicano para la prestación de servicios públicos a través de la misma y la transferencia de esos bienes y derechos accesorios a los mismos a favor del Estado Dominicano, a la conclusión de la vigencia del contrato respectivo.
- f) Los mecanismos financieros para el cálculo de las indemnizaciones a que tenga derecho el concesionario para el caso de que el contrato termine anticipadamente por causas atribuibles al Estado Dominicano, lo que atenderán en todo momento al reconocimiento y garantía de pago de las inversiones, financiamiento y tasas internas de retorno de los proyectos.
- g) El otorgamiento de garantías por el concesionario a favor del Estado Dominicano que aseguren a este último la calidad y eficiencia en la operación de la infraestructura pública durante toda la vigencia de los proyectos.

De lo anterior, es interesante detenernos, como el Proyecto de Ley de Concesiones obligaría a que las partes negocien y acuerden (si es a través de una licitación debería ser previo a las condiciones establecidas en el pliego de licitaciones o si se trata de una iniciativa privada o mediante propuestas o proyectos no solicitados "*unsolicited proposals*") dos aspectos fundamentales, uno de ellos el objeto del presente trabajo de investigación. Nos referimos a los mecanismos para la equilibrada distribución de riesgos, y los mecanismos financieros para el cálculo de las indemnizaciones a que tenga derecho el concesionario para el caso de terminación anticipada por causas atribuibles al Estado Dominicano, lo que debería reconocer pago de las inversiones, financiamiento y las TIRs de los proyectos.

La debida y eficiente asignación de los riesgos es fundamental en toda relación contractual, pero adquiere una dimensión mayor en los contratos CPP y de concesión, así como la existencia de mecanismos de reconocimiento de pago de las inversiones, financiamiento y TIR de los proyectos, en caso de terminación anticipada por causas atribuibles al Estado Dominicano, ya que en los CPP los particulares o inversionistas financian los proyectos en una primera etapa para luego ir recuperando su inversión y obtener la TIR establecida contractualmente, si ocurre una terminación anticipada por causas atribuibles al Estado, entonces éste debería compensarlo. Esto no sería una garantía del proyecto, ya que de ser considerada como tal no se pudiera estar en presencia de una CPP o de concesión.

En definitiva, el Proyecto de Ley de Concesiones en esta etapa establece que la PPP es una forma contractual de la concesión, lo cual considero un acierto del anteproyecto, sin embargo, la manera en que se define la PPP no es la más adecuada, ya que pudiera presentar cuestiones prácticas complejas, y se pudiera cuestionar su fundamento teórico. Uno de los aspectos más criticables pudiera ser la referencia al endeudamiento público. Por último, también considero un acierto que el anteproyecto exija la existencia de cláusulas o disposiciones sobre la asignación de los riesgos en los proyectos. Esta es una de las cuestiones principales en la CPP, y que en la práctica se realicen los ejercicios y diligencias requeridas para realizar esta eficiente asignación y no sea realizada de manera unilateral por ninguna de las partes, ya sea la Administración Pública, al realizar una licitación de un proyecto con PPP, o el particular presentándole a ésta una iniciativa privada de proyecto.

Finalmente, en la actualidad existe un anteproyecto³⁴ aún en discusión (en lo adelante Anteproyecto APP), cuyo objetivo es aprobar una ley de alianzas públicas privadas, que implicaría algunos cambios a los proyectos anteriormente presentados. En especial, lo interesante y novedoso, sin entrar en un análisis profundo, es la definición que presenta sobre la APP. En este caso, contiene una referencia fundamental sobre la transferencia y asignación de riesgos y se encuentra más acorde con la verdadera naturaleza de proyectos bajo esta modalidad.

³⁴ Anteproyecto en discusión y trabajo sobre Ley de Alianzas Públicas Privadas de finales del año 2016.

Al respecto, define el Anteproyecto APP como alianza público privada: “instrumento o mecanismo de vinculación entre instancias, organismos o entidades del sector público y personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, que se materializa a través de la suscripción de un contrato, acuerdo o convenio con fuerza vinculante entre la autoridad pública contratante y la persona de derecho privado, para la provisión, gestión y/u operación de bienes o servicios públicos en el cual están precisados los riesgos y la asignación de estos para cada uno de los sectores y actores”³⁵.

Me parece interesante señalar la distinción que presenta el Anteproyecto APP al establecer dos tipos de CPP las de iniciativa pública y privada. Ambas pudieran ser con o sin transferencia de activos públicos. La definición de la CPP de tipo pública es la siguiente: “es la iniciativa pública que busca resolver un problema de carácter público relacionado con la provisión o gestión de un bien o servicio público, trasladando al sector privado la presentación de posibles soluciones y que para su realización se requiere la disposición total o parcial, en cualquier fase del proyecto y/o vigencia del contrato, de recursos del presupuesto público, garantías públicas contingentes y/o implica la enajenación de activos de propiedad del Estado a un agente privado. Se incluye en el concepto de activos públicos el otorgamiento de garantía del Estado Dominicano por el mínimo plazo de duración del contrato y sus adendas o un aval de una institución competente del Estado Dominicano”.

La definición para la CPP de tipo privada con transferencia de activos públicos es la siguiente: es la iniciativa privada presentada por parte de la persona jurídica de carácter privado ante el Estado Dominicano, para la provisión o gestión de bienes o servicios de interés públicos y que para su realización se requiere la disposición total o parcial, en cualquier fase del proyecto y/o vigencia del contrato, de recursos del presupuesto público, garantías públicas contingentes y/o implica la enajenación de activos de propiedad del Estado a un agente privado. Se incluye en el concepto de activos públicos el otorgamiento de garantía del Estado Dominicano o un aval de una institución del Estado Dominicano por el plazo del contrato y sus adendas.

³⁵ Artículo 1 sobre definiciones en el anteproyecto aún en discusión sobre Ley de Alianzas Públicas Privadas, agosto 2016.

Luego también se define la CPP de tipo público sin transferencia de activos públicos indicando que: “es la iniciativa pública que busca resolver una problemática pública relacionada con la provisión o gestión de un bien o servicio público, partiendo de la solución propuesta del sector público y que para su realización no requiere de recursos del presupuesto público, ni garantías públicas contingentes según lo dispuesto en la Ley 6-06, ni implican la enajenación de activos de propiedad del Estado en favor de un agente privado”.

Por su parte, la CPP de tipo privada sin transferencia de activos públicos serían: “es la iniciativa privada presentada por parte de la persona jurídica de carácter privado ante el Estado Dominicano, para la provisión o gestión de bienes o servicios de interés públicos y que para su realización no requieren recursos del presupuesto público, ni garantías públicas contingentes, ni implica la enajenación de activos de propiedad del Estado en favor de un agente privado”.

Como se puede observar en estos casos, es decir de una CPP pública o privada con transferencia de activos públicos no implicaría una alternativa en la financiación ya que en definitiva el Estado sería responsable de erogar los pagos y fondos del proyecto. En todo caso, el valor que agrega el sector privado sería básicamente de buscar el financiamiento y posiblemente extender las fechas de repago, pero en definitiva afectaría el endeudamiento público. No ocurre lo mismo para la CPP públicas o privadas sin transferencias de activos públicos, por lo menos de acuerdo a su definición.

Para concluir esta parte, considero que la definición propuesta en el Anteproyecto APP implica un avance sustancial respecto de la definición propuesta en los proyectos anteriores, lo cual es un acierto. No obstante lo anterior, debemos esperar la aprobación de la normativa que regularía la CPP, para determinar si la definición propuesta resulta ser clara y precisa. De todos modos, se habrá de considerar otros aspectos fundamentales en la normativa que tenga a bien aprobar el Congreso Nacional para regular la CPP. Lo que resulta claro es que, en República Dominicana, no se desarrollarían proyectos bajo esta modalidad,

sin un marco regulatorio actualizado y adecuado, que tome en consideración las experiencias de otros países.

1.1.4 Conceptualización de la colaboración pública privada y sus principales características

Ya ha sido señalado que, la aproximación a un concepto de colaboración pública privada podría resultar en un esfuerzo en vano y poco práctico, ya que estrictamente se podría sostener que cuando los particulares contratan con la Administración Pública colaboran de una u otra manera a la ejecución de las finalidades públicas, cuyo último fin es de satisfacer las necesidades de las personas. Ahora bien, no es discutido por una mayoría de la doctrina que cuando se habla de CPP se identifican ciertos elementos particulares que permitirían establecer una definición general de lo que implica esta manera de colaborar con la Administración Pública sin que sea considerada exactamente una concesión tradicional.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD), por sus siglas en inglés) define ³⁶ la CPP como un acuerdo entre Gobierno y uno o más socios privados (que puede incluir operadores y entidades financieras), mediante el cual los socios privados ofrecen el servicio de manera tal que los objetivos de prestación de servicios del Gobierno están alineados con los objetivos de rentabilidad de los socios privados y donde la eficacia de la alineación depende de una suficiente transferencia del riesgo a los socios privados.

De conformidad con el FMI, una CPP se refiere a los acuerdos en los que el sector privado supe servicios y activos en forma de infraestructura que tradicionalmente habían sido proporcionados por el Gobierno. En adición a la ejecución por la parte privada y la financiación de la inversión pública, la CPP tienen otras dos características importantes: hay un énfasis en la prestación de servicios, así como en la inversión, por el sector privado; y una distribución o transferencia significativa del riesgo desde el gobierno al sector privado. Esta colaboración ha abarcado una amplia gama de proyectos de infraestructura social y económica, pero utilizadas principalmente para construir y operar hospitales, escuelas,

³⁶ Organization For Economic Co-Operation and Development (OCDE), *“Public-Private Partnerships in Pursuit of Risk Sharing and Value for Money”*, Pág. 17, 2008.

prisiones, carreteras, puentes y túneles, metros y redes ferroviarias, sistemas de control de tráfico aéreo, y plantas de agua y saneamiento³⁷.

El Consejo Canadiense para Asociación Público-Privada (*Canadian Council for Public-Private Partnerships*) ha definido la CPP como: "El emprendimiento de cooperación entre sectores público y privado, basado en la experiencia de cada socio, que satisface de mejor forma necesidades públicas bien definidas, a través de la distribución adecuada de los riesgos, recursos y recompensas".³⁸

Se pudiera señalar que dentro del ámbito del derecho comunitario europeo, el significado de la CPP tiene una connotación que no implica una modalidad contractual particular, sino un sinnúmero de fórmulas asociativas. Así ha señalado el profesor Gimeno Feliú al indicar que: "Así, en el ámbito comunitario, la colaboración público-privada, a través de sistemas concesionales, se refiere, en general, a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio".³⁹ En ese sentido, parecería que no existe una diferencia sustancial cuando se habla de CPP y concesiones, por lo menos desde el ámbito del derecho comunitario y consecuentemente del español. Entiendo que esto pudiera implicar consecuencias no deseadas desde el punto de vista práctico, cuando los proyectos de CPP sean autofinanciados en su totalidad por el sector privado, por lo que sugiero que se realice una diferenciación, aunque no sea conceptual sino práctica de proyectos bajo esta modalidad.

Así pues, al definir la CPP, considero que serían las distintas formas de colaboración o cooperación entre la Administración Pública y el sector privado, con el objetivo de realizar un proyecto de larga duración que implique la financiación, construcción, renovación,

³⁷Ídem.

³⁸ Definición extraída de la página oficina del Canadian Council for PPP en <http://www.pppcouncil.ca/resources/about-ppp/definitions.html>. Consultado en Diciembre 2017.

³⁹GIMENO FELIÚ, J.M. *El Nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la Burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Primera edición, 2014. Editorial Arazandi, España, p 139.

gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio por parte del socio privado en beneficio de la colectividad, asumiendo este los principales riesgos.

Con respecto a las características de la CPP, se puede sostener que se caracteriza por su complejidad, tanto por las obligaciones como en los sujetos participantes, que excede en mucho la relación bilateral entre Administración Pública y concesionario en el contrato tradicional de concesión. Este solo elemento, implica y expresa una clara diferenciación entre un proyecto de CPP y una concesión tradicional. En estos tipos de proyectos, aun cuando no suscriban directamente acuerdos con la Administración Pública, participan también otras entidades, como serían las instituciones de financiamiento, constructores, entre otros que requieren revisar la ingeniería y estructura legal de la CPP.

La duración larga de la relación contractual es otro elemento caracterizador de la CPP, esto implica que el contrato debe estructurarse de manera tal que exista una cooperación entre ambas partes, Administración Pública y sector privado, a fin de poder materializar un proyecto bajo la modalidad de CPP. Como ya se analizó, el Libro Verde establece una serie de características que suelen presentarse en las operaciones de CPP.

Algunos de los retos que tienen proyectos bajo la modalidad de CPP implican los costos significativos en la fase de preparación del proyecto, así como la licitación del mismo. El compromiso que deben tener los gobiernos en este tipo de proyectos debe ser una política de Estado y de continuidad. Buenos análisis se han realizado sobre las CPP, en especial sus características, debilidades y fortalezas, consultando los trabajos de Borja C. Carvajal⁴⁰, Laura Lamelas⁴¹; Patricia Valcárcel⁴², Miguel Bernal Blay⁴³.

⁴⁰ DE CARVAJAL FIBLA, B. C., *El contrato de colaboración ente el sector público y el sector privado como instrumento eficaz para salir de la crisis*. Contratación del Sector público Local, El Consultor de los Ayuntamientos, 3era edición, La Ley, Tomo II, 2013, p. 2133 y siguientes.

⁴¹ ALMONACID LAMELAS, L. *Los Contratos de colaboración público-privada*. En Contratación del Sector público Local, Ob. Cit., p. 2147 y siguientes.

⁴² VALCARCEL FERNANDEZ, P. *Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos*, Observatorio de Contratos Públicos 2011, Thomson-Reuters, 2012, p. 435 y siguientes.

⁴³ BERNAL BLAY, M. A. *La colaboración entre el sector público y el sector privado*, en Comentarios a la ley de economía sostenible, Coordinado por Santiago Bello Paredes, La Ley 2011, p. 165 y siguientes. También en BERNAL BLAY, M. A. *La colaboración público-privada institucional*. Revisita Aragonesa de Administración Pública No. 37, 2010, p. 93 y siguientes.

La financiación del proyecto suele ser otro elemento señalado para identificar una CPP. Muchas veces este elemento ha sido señalado como una de las principales bondades de la CPP, en especial en tiempos de crisis económica, lo que parecería aliviar a la Administración Pública, y que ésta pueda utilizar recursos públicos para otras obras o necesidades públicas. Es decir, que la contabilización y gestión de los activos que se materializarían en una CPP, tienen relevancia para caracterizar a la misma. En el capítulo III analizaré en detalle los riesgos financieros y la financiación de proyectos CPP. De todas maneras, adelanto que se sostiene que la transferencia de riesgos al contratista, es un aspecto determinante para que: “nos podamos encontrar ante un CPP y no ante otras modalidades contractuales, básicamente la del contrato de obras que es el contrato del que se pretende desligar, precisamente por sus efectos en relación con el déficit público”⁴⁴.

Esto lleva a analizar el principal elemento caracterizador de la CPP, que es el reparto de riesgos que ocurre entre el sector privado y la Administración Pública. La asignación especial de riesgos, se transfieren al sector privado que habitualmente eran soportados por la Administración Pública. No obstante lo anterior, ello no implica necesariamente que el sector privado asuma todos los riesgos tal y como se expondrá más adelante en el presente trabajo de investigación. Avanzamos que la asignación de los riesgos en una CPP se deberá realizar para cada proyecto individualmente, en función de las capacidades respectivas de las partes para evaluarlos, mitigarlos, controlarlos y gestionarlos.

Desde el año 2000, la Comisión Europea ha expresado que la transferencia de riesgo, es una característica esencial de la CPP, al sostener que: “El derecho de explotación implica también la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos

⁴⁴GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*. Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2010, p. 30.

vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento. De las consideraciones precedentes se deduce que, en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario⁴⁵.

La misma comunicación establece que: “Si el reembolso de las financiaciones corriera a cargo del órgano de contratación, sin riesgos vinculados a la gestión de la obra, faltaría el elemento de riesgo y el contrato debería calificarse como contrato de obras y no como concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión. En ese caso, la compatibilidad de la financiación adicional tendría que ser analizada a la luz del conjunto de disposiciones pertinentes de Derecho comunitario”.

Es así, que el elemento diferencial entre la concesión de obra o de servicios y los contratos públicos “*ordinarios*” de obras o de servicios es que en las concesiones el concesionario tiene el derecho a explotar la obra o el servicio. Esto implica, como se ha dicho, que: “se transfiere al concesionario un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que el concesionario no recupera las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicadora⁴⁶”.

Con respecto a esta última característica de los contratos o fórmulas de CPP, sobre la asignación de los riesgos, existen varios precedentes del TJUE que permiten ir estableciendo este elemento como fundamental para determinar si estamos en presencia o no de algún tipo de CPP. Aunque analizaremos a profundidad más adelante esta cuestión y dichas decisiones, se puede sostener que desde la Sentencia de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen GMB), la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, C-437/07, y la

⁴⁵ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas (COM) (2000/C 121/02), de fecha 24 de marzo de 2000.

⁴⁶ BLANCO LÓPEZ, F. *La Directiva 23/2014 de Contratos de Concesión. El “Riesgo Operacional”*. Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014, p. 90.

sentencia WAZV Gotha, el reparto de riesgos ha sido reconocido por esta jurisdicción como una característica fundamental de las concesiones, que es una de las principales formas de CPP.

Lo expuesto anteriormente por el TJUE es confirmado mediante su sentencia de 10 de marzo de 2011, que estableció lo siguiente: “Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios.”⁴⁷

Así pues, tal y como sostiene el profesor Gimeno Feliú, “de lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios”.⁴⁸

La Directiva 2014/23/UE en su considerando 19, plasma lo que anteriormente había sostenido la Comisión Europea, al señalar que: no puede considerarse una concesión, cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato⁴⁹. En definitiva, esta Directiva ha otorgado especial atención al riesgo operacional y su transferencia al socio privado, el cual será analizado más adelante, para configurar la presencia de una concesión, y como consecuencia a proyectos bajo la modalidad de CPP.

⁴⁷ Considerando 26 de la STJUE de 10 de marzo de 2011 en el asunto C-274/09, Stadler Vs. Mancomunidad de Municipios de Passau.

⁴⁸ GIMENO FELIU, J. *Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos...*, Op. Cit., p. 33.

⁴⁹ Considerando 19 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 26 de febrero de 2014.

Luego de haber realizado estas precisiones conceptuales acerca de la CPP y su delimitación dentro de nuestra investigación, consideramos pertinente presentar algunos aspectos generales sobre el concepto del riesgo y la doctrina clásica del riesgo y ventura.

1.2 El problema de los riesgos: delimitación en la investigación

El profesor Gaspar Ariño hace años indicaba, así como otros autores, las distintas aleas que conviven en un contrato público, y que de una u otra forma pueden recaer en el contratista. En ese sentido, es importante, delimitar cuál tipo de riesgo específicamente se circunscribirá esta investigación. Generalmente, se ha mencionado y establecido que existen al menos un alea administrativa; alea económico y alea empresarial.

En primer término, es oportuno indicar el concepto de aleas. Al respecto, el Diccionario de la Lengua Española indica que el áleas es en una relación contractual, riesgo de incumplimiento de las prestaciones que constituyen su objeto⁵⁰. Asimismo, generalmente el aleas está relacionado a la aleatoriedad. También se le relaciona o es sinónimo de fortuna, suerte, azar o riesgo.

El alea administrativo se encuentra relacionado a las modificaciones o alteraciones administrativas que se pueden producir durante la relación contractual y que impacten económicamente negativamente al contratista. Este es el supuesto de la teoría de los actos o hechos del estado (el mal llamado *Factum Principis*) y también por la disposición muchas veces contractual y otras derivadas del ordenamiento jurídico del *ius variandi* o posibilidad de modificación unilateral que tiene la Administración Pública.

Por otro lado, se encuentra el áleas empresarial que no son más que los riesgos comerciales internos del negocio y que pueden encontrarse también en los contratos públicos, cuando se trate de contratos de obras o servicios. Mayor relevancia tienen en los proyectos bajo modalidad de CPP. Al respecto ya indicaba el profesor Gaspar Ariño sobre estos, que: “Como supuestos de hecho pueden citarse en este grupo las equivocaciones o errores de

⁵⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición, Tomo I, 2001, p.98.

cálculo (*error calculi*), el acecimiento de daños o destrucciones en las obras (*periculum rei*) y las dificultades materiales de ejecución del proyecto, que sin producir daño a las obras o el servicio, las encarecen considerablemente⁵¹. Este sería el supuesto de la teoría de las sujeciones imprevistas desarrollada por el Consejo de Estado Francés, con el objetivo de restablecer el equilibrio económico del contrato.

Finalmente, y siguiendo al profesor Gaspar Ariño⁵² se encuentra el aleas económico o coyuntural que constituye el riesgo comercial externo, entendido como la alteración de las condiciones económicas externas de ejecución del contrato que lo hacen más oneroso para una de las partes. Este sería el supuesto de la teoría de la imprevisión y revisión de precios.

Al configurarse un contrato, generalmente, se trata de exista, por lo menos inicialmente, una equivalencia en las obligaciones. Aunque todos sabemos, que durante la ejecución o la vida del contrato se producirán cambios o alteraciones que tendrán un impacto para las partes. De lo que se trata en este momento es determinar ¿a quién y en qué medida deberá soportar esos riesgos? Aquí inicia el problema de la distribución y asunción de los riesgos.

Existen algunos de estos riesgos que han sido debidamente estudiados por la doctrina e interpretados por la jurisprudencia, principalmente, aquellos derivados de las técnicas de equilibrio económico del contrato público. En la actualidad se suscita una nueva discusión para determinar las concesiones y la CPP, el riesgo operacional, que será analizado en el capítulo III.

Así pues, que el análisis y asignación de los riesgos en la contratación pública se configura en una figura relativamente reciente o más bien que ha adquirido mayor relevancia en los últimos años. De hecho, existen jurisdicciones con políticas claras y definidas sobre los riesgos en los contratos estatales, por lo que se configura prácticamente una estructuración o mapa de riesgos, por lo menos en concesiones y proyectos de CPP.

⁵¹ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del Equivalente Económico...*, Op. Cit., p. 8.

⁵² Ídem.

Como las partes no hacían mayores especificaciones o pactaban expresamente los riesgos, no lo gestionaban ni lo preveían eficientemente los hechos o riesgos que podrían sobrevenir durante la ejecución del contrato. En definitiva, se reflejaba una ausencia de identificación y asignación del riesgo entre las partes. Ello ocurre con mucha frecuencia en República Dominicana.

1.2.1 Generalidades conceptuales acerca del riesgo

Los riesgos se encuentran presente en toda actividad que se realiza en la vida. Hasta lo más elemental conlleva intrínsecamente un riesgo. Así pues, en la medida que se adopta un compromiso se asume algún tipo de riesgo, que en teoría puede tener un efecto positivo o negativo. No obstante lo anterior, la utilización de la palabra *riesgo* generalmente ha estado asociada con un efecto negativo⁵³, mientras que la *ventura* a un efecto positivo.

Al referirse a los riesgos Oelckers Camus los entiende como situaciones sobrevinientes causadas por daños o destrucciones de las obras o por la mayor onerosidad en la ejecución del contrato, debidas ambas a un cambio de circunstancias⁵⁴. Como se puede notar, esta concepción está más orientada a los aspectos negativos que tiene el riesgo.

El riesgo como ha señalado Lupton⁵⁵, no es un fenómeno que ya exista, es más bien un fenómeno que pueda ocurrir en el futuro. La definición que se encuentra en el Diccionario de la Real Academia Española del riesgo avala lo señalado anteriormente, al definirlo como una contingencia o proximidad de un daño⁵⁶, mientras que define también la ventura como “denota que algo se expone a la contingencia de que suceda mal o bien”⁵⁷. De lo anterior, se pudiera señalar que el riesgo casi siempre está asociado a un aspecto negativo o de

⁵³ Se señala que la vinculación del riesgo a efectos negativos es más acentuada en la evaluación del riesgo, mientras que los aspectos positivos generalmente tiene menos atención. Para abundar al respecto puede ver a LUPTON, D. *Risk*. Routledge, Taylor & Francis Group, Publishing, Segunda Edición, Reino Unido, 2013, Pág. 9.

⁵⁴ OELCKERS CAMUS, O. *Los Riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, No. 4, año 1980. P. 179.

⁵⁵ LUPTON, D. *Risk*. Routledge, Taylor & Francis Group, Publishing, Segunda Edición, Reino Unido, 2013.

⁵⁶ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición, Tomo II, 2001, p.1975.

⁵⁷ IBÍD., p. 2284.

contingencia, mientras que la ventura generalmente se relaciona a los efectos positivos que pueda tener un negocio.

Desde un enfoque más jurídico se entiende por riesgo: “la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una potencialidad referida esencialmente al daño, elemento éste que estructura todo el derecho de responsabilidad (...)”⁵⁸. Como se puede ver, una acepción ligada al daño envuelto en la ocurrencia de un riesgo.

Las obligaciones que asumen las partes, en un contrato, implican algún riesgo o cierta incertidumbre. Los riesgos y su asignación, tienen una importancia trascendental en los contratos. Considero que, en la contratación pública, es aún más importante, toda vez que cuando la Administración Pública contrata con un particular para que colabore en la consecución de los fines públicos, se pone en juego recursos públicos, que si no son manejados eficientemente se puede producir despilfarro y distintas formas de corrupción. Pero además, al considerar que el contrato público es un medio para satisfacer las necesidades de las personas, es decir, está para eficientizar y facilitar la vida de las personas, a través de las obras, su gestión o servicios públicos.

El riesgo, en materia contractual, hace referencia a todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio en las prestaciones del contrato, que se traduce en la parte económica del mismo. Quizás lo más idóneo para enmarcar la utilización de riesgos en este contexto contractual sería como la probabilidad de que durante la ejecución del contrato ocurra un hecho con un resultado indeseado, específicamente desfavorable económicamente para una de las partes. En otras palabras, sería la previsibilidad de la ocurrencia de un hecho futuro que afecta de manera grave y significativa la economía de un contrato en ejecución.

⁵⁸SARMIENTO GARCÍA, M. G. *La teoría del riesgo y la responsabilidad civil*, Estudios de derecho privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 201.

En el ámbito financiero, se dice que una inversión tiene riesgo cuando existe la posibilidad de que el inversor no recupere los fondos que ha invertido en ella. Las inversiones con un riesgo alto tendrán que proporcionar una mayor rentabilidad para que al inversor le compense invertir en ellas⁵⁹. Si se analiza el riesgo desde el punto de vista de los seguros se definiría como la combinación de la probabilidad de ocurrencia de un suceso y sus consecuencias.

A mi entender, el riesgo en sentido general, no sería más que una combinación de la probabilidad que se produzca un evento futuro e incierto, ajeno a la voluntad de las partes, que genera consecuencias económicas, sean estas positivas o negativas. Usualmente, el riesgo es vinculado a las consecuencias negativas, pero nada impediría que incluya las consecuencias positivas del hecho incierto, esto último es lo que se puede categorizar y se ha indicado como la ventura.

La jurisprudencia establece, en ciertos casos, la definición de riesgos en la contratación pública. Así pues, el TSE en sus decisiones de fecha 14 de mayo de 2001 y el 22 de noviembre de 2001 definen el riesgo como “contingencia o proximidad de un daño ajena a la esfera de actuación de las partes en un contrato, y la ventura como expresión de que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien”⁶⁰. De manera concreta que: “el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial. Ello implica, que si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir

⁵⁹ANDERSEN, Arthur. *Diccionario de Economía y de Negocios*. España; Editorial Espasa Calpe; Tercera Edición, 1998; Pág. 598.

⁶⁰BERMEJO VERA, J. y BERNAL BLAY, M. *Diccionario de Contratación Pública*. Iustel. Madrid, 2009, p. 614.

el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen, el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización. Sin embargo, la Ley establece que este principio de riesgo y ventura tiene como excepción los supuestos de fuerza mayor”.

De igual manera, el TSE haciendo referencia al riesgo ha dicho que: “(...) conoce cómo en el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento posible y dañoso y corre el albur que todo ello implica con conocimiento de su posibilidad y la esperanza de que no suceda y si a través de la visión que proporciona este prisma (...)”⁶¹. En República Dominicana no contamos hasta la fecha con una decisión que presente un concepto o se refiera al riesgo respecto de la contratación pública.

Considero que el riesgo en la contratación pública no ha sido estudiado metódicamente desde otra óptica que no sea la del Derecho Civil, y también en muchos casos ha estado vinculado desde la perspectiva de culpa o falta⁶² de una de las partes en la relación contractual y no necesariamente a un análisis de riesgos y su distribución, tomando en cuenta la complejidad del contrato, y quien estaría en mejor posición de soportarlo y prevenirlo.

Respecto a la clasificación o de los riesgos, se podrán tantas dependiendo de cual autor se sigue. Algunos coinciden entre la manera de agrupar o clasificar los mismos. Al respecto, se señala que los riesgos o aleas serían divididos en ordinario y extraordinarios, asumiendo el concesionario los riesgos ordinarios del emprendimiento y la Administración Pública asumiría los riesgos extraordinarios⁶³. Lo principal y más importante al realizar una división o clasificación sería la conceptualización, el alcance otorgado y sus consecuencias.

El análisis de los riesgos, por lo general, se encuentra más estudiado en el Derecho de los Seguros; y, usualmente, se regula con mayor especificidad en los ordenamientos jurídicos,

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de España, de fecha 29 enero 1982. RJ/1982/235.

⁶² Para abundar sobre este punto puede verse entre otros a ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del Equivalente Económico ...*, Op. Cit., GRANILLO OCAMPO, R. *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Editorial Astera, 1990, Buenos Aires; GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo*. Revista Administración Pública (RAP), Madrid, España, 1950.

⁶³ PEREZ, M. A. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Editora Fórum, Brasil, 2006, p. 107.

en el Código de Comercio, respecto del transporte de mercaderías o en la Ley de Seguros, para regular el contrato de seguros. Igualmente, se estudia con mayor profundidad en el análisis económico del derecho, pero ha sido poco estudiado desde la óptica del derecho administrativo, y en especial en la contratación pública.

1.2.2 Características esenciales del riesgo

Analizar las características esenciales del riesgo es fundamental, para un mejor entendimiento del mismo. Esto así, ya que dependerá de las ocurrencias de las mismas, indicar el nivel de riesgo asumido, y las consecuencias que pueda tener en el contrato, en especial, cuando se trate de un contrato de concesión o de una CPP.

Generalmente, las características del riesgo se analizan desde una óptica del Derecho de los Seguros, y dentro de las que se destacan que el riesgo sea incierto o aleatorio, posible, concreto, lícito, fortuito y con un contenido económico. Dentro de esta investigación presentaremos algunas características del riesgo que se presentan en los riesgos contractuales, más allá del contrato de seguro. Algunas de estas características también tienen similitud con la doctrina del riesgo imprevisible⁶⁴, que analizaré en el próximo capítulo, y que se refieren a la ocurrencia de un evento imprevisible y b) que genere consecuencias económicas, generalmente un desequilibrio.

Así pues, el riesgo es incierto o aleatorio cuando existe una relativa incertidumbre, pues el conocimiento de su existencia real haría desaparecer la aleatoriedad. Ahora bien, esa incertidumbre no sólo se materializa de la forma normal en que generalmente es considerada (ocurrirá o no ocurrirá), sino que en algunas ocasiones se conoce con certeza que ocurrirá, pero se ignora cuándo y cuáles serían sus consecuencias (por ejemplo la muerte de una persona). La incertidumbre, también puede analizarse desde dos puntos de vista diferentes. Por un lado hay incertidumbre en cuanto a su producción, no es previsible de antemano si el riesgo va o no a concretarse efectivamente en un siniestro. Por otra

⁶⁴ Para abundar más sobre la teoría del riesgo imprevisible o imprevisión se puede estudiar a BADENES GASSET, R. *El Riesgo Imprevisible*. Editorial Bosch. Barcelona, España, 1946, y a FLAH, L. y SMAYEVSKY. *Teoría de la Imprevisión*. Aplicación y Alcances Doctrina. Jurisprudencia. Lexis Nexis Depalma. Bueno Aires, Argentina, 2003.

parte, la incertidumbre del riesgo se centra en cuanto al momento de su producción, pues se desconoce cuándo tendrá lugar.

Otro elemento del riesgo, pero mucho más vinculado al Derecho de Seguros es que el riesgo debe ser posible o probable, ya que se trata sobre la cobertura de los seguros. De lo que se trata es de determinar la mayor o menor probabilidad de que puede concretarse el evento, pues si existe la certeza absoluta de que nunca se producirá, pues no tendría razón de señalarlo como riesgo, y en el caso de pólizas de seguros perdería su naturaleza. Igual ocurre, si la frecuencia del evento es excesiva, ya implicaría altos costos para la aseguradora que harían impráctico asegurar el evento o siniestro.

La característica de que el riesgo sea concreto tiene mayor relevancia en las pólizas de seguros. De todas maneras, la misma implica un análisis por la entidad aseguradora, previo a la aceptación del riesgo, sobre las características y condiciones del riesgo, tomando en consideración todos los elementos caracterizadores que influirán en la determinación de la prima y la tarifa: naturaleza del riesgo, índice probable de siniestralidad, circunstancias de agravación, posibilidades de mitigación, entre otras. Este mismo análisis se puede realizar ante un proyecto de CPP para determinar su asignación a las partes envueltas en el proyecto.

La licitud del riesgo se estudia en el ámbito del contrato de seguro, derivado del principio general de los contratos sobre objeto lícito. Sobre esta cuestión no realizaré mayores precisiones, ya que entiendo que no aplica en el contexto de riesgos contractuales en la contratación pública y en los proyectos de CPP. De todas maneras, si en un proceso de asignación de riesgos, se determinase que una de las partes se encuentre asumiendo un riesgo contrario al ordenamiento jurídico, aplicaría el mismo principio de la licitud del riesgo en materia de seguro, deviniendo como nulo el riesgo asumido por cualquier de las partes.

Otra característica es que deben ser externos a las partes. Es decir, en la ocurrencia del evento no deben intervenir la voluntad o acción de las partes. No obstante lo anterior, como es sabido, pudieran existir riesgos en la contratación pública, en donde interviene la

Administración Pública, como es el caso de los actos y hechos del Estados y de la potestad de modificación unilateral del contrato.

Por otra parte, la materialización del evento que implica el riesgo debe necesariamente tener una valoración o consecuencia económica, ya sea positiva o negativa. Si es ésta última, en ciertos casos puede encontrar una compensación o indemnización en una de las técnicas de equilibrio económico financiero.

Luego de haber analizado brevemente algunos elementos indispensables para la ocurrencia de un riesgo, se presentarán algunas reflexiones respecto del principio de riesgo y ventura por considerarlo de interés para la presente investigación, ya que algunas de las cuestiones prácticas que analizaremos más adelante tienen su origen en este principio de la contratación pública y cómo el mismo ha ido evolucionando y aplicándose.

1.2.3 Breves consideraciones históricas sobre el Principio de Riesgo y Ventura

En contratación pública se ha sostenido que una de las características de sus contratos es que se entienden celebrados a riesgo y ventura del contratista. En sentido general, la mayoría de los ordenamientos jurídicos expresamente lo contienen. Así ocurre, en el ordenamiento jurídico español y el dominicano. Este principio sigue siendo considerado por la legislación y jurisprudencia como el régimen natural de los contratos públicos, aunque su aplicación práctica se ha ido matizando debido a las excepciones en su aplicación.

En la actualidad, este principio no tiene la connotación clásica que había tenido, por lo que debe ser reinterpretado a los nuevos tiempos. Desde mediados del siglo pasado, la doctrina encabezada entre otros profesores por Gaspar Ariño Ortiz, Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, José Luis Villar Palasí y Raúl E. Granillo Ocampo, habían realizado críticas a dicho principio respecto de su aplicación práctica. Aunque ha sido debidamente estudiado⁶⁵, es importante realizar breves puntualizaciones sobre el principio de riesgo y

⁶⁵ Para abundar sobre análisis histórico detallado sobre el riesgo y ventura ver a ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del Equivalente Económico ...*, Op. Cit., p. 19 y siguientes. GRANILLO OCAMPO, R. *Distribución de los riesgos ...*, Op. Cit., p. 9 y siguientes.

ventura, ya que es relevante entender el origen de esta figura, de cara a la caracterización de los riesgos que hace hoy día, el Derecho Europeo, en especial las directivas y las decisiones del TJUE.

Se ha analizado con rigurosidad⁶⁶ que el principio de riesgo y ventura no aparece formulado expresamente en el Derecho Romano. Así pues, para analizar criterios históricos aplicables al riesgo y ventura, se debe realizar su examen en otras figuras jurídicas que fueron tratadas por el Derecho Romano y que constituyeron excepciones a lo que se configuraría como principio de riesgo y ventura. La revisión de este tema en primer lugar debe entonces partir de los textos del Código de Justiniano o *Codex de Iustinianus*⁶⁷.

a) *La Lesión en contratos de venta*

En el Libro IV, Título 44, Leyes 2^a⁶⁸ y 8^a⁶⁹ del *Codex de Iustinianus* trata sobre la *rescindenda venditione*, esto es admitiendo la posibilidad de rescisión del contrato de compraventa por lesión. Esto significaba que no existía en esta época un mantenimiento de equilibrio de las obligaciones entre las partes o dicho de otra manera, quienes contrataban lo hacían bajo su propio riesgo y ventura. Solo dos excepciones eran admitidas: primero a favor del menor (in integrum restitutio) y en algunos supuestos de venta, a favor del vendedor de rescisión por lesión⁷⁰.

b) *Los Arrendamientos*

⁶⁶ IDEM.

⁶⁷El Código de Justiniano es una recopilación de constituciones imperiales promulgada por el emperador Justiniano, en una primera versión, el 7 de abril de 529, y en una segunda, el 17 de noviembre de 534.

⁶⁸ Esta ley señala: "Si tú o tu padre hubieres vendido por menor precio una cosa de precio mayor, es de humanos, o que, restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediando la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiere, recibas lo que le falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiere pagado ni la mitad del verdadero precio." Extraído de D. Justiniani Institutionun. Curso histórico -exegético del Derecho Romano. GOMEZ DE LA SERNA, P. Quinta edición, Madrid, España, 1874.

⁶⁹ Esta ley señala: "Aún cuando le ofrezcas al comprador doble precio, no debe, sin embargo, ser apremiado a rescindir contra su voluntad la venta." Extraído de D. Justiniani Institutionun. Curso histórico -exegético del Derecho Romano. GOMEZ DE LA SERNA, P. Quinta edición, Madrid, España, 1874.

⁷⁰ Ha sido señalado que la inestabilidad económica que precedió la de Justiniano extendió la lesión a otros supuestos, en adición a los del menor. Ver a ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del Equivalente Económico ... Op. Cit.*, p. 21.

En el Libro XIX, Título 2, Ley 15 del *Digesto* trata sobre *locatio conductio*⁷¹. En sentido general, este precepto implica asimilaciones a un cierto equilibrio o equivalencia de las obligaciones de las partes, distribuyendo ciertos riesgos como el de fuerza mayor. Así lo señala Granillo Ocampo que en el caso del arrendamiento se otorgó otro tratamiento. En estos casos, se ponía a cargo del locador los daños sufridos por el colono a causa de fuerzas irresistibles no propias de la cosa⁷².

En los arrendamientos de tierra, señala el profesor Ariño que: “el principio de riesgo es sólo aplicable cuando así se consignase en la escritura. La no aplicabilidad del riesgo y ventura se recogen en la Partida 5ª, título VIII, ley 22, que establece un régimen legal de rebaja en la renta por causa de fuerza mayor que destruye los frutos, o por razón de esterilidad extraordinaria de las tierras.”⁷³

Asimismo, en las Leyes 19 y 59, Título 2, Libros 36 y 37 del *Digesto*, sobre la *locatio conductio operaris* establece soluciones similares a las anteriores, es decir, establece una distribución en los riesgos.

De estos dos ejemplos se puede concluir que, tal y como ha sido señalado por los autores citados en este punto, estos contratos no eran realizados bajo el principio de lo que posteriormente se conocería como riesgo y ventura, por lo que en definitiva en esta etapa del Derecho Romano existía excepciones claras y precisas respecto de los riesgos, configurándose más bien una distribución de los mismos, a quienes, asumimos nosotros, pudieran estar en mejor condición de prevenirlos o soportarlos.

Sin dudas que reviste cierto interés, estudiar las particularidades que se presentan en la contratación dentro del ámbito del Derecho Canónico, no solamente por las diferencias que existían con los contratos civiles, sino también porque desde esta óptica se inicia la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* e incluso se puede comenzar a comprender

⁷¹ Esta ley señala entre otras cosas: -“El dueño debe ser responsable al colono de toda fuerza que no pueda resistirse.” - “Si algunos vicios nacieran de la cosa, estos son en daño del colono no hubiere acontecido nada contra la costumbre, el daño es del colono.”. Extraído de D. Justiniani Institutionun. Curso histórico -exegético del Derecho Romano. GOMEZ DE LA SERNA, P. Quinta edición, Madrid, España, 1874.

⁷² GRANILLO OCAMPO, R., *Distribución de los riesgos ... Op. Cit.*, p. 11.

⁷³ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del Equivalente Económico ... Op. Cit.*, p. 31.

mejor la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Los contratos que eran pactados con la Iglesia presentaban, tal y como ocurre en la actualidad con ciertos contratos administrativos, como sería el de obras públicas, disposiciones y una regulación particular a la de los contratos privados⁷⁴. En ese sentido, los contratos de obra en que intervenía la Iglesia contaban con una interpretación y ejecución distante a lo que ocurría en el derecho privado, principalmente, inspirado por la buena fe y la equidad.

Así lo expresa el profesor López-Amo, citado por el profesor Ariño Ortiz: “se prefiere la seguridad en la contratación a la justa equivalencia de las prestaciones, la santa iglesia prefiere, con el Derecho canónico, que triunfe la equidad, e impone el justo precio”. (...) En Derecho canónico, cuando se planeaba el conflicto entre precio convenido y precio justo, la solución es totalmente diferente a la común: se impone el precio justo aunque sea modificado lo pactado”⁷⁵.

Continúa señalando que: “si hay algún margen de riesgo, éste pasa del artífice a la catedral, pues aquél sabe que siempre se le pagará el precio justo y trae por consecuencia que sea la prestación de la Iglesia la que haya de sufrir las alteraciones imprevistas. Incluso en aquellos casos en que se prevé en el contrato que el riesgo de aumento de precio sea a cargo del artífice – cosa frecuente -, es la Iglesia, en definitiva, la que lo soporta. Lo único que la Iglesia no paga son los excesos o mejoras aportadas por el artífice, consciente y

⁷⁴ Este criterio en la actualidad pudiera ser contestado cada vez más, ante la existencia de contratos con particularidades y matices que se realizan en el ámbito del derecho privado que pudieran contener regulaciones diferenciadas a la habitualidad de los contratos. Nos referimos a disposiciones que garantizan a los consumidores, así como a los contratos de adhesión. Igualmente, el profesor José Meilán Gil presenta una postura alternativa respecto las diferenciaciones clásicas entre el contrato privado y el administrativo, en especial relevancia respecto de las prerrogativas de la Administración. Para abundar ver MEILAN GIL, J. L. Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión. Revista de Administración Pública. Madrid, No. 191, 2013.

⁷⁵ LÓPEZ-AMO Y MARÍN, Á.. Estudio de los contratos de obra artística de la Catedral de Toledo en el siglo XVI, Anuario de Historia del Derecho español, Madrid, 1948-1949. Citado por ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del Equivalente Económico ... Op. Cit.*, p. 37 y ss.

voluntariamente, con la intención de producir – sin el permiso de aquélla- un aumento de precio”⁷⁶.

De lo anterior se desprende, como pudiera considerarse en la actualidad en ciertos contratos públicos, que en los contratos intervenidos con la Iglesia existe una prioridad sobre el equilibrio de las prestaciones, ya que la Iglesia prefiere el triunfo de la equidad sobre el mantenimiento de la seguridad o del contrato⁷⁷.

Como conclusión se puede sostener, que los contratos de obra canónicos minimizan los riesgos y procura que exista o se mantenga una justa equivalencia entre las obligaciones de las partes. Señala el profesor Ariño Ortiz que: “Esta equivalencia se articula y fundamenta sobre dos ideas características de la contratación canónica: la buena fe, que lleva a cumplir todo que sea exigible entre personas justas y leales (puede ser más o menos lo que se pactó), y la *honestas christiana*, que se considera la base moral del sistema de obligaciones del Derecho canónico, de la que deriva el principio *locupletari non debet aliquis cum alterius in iuria veliactura*”⁷⁸.

La jurisprudencia del TSE ha indicado que el principio de riesgo y ventura ha sido consustancial en el sistema de contratación administrativa. De manera puntual, la STS de 27 de febrero de 2008 (Ar. 121452) señala: “(...). Se contemplaba en el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, LCE y en el art. 132 de su reglamento aprobado por Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre. Asimismo, en el art. 99 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP art. 98 de su Texto Refundido aprobado Real Decreto Legislativo 2/2000, TRLCAP, art. 146 de su Reglamento de desarrollo, RD 1098/2001, de 12 de octubre. Y, sigue vigente en el artículo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (arts. 7.1, 199, 225, 229, etc.) Ley 30/2007, de 30 de octubre”.

⁷⁶Para ampliar sobre temas de los contratos intervenidos con la Iglesia se puede ver a López-Amo y Marín, Ángel. Estudio de los contratos de obra artística de la Catedral de Toledo en el siglo XVI, Anuario de Historia del Derecho español, Madrid, 1948-1949.

⁷⁷GRANILLO OCAMPO, R. *Distribución de los riesgos ...*, Op. Cit., p. 14.

⁷⁸ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del Equivalente Económico ...*, Op. Cit., p. 38 y ss.

Finalmente, también se encuentra en los artículos 197 y 254, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, aprobada y publicada en el BOE número 272, el 9 de noviembre de 2017, sobre Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo adelante “Ley 9/2017”).

1.2.3.1 Antecedentes del Riesgo y Ventura en el Ordenamiento Jurídico Dominicano

El Derecho Dominicano es un derecho reciente, nace a raíz de la independencia dominicana, el 27 de febrero de 1844, y que aún se encuentra en configuración y evolución, en especial en el Derecho Administrativo. Si partimos de la historia de la isla de la Española, las primeras disposiciones jurídicas datan de la llegada de Cristóbal Colón a la isla de la Española en el año 1492⁷⁹.

El Derecho Dominicano inicialmente tuvo una incidencia Española regida básicamente por las Leyes de India. Ya para finales de los siglos XVII y XVIII, la hegemonía española sobre la Isla iba perdiendo terreno ante los franceses. A raíz del tratado de Basilea, en donde España cede a Francia la parte española de la isla de Santo Domingo. En esta etapa, inicia el primer contacto con el Derecho Francés que será el que regirá nuestra vida en los próximos años hasta la reciente incorporación de otras referencias y experiencias en algunas áreas del Derecho, como es el caso del Derecho Administrativo y reencontrar otras latitudes como España o Iberoamérica para nuevas leyes en esta materia.

Una vez se produce la independencia de la República Dominicana en el 1844, se promulgan por primera vez disposiciones legales. En fecha 4 de julio de 1845, el Congreso Nacional decretó la puesta en vigencia de los “Códigos Franceses de la Restauración”⁸⁰. Desde ese entonces básicamente, se han utilizado los códigos franceses sin mayores modificaciones sustanciales, en especial al Código Civil Dominicano.

⁷⁹ En una primera etapa derecho en nuestra Isla, se contaba con las únicas disposiciones legales respecto de las Capitulaciones de Santa Fe y otras instrucciones o privilegios otorgados por los Reyes a Colón. Para abundar más durante esta etapa se puede ver a VEGA B., W. Historia del Derecho Dominicano. Amigo del Hogar, Santo Domingo. 1998. p. 27 y ss.

⁸⁰ IBÍD., p. 215.

En ese sentido, los primeros indicios del riesgo y ventura lo podemos encontrar en el Código Civil Dominicano y en el Código de Comercio, tomando como parámetros algunas de las figuras que han sido señaladas cuando comentaba brevemente sobre el riesgo y ventura en el Derecho Romano.

De manera particular, como excepción al riesgo y ventura, el Código Civil dominicano incorpora la lesión por venta. El artículo 1674 expresamente dispone que: “Si el vendedor ha sido lesionado en más de siete duodécimas parten en el precio de un inmueble, tiene derecho a pedir la rescisión de la venta, aunque haya renunciado expresamente a esa facultad en el contrato, o declarado que hacía donación de la diferencia de precio”. Por otro lado también, el artículo 1675 establece que: “Para saberse si ha habido lesión de más de las siete duodécimas partes, es preciso tasar el inmueble según su estado y valor, en el momento de la venta”.

En el Código de Comercio dominicano de mediados del siglo XIX, el cual aún se encuentra en vigencia, se establecen algunas disposiciones sobre el riesgo y ventura. Así pues, cuando regula los comisionistas para transporte de mercancías el artículo 100 dispone que: “La mercancía que ha salido del almacén del vendedor o del expedidor, viaja, si no hay pacto en contrario, de cuenta y riesgo de aquel a quien pertenece, salvo su recurso contra el comisionista y el porteador encargados del transporte”. Igualmente, aparecen otras disposiciones dispersas en el Código de Comercio respecto del contrato a la gruesa en sus artículos 325 y 328.

En materia de contratación pública, los primeros referentes normativos expresos en República Dominicana corresponden a los años 1960. Sin embargo, ninguna de esas leyes y disposiciones normativas, hacen referencia expresa al riesgo y ventura.

Este principio se incorpora por primera vez en el ordenamiento jurídico dominicano en el artículo 46 de la LCCP, que establece que: “Para los fines de esta ley, se entiende por concesión la facultad que el Estado otorga a particulares, personas naturales o jurídicas para

que por su cuenta y riesgo construyan, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren, produzcan, operen o administren una obra, bien o servicio público, bajo la supervisión de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos. A cambio, el concesionario tendrá derecho a la recuperación de la inversión y la obtención de una utilidad razonable o el cobro a los usuarios de la obra, bien o servicio de una tarifa razonable para mantener el servicio en los niveles satisfactorios y comprometidos en un contrato con duración o plazo determinado, siguiendo la justificación y prioridad establecida por la planificación y el desarrollo estratégico del país.”

La LCCP solo hace referencia al riesgo y ventura cuando se refiere a los contratos de concesión de obras pública y de manera muy escueta. Igualmente, no existe en República Dominicana ningún precedente administrativo al respecto, de cómo influye e impacta este principio en la contratación pública.

Finalmente, con respecto a la jurisprudencia Dominicana no existe precedente alguno conocido hasta la fecha, sobre el principio de riesgo y ventura; a diferencia, de lo que ocurre con las decisiones del TSE⁸¹ que son categóricas respecto de la aplicación de este principio en la contratación pública. En definitiva, la República Dominicana no cuenta con disposiciones claras y precisas respecto del principio de riesgo y ventura, ni tampoco existe decisiones que interpreten el alcance de la aplicación de este principio a la contratación pública.

1.2.3.2 Reflexiones a la concepción clásica del principio de Riesgo y ventura y su aplicación actual

Siempre se ha señalado, y así lo prevén la mayoría de las legislaciones sobre contratación pública, que la intervención de los particulares en la realización y ejecución de obras y servicios de interés general, se realizan bajo el principio de riesgo y ventura. Este principio ha sido uno de los argumentos para sostener que el particular cuando contrata con la Administración Pública asume los principales riesgos de la contratación por su cuenta, sin

⁸¹ STS del 29 de enero de 1982 (RJ 1982, 235).

que ésta asuma, en principio alguno, salvo las excepciones clásicas a dicho principio como sería la fuerza mayor y las técnicas de equilibrio económico.

Así pues, señalaba el profesor García de Enterría que: “que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autorizaba al contratista a desligarse del contrato, que tampoco le daba derecho a pretender una modificación correlativa del precio y que los riesgos anteriores al pago había de soportarlos el propio contratista”⁸². Continuaba señalando el profesor García de Enterría respecto de la aplicación del riesgo y ventura al contrato de obra que: “(...) la consecuencia inmediata de que la actividad que conduce al resultado en que la prestación consiste se abstraiga en la determinación contractual es que la suerte de la onerosidad afecta a la misma carezca de todo efecto para mover el mecanismo del contrato. La onerosidad efectiva, mayor o menor que la prevista, que al contratista cueste realizada la obra prometida queda únicamente de su cargo, sin que pueda afectar a la economía contractual”⁸³.

El profesor García de Enterría señalaba en su escrito sobre de la RAP sobre el riesgo y ventura que: esa carga propia del contratista se llamaría “*riesgo y ventura*”, como la exposición trata de poner de relieve, una simple aplicación de la *lex contractus* la que ampara al dueño de la obra para imponer su efectividad al contratista⁸⁴. De lo anterior, se desprendía una evidente afectación a la teoría de los riesgos que es lo que en definitiva alude el principio de riesgo y ventura, es decir quien asumiría los mismos ante su ocurrencia. La cuestión a determinar era si ¿quedaban a cargo del contratista o de la Administración Pública?

La conclusión tanto del profesor García de Enterría es que: “no es más riguroso el sistema de «riesgo y ventura» del contrato administrativo que el de contrato común, no es ni siquiera planteado de distinta manera, y es en efecto diferente a éste, pero la diferencia no es precisamente por rigor, sino por todo lo contrario, por una benignidad expresa”⁸⁵. En ese

⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Civitas Ediciones. Duodécima Edición. España, 2005, p. 760.

⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor ...*, Op. Cit., p. 88.

⁸⁴ IDEM, p. 88.

⁸⁵ IBÍD., p. 91.

mismo sentido, concluye el profesor Villar Palasí⁸⁶ que existía un trato de favor del contratista con relación al contrato civil, lo que implicaba una quiebra del principio de riesgo y ventura y una vía adicional que implicaba que la Administración Pública compensara al contratista, en los supuestos establecidos legalmente.

Si bien comparto esos planteamientos, el tratamiento en proyectos bajo la modalidad de CPP son diferentes, como también pudieran ser ciertas obras públicas donde el principio de riesgo y ventura debe ser atenuado, tomando en consideración la magnitud del proyecto, así como las condiciones establecidas en los documentos de pliego. Y es que, no puede bajo el principio de riesgo y ventura establecer que un contratista o un particular, aún en un contrato de obra pública, asuma todos los riesgos, ya que los imprevistos incluso en el contrato de obra civil, no los asume todo el constructor o desarrollador de la obra, ya que las partes acuerdan particularidades al respecto, basándose en la autonomía de la voluntad de las partes. Así pues, la regla general que se establece en los Códigos Civiles o de Comercio, solo aplica si no ha sido expresamente pactada alguna otra condición por las partes.

Asimismo, comparto el criterio sostenido de que parecería configurarse una contradicción de la doctrina tradicional (por lo menos en cuanto al riesgo de la concesión) en admitir teóricamente la transferencia total de los riesgos al concesionario, basado en el principio de riesgo y ventura, pero también reconocer que el concesionario tiene ciertas garantías (incluyendo económicas, como el principio del equilibrio del contrato) respecto de algunos riesgos relacionados al emprendimiento⁸⁷. Y es que la consecuencia de que un contratista que se encuentre encargado de ejecutar una obra, que como bien señalaba el profesor García de Enterría es una obligación de resultado, no implica una excesiva onerosidad para éste, cuando ocurran ciertos eventos, debido al equilibrio económico del contrato.

⁸⁶ VILLAR PALASÍ, J. L. *Lecciones sobre Contratación Administrativa*. Facultad de Derecho. 2da Cátedra de Derecho Administrativo. Madrid, p.235.

⁸⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato...*, Op. Cit. p. 107.

El profesor Ariño haciendo una crítica al principio de riesgo y ventura señalaba que: “En una concepción del contrato administrativo, presidida por los principios financieros y dogmáticos que alumbran en un principio la figura, el principio de riesgo y ventura es una consecuencia coherente con el sistema. Por el contrario, en la concepción actual del contrato, el principio resulta contradictorio, al menos en su formulación clásica, con el sentido general de la institución. Es más, afirmo que la actual concepción del contrato administrativo, construida desde los propios principios inmanentes a la institución, está, en cuanto a la equivalencia de las prestaciones, mucho más cerca de la concepción liberal e individualista del contrato en el siglo XIX. Frente a la unidad de sentido que el contrato administrativo tiene hoy, el principio de riesgo y ventura, es rigurosamente, un contrasentido: constituye el arrastre histórico de un planteamiento presupuestario que no resulta coherente con el sistema y exige una profunda revisión.”⁸⁸

De igual manera, el profesor Monedero Gil indicaba que el principio constituye una manifestación para limitar los créditos presupuestarios en la ejecución del contrato, es evitar que por el impulso del juego contractual queden desbordadas las asignaciones presupuestarias y se provoque un aumento no presupuestario de las obligaciones económicas del Estado⁸⁹.

El profesor Mantilla indica que la evolución posterior de las condiciones políticas y económicas de la vida administrativa influyó en esta característica de que el principio de riesgo y ventura se manifieste hoy de manera mucho menos absoluta y en dirección a concebir una participación de la Administración Pública, en determinada medida, en los riesgos financieros que implica la concesión⁹⁰.

Continúa indicando que por la evolución del contexto económico-administrativo a lo largo del siglo XX, que ha afectado el tratado caracterizador de la concesión administrativa, en la dinámica financiera que implica dicha figura “la Administración ha debido consentir de encargarse en cierta medida de esos riesgos” citando a Auby.

⁸⁸ARIÑO ORTIZ, G. *Teoría del Equivalente Económico ... Op. Cit.*, p. 197.

⁸⁹ MONEDERO GIL, J.I. *Doctrina del Contrato del Estado*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, p. 221.

⁹⁰ MANTILLA CORREA, A. *La Concesión Administrativa*. Editoría Jurídica Internacional EIJ, SRL, Santo Domingo, 2018, p. 136.

Igualmente, se sostiene que el principio del riesgo y ventura se ha debilitado notablemente, de ahí que, incluso, se insista en que es una “mito” al haber perdido su virginidad, y que corre el riesgo de haberse convertido en un privilegio en contra de la Administración contratante⁹¹.

Por su parte, el profesor Blanquer ha dicho que: “el principio de riesgo y ventura se mantiene en la actualidad respecto a los contratos de ejecución de obras públicas, aunque con las modulaciones que derivan del régimen de revisión de precios, que interiorizan en la regulación del negocio jurídico el devenir de una economía inflacionaria. Lo mismo ocurre respecto al contrato de suministro”⁹².

Desde mi perspectiva, y sin entrar en un análisis profundo en esta sección, considero que los principios de riesgo y ventura y el equilibrio económico financiero del contrato no son incompatible, más bien se complementan entre sí, para satisfacer el fin último del contrato público que es la satisfacción del interés público y que se traduzca en beneficio para las personas. En ese mismo sentido se ha señalado lo siguiente: “ambos principios -«riesgo y ventura» y «equilibrio económico-financiero» no son incompatibles. El mantenimiento del equilibrio financiero constituye una fórmula, en todo caso, excepcional, en el sentido de que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario a modo de un seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, trasladándolos íntegros al Erario público en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales.”⁹³

⁹¹ FUERTES LÓPEZ, M. *Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios)*. Observatorio de Contratos Públicos 2012, Aranzadi, España, 2013, p.233. Citando a F. SOSA WAGNER, J.L. VILLAR, PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA.

⁹²BLANQUER, D. *Derecho Administrativo. Tomo II. Los sujetos, la actividad y los principios*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 816.

⁹³ FUENTETAJA PASTOR, J. Á. *Riesgo y Ventura en la Concesión de Obra Pública*. Revista de Derecho de la Unión Europea, 2004, número 7, p. 187.

La noción de por su propia cuenta y riesgo no impide que la Administración Pública y los particulares puedan asignarse los riesgos como mejor entiendan, tal y como ocurre en el contrato civil. Si bien el poder adjudicador que para fines de este trabajo de investigación como ya he indicado anteriormente, hago referencia como Administración Pública, pudieran en la etapa del diseño de los pliegos solicitar la participación de los particulares para la estructuración del diseño de la asignación de los riesgos.

Este punto es sostenido por el profesor Pérez al señalar que: “lo que defendemos, es que “por su cuenta y riesgo”, no importa en la transferencia al concesionario de todos los riesgos inherentes a la empresa. Importa, sí la transferencia al concesionario de riesgos que el contrato indica. Por el contrario, son por cuenta y riesgo del concesionario esos riesgos que el contrato, expresamente o implícitamente, le ha transferido”⁹⁴.

Comparto el criterio del profesor Pérez de que el concesionario asumiría los riesgos ordinarios del emprendimiento. La administración pública asumiría los riesgos extraordinarios⁹⁵, a lo anterior le agregaría, así como aquellos riesgos que hayan sido distribuidos contractualmente por las partes. Ahora bien, lo que no puede permitirse es que contratos de concesión o bajo la modalidad de CPP no se transfieran riesgos al socio privado que son de la naturaleza para realizar mecanismos contractuales de esa naturaleza, como sería el riesgo operacional, entre otros.

Desde hace ya varias décadas atrás, indicaba el profesor Waline haciendo referencia al concesionario de servicio público, que: “(...) se obliga a hacer funcionar (...) un servicio público, en principio a sus costos y a sus riesgos y venturas – en realidad, en asociación financiera con la colectividad administrativa concedente”.⁹⁶

Asimismo, sostiene Mantilla que el principio del riesgo y ventura en la concesión administrativa se ha flexibilizado ante una operatividad absoluta. Además de las atenuaciones más clásicas en su aplicación – como son el supuesto de la fuerza mayor y las

⁹⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato...*, Op. Cit. p. 130.

⁹⁵ IBÍD., p. 107.

⁹⁶ WALINE, M. *Traité Elementaire de Droit Administratif*, Geme édition, libraire du Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 380.

subvenciones a favor del concesionario-, muestra otras en su procedencia como los casos del *fail du prince*, de la teoría de la imprevisión y de las modificaciones tarifarias.

Esta atenuación del principio del riesgo y ventura, en lo que aquí venimos señalando, ha llevado desde hace tiempo a modular las consideraciones al respecto en lo que hace a la caracterización de la figura concesional; a considerar decididamente a la concesión (básicamente, de servicio público) – por ejemplo entre autores franceses – como un fenómeno que supone un *partage des risques*²³⁹ (una partición de riesgos), explicándose sobre ello que: “(...) es bastante raro que la actividad sea gestionada plenamente a riesgo y ventura del concesionario. Numerosas posibilidades de repartición pueden ser insaturadas (con subvención eventual o garantía del Estado). Se sabe, por ejemplo, que las concesiones de ferrocarriles, que han jugado un rol de los más importantes en la génesis del derecho de concesiones, comportaban mecanismos de compensación de cargas de inversión y, a veces, de funcionamiento. La cuestión de la repartición de los riesgos no es especial a la concesión en la medida en que todo contrato es de una manera o de otra un repartidor de riesgos. Pero la importancia de las inversiones que pueden ser vinculadas da un lugar muy particular al conocimiento y a la repartición de los riesgos.”⁹⁷.

Interesante resulta la conclusión del profesor Santofimio, cuando sostiene que la fórmula legal consistente en que el contrato de concesión es por cuenta y riesgo del concesionario, debe entenderse sólo en cuanto corresponde a los riesgos que le hubieren sido debidamente distribuidos y atribuidos. En ese sentido, no nos encontramos ante un pleno y absoluto contrato de riesgos, sino ante un moderado contrato, con riesgos atribuidos a partir de la aplicación plena de la fórmula de la proporcionalidad que se hubiere desarrollado por la administración para estos efectos, haciendo en consecuencia razonable la afectación a los derechos e intereses del contratista en consideración a sus posibilidades y, sobre todo, con el fundamento en consideraciones de costo beneficio para las partes negociales⁹⁸. Me parece que si bien esa conclusión pudiera tener una aplicación mayor para

⁹⁷ MANTILLA CORREA, A. *La Concesión* Op. Cit., p. 138.

⁹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. y BÉJAR RIVERA, L. J. *Las Concesiones Públicas*. Universidad Panamericana, Editorial Novum, México, 2014, p. 115.

el ordenamiento jurídico colombiano, también aplica para el régimen español y el dominicano.

En definitiva, me parece que no es controvertido por la doctrina actual que el principio de riesgo y ventura se ha ido matizando, por lo que su interpretación debería ser readecuada a la actualidad, en especial sus consecuencias y sus excepciones. Así pues, la Administración Pública podrá asumir ciertos riesgos en contratos de concesión y CPP, el particular o el socio privado por supuesto que deberá asumir probablemente los mayores riesgos, pero no asumiría todos, sino más bien sería buscar un equilibrio entre las partes, tomando en consideración quien de ellas se encuentra en mejor posición de prevenir los mismos y quien los soportaría en caso de su ocurrencia.

1.3 La Problemática actual de los riesgos y su asignación

Si se analiza el tema de los riesgos y su asignación desde una perspectiva del Derecho Privado se puede observar que no es novedoso el tema de los riesgos. Al respecto ya se ha trabajado la cuestión de que la mayoría de las disposiciones del código civil, particularmente lo relativo a las obras no son reglas obligatorias o prohibitivas, sino que por el contrario aplican cuando las partes no han pactado expresamente acerca de los riesgos y su asignación. Evidentemente, que al existir disposiciones expresas en el código civil se disminuyen los costos de transacción, cuando las partes hacen uso de las normas contenidas en el. Ahora bien, nada impide que las partes pacten de manera distinta los riesgos de los distintos contratos regulados por el código civil.

Entiendo que lo anterior puede ser en cierta medida aplicado al riesgo y ventura. Es decir, si las partes hacen uso de la autonomía de la voluntad para adecuar, dentro de los límites permitidos en el ordenamiento jurídico de cada país, este principio primaría el acuerdo de las partes. Retomaré este planteamiento al tratar la cuestión de los contratos incompletos.

Los riesgos y su asignación han adquirido más relevancia en la contratación pública, por varias circunstancias, siendo quizás la más relevante la incorporación del riesgo operacional

por parte de la Unión Europea en la Directiva 2014/23/UE como elemento diferenciador para determinar la existencia o no de concesiones, y parecería que fuera también el caso para proyectos bajo la modalidad de CPP.

Asimismo, la necesidad cada vez más evidente de que los gobiernos requieran de la participación de socios privados para la realización de ciertas obras de infraestructura, que con el solo medio de los recursos públicos resulta insuficiente para satisfacer esas necesidades. De ahí, que hayan surgido mecanismos alternativos que permitan que fondos provenientes del sector privado se utilicen en la financiación de infraestructura e inversiones pública, a través de fórmulas de CPP.

El principal elemento de proyectos o fórmulas de CPP radica en compartir los riesgos⁹⁹, asignándolos con ciertos criterios objetivos y razonables tanto al socio privado como a la Administración Pública. Esta asignación de riesgos en la CPP no se realiza para beneficiar a la Administración Pública o al socio privado, sino que su objetivo es lograr estructurar un proyecto o una infraestructura pública eficiente y que se traduzca en beneficio directo para las personas, como pudieran ser escuelas, hospitales, carreteras, cárceles, entre otros proyectos.

En tal sentido, uno de los objetivos de esta investigación es proponer una aproximación alternativa a la problemática de regulación, asignación y compartir riesgos en la CPP, los cuales generalmente, y de acuerdo al análisis económico del derecho, no pueden ser perfectamente trasladado a una de las partes, a través de los contratos.

Luego de realizar la delimitación conceptual de lo que implica para la presente investigación la CPP, presentar algunas ideas conceptuales sobre la noción de riesgo y sus principales elementos característicos, así como reflexionar brevemente sobre el principio de riesgo y ventura, se estudiará en el próximo capítulo los riesgos en la contratación pública, en especial los distintos riesgos que consideramos se presentan en un proyecto de CPP, así como su relación con las técnicas de equilibrio económico financiero.

⁹⁹ VINCENT-JONES, P. *The new public contracting: regulation, responsiveness, relationality*. Oxford University Press, New York, USA, 2006, p. 175.

CAPITULO II: EL RIESGO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1 Cuestiones previas

Dentro del marco de la contratación pública, los riesgos tienen una importancia trascendental cuando la Administración Pública contrata con un particular para que colabore en la consecución de los fines públicos. Resulta ser de mayor interés, cuando se realizan fórmulas o asociaciones de colaboración público-privadas, ya que parte de esos riesgos o por lo menos los principales desde el punto de vista económico, generalmente son transferidos al sector privado.

En ese contexto resulta importante poder conceptualizar, identificar y establecer las diferencias que puedan existir entre los riesgos previsibles y el riesgo imprevisible, con el objetivo de establecer las implicaciones que se puedan derivar por la asignación de riesgos que puedan realizar las partes. Aquí, surge una interrogante, ¿pueden transferirse los riesgos imprevisibles? O ¿sólo son válidamente transferibles los riesgos previsibles?

Al tratarse de riesgos contractuales, lo importante es determinar cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones para prevenirlo y en última instancia soportar las consecuencias económicas, siendo generalmente negativas, que puedan derivarse ante la ocurrencia de un determinado riesgo. Como indicaba el profesor Benavides¹⁰⁰ se hace un reenvío a la teoría de los riesgos contractuales del derecho privado, con las reglas elementales del *res perit debitori* y *res perit dominio*, pero con ciertas particularidades para el caso de contratación pública, en especial en proyectos de CPP que manda a realizar una distribución y asignación de los riesgos.

Mi interés en este capítulo es poder dar una respuesta a la interrogante planteada anteriormente. Por otro lado, también se analizará dentro de este capítulo cuál sería el

¹⁰⁰ BENAVIDES, J. L. *Contrato Estatal entre Derecho Público y el Derecho Privado*. Universidad externado de Colombia, segunda edición 2004, Colombia, p. 146 y siguientes.

tratamiento que reciben los riesgos imprevisibles en la CPP y cómo también interactúan los mismos con las técnicas de equilibrio económico del contrato.

Aun cuando cada contrato o proyecto presenta particularidades inherentes al mismo y, consecuentemente riesgos que pudieran ser exclusivo de cada contratación, en este capítulo también se realizará un análisis de lo que considero son los principales riesgos que se identifican en la CPP, que en definitiva de una u otra forma existen en toda contratación pública. En ese análisis de los principales riesgos no se estudiará en este capítulo el riesgo operacional tal y como ha sido concebido por el Derecho de la Unión Europea, ya que será estudio de un capítulo particular debido a la importancia que tiene ese concepto que bien abarca algunos de los riesgos que se analizarán en este capítulo.

Siempre que las partes tengan mayor consciencia de los riesgos que asumen y su correspondiente asignación al realizar un proyecto bajo la modalidad de CPP será más fácil y efectiva la ejecución del mismo. Como se analizará más adelante, este proceso implica realizar una debida diligencia, y aplicar técnicas de distribución de riesgos que pudieran implicar transferirlo a terceras partes, ajenos a la relación contractual en una CPP. No obstante lo anterior, haber realizado una efectiva asignación de riesgos no es una garantía de que ante la ocurrencia del mismo no se generarían dificultades entre las partes, pero haber realizado con consciencia este proceso, sin dudas creo que contribuiría a que ese proceso sea menos traumático.

2.1.1 El riesgo previsible en la contratación pública

Dentro del marco de esta investigación, resulta importante identificar conceptualmente las diferencias que existe entre el riesgo previsible del imprevisible. De manera específica, el ordenamiento jurídico Español ni el dominicano contienen disposiciones expresas o conceptuales respecto de los denominados riesgos previsible o incluso imprevisibles. Así pues, en el derogado texto de la TRLCSP ni en la Ley 9/2017, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, de fecha 2 de diciembre de 2016, se

presentan mayores aclaraciones o precisiones respecto de que los riesgos que pueden ser asignados son los riesgos previsibles. Tampoco ocurre dicha aclaración en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana.

En España, se pueden encontrar trabajos específicos sobre el riesgo imprevisible como señalaremos más adelante, pero no he encontrado investigaciones profundas y específicas sobre el tratamiento y análisis de los riesgos previsibles en la asignación de riesgos. Al respecto, entiendo que sería útil incluir de manera expresa una distinción entre riesgos previsibles e imprevisibles, los cuales, en principio no deberían estar sujetos a asignación alguna entre las partes contratantes. Esta distinción entre los riesgos previsibles e imprevisibles tiene mayor relevancia en aquellas jurisdicciones donde su ordenamiento jurídico expresamente indica que solo podrán ser asignados los riesgos previsibles.

Un ejemplo de ello, es el caso de Colombia, que ha optado por desarrollar una teoría de riesgos previsibles definiéndolos de la manera siguiente: “Son aquellos en que por su naturaleza, contenido, alcance y frecuencia con los que ocurren existen frente a ellos evidencia de ocurrencia, dada la experiencia en el asunto. Previsible por la probabilidad alta de ocurrencia común porque son hechos reiterados en contratos de la misma tipología ordinarios porque es posible establecer su causa, efecto y es posible cuantificarlos, algunos de manera previa a su ocurrencia y otros con posterioridad”¹⁰¹.

Considero que el riesgo previsible en sentido general pudiera ser conceptualizado como aquel riesgo que puede ser identificado, previsto o determinado por las partes como una posibilidad de que pueda presentarse durante la ejecución de un contrato, y pueden ser previamente estimados o cuantificados, siendo uno de sus principales elementos la previsibilidad. Se deben realizar estudios y análisis previos que permitan establecer cuáles serían los riesgos previsibles ante un determinado proyecto de CPP. Dichos estudios permitirán tanto al sector privado como al público realizar una adecuada discusión respecto de la asignación de dichos riesgos.

¹⁰¹ INOCENCIO MELÉNDEZ, J. *La responsabilidad Contractual en el Derecho Público de los Contratos Estatales*. Tomo I. *Régimen patrimonial de los contratos estatales y de los riesgos en el derecho contractual colombiano*. Ley, Bogotá, 2009, p. 569.

Como señala el profesor Santofimio, el principio de previsibilidad implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional de los riesgos o contingencias del contrato entre las partes intervinientes, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación más completa posible de todos aquellos eventos que a futuro puedan impactar la conmutatividad, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar situaciones de desequilibrio económico¹⁰².

De lo que se trata con la identificación de los riesgos previsibles es reducir el campo de aplicación de la imprevisibilidad. Como se ha dicho que: “El riesgo, en consecuencia, se coloca en el centro de la actividad previsoras como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia de la relación negocial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad”¹⁰³.

En aquellos países donde se han regulado expresamente los riesgos previsibles, como es el caso de Colombia, se ha señalado¹⁰⁴ que las entidades públicas, han presentado algunos inconvenientes para encuadrar los riesgos previsibles. Lo confunden con otras figuras o acontecimientos, incluso con incumplimientos contractuales. En el siguiente cuadro, presento lo que no sería un riesgo previsible:

¹⁰² SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., y BÉJAR RIVERA, L. J., *Las Concesiones....*, Op. Cit., p. 112.

¹⁰³ SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. *El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*. Revista digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Enero – junio, 2009, p. 44.

¹⁰⁴ URUETA ROJAS, J. M. *El Contrato de Concesión de Obras Públicas Project Finance y Parteneriado Público – Privado*. Segunda Edición. Grupo editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2010..

Riesgos que pueden ocurrir en la CPP y no son previsibles			
Incumplimientos del Contrato	Los que son objetos de las distintas técnicas de equilibrio económico del contrato	Hechos derivados de responsabilidad extracontractual	Los que no sean identificables al momento de la elaboración del pliego de condiciones

Como ya he indicado, ni el ordenamiento jurídico Español ni el Dominicano contiene disposiciones expresas sobre riesgos previsibles. Solo existen disposiciones que hacen referencia a la posibilidad de asignación o distribución de riesgos.

Sobre esta misma cuestión, establecía el artículo 136 del TRLCSP sobre el clausulado del extinto contrato de colaboración entre el sector público y el privado que: “Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deberán incluir necesariamente, además de las cláusulas relativas a los extremos previstos en el artículo 26, estipulaciones referidas a los siguientes aspectos:

a) Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 313.

b) Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

c) Objetivos de rendimiento asignados al contratista”.

Asimismo, el artículo 215 del TRLCSP sobre el principio de riesgo y ventura establecía que: “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado”.

La nueva normativa sobre contratos del sector público, Ley 9/2017, dispone en su artículo 247 sobre el estudio de viabilidad en el numeral 2.g hace referencia a los Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras. Asimismo, el numeral 2.j hace referencia a la valoración actual neta de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional. No obstante, me parece que estas disposiciones son insuficientes para retener un verdadero, preciso y eficiente sistema de administración del riesgo, tal y como se expondrá más adelante.

Por otro lado, establece en el literal m, numeral del artículo 250 relativo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares en los contratos de concesión de obras que: “Distribución entre la Administración y el concesionario de los riesgos relevantes en función de las características del contrato, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista”.

Por otra parte, el artículo 285 literal (c) relativo a los pliegos y anteproyecto de obra y explotación dispone que: “Regularán también la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista”.

La Ley 9/2017 contempla el principio de riesgo y ventura en el artículo 197 y en el 254. El primero establece: “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239”.

El segundo contempla el principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras de la manera siguiente:

“1. Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 197 y 239, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apartado 2 del artículo 252, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras.

2. Si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros”.

Ahora bien, ¿se podría considerar que de esas disposiciones legales se deriva que el reparto o asignación de riesgos aplica solamente para riesgos previsibles, y que las partes no pudieran asignarse los riesgos imprevisibles?

Me parece que ante la creatividad de las partes en un proyecto de CPP, y partiendo del principio de buena administración en la elaboración de los pliegos de licitaciones por parte de la Administración Pública, lo más idóneo sería que el ordenamiento jurídico establezca expresamente ciertas disposiciones relativas a cuáles riesgos pueden ser repartidos o asignados, y las características que deberían tener los mismos para su asignación, que en definitiva de lo que trata es del manejo práctico ante la ocurrencia del mismo.

Tampoco creo que es posible transferirse riesgos imprevisibles. Al respecto abundaré más adelante. Los riesgos imprevisibles son abordados por las técnicas de equilibrio económico, por lo que se debe evitar caer en el error de pretender asignarse riesgos imprevisibles.

Tanto en España como en República Dominicana ante la inexistencia de disposiciones expresas que indiquen que el único riesgo posible para repartirse o asignarse son los previsibles, las partes, ya sea la pública o la privada, tratará de que se incluyan todo tipo de riesgos incluyendo aquellos que no tengan las características de la previsibilidad y estimación. Esto pudiera ser una modalidad que se pudiera discutir, si se abriera un proceso de discusión y participación durante la fase de estructuración de un proyecto (estructuración de pliegos), a fin de realizar la mejor asignación posible en beneficio de cada una de ellas. De todas maneras, se debe tomar en cuenta que este accionar pudiera implicar un incremento en los costos transaccionales del proyecto.

No obstante lo anterior, considero que para aquellas situaciones extraordinarias e imprevisibles que se presenten durante la ejecución de un contrato, en este caso en un proyecto de CPP, y que no hayan estado sujetas a una asignación, se aplicarían las técnicas relativas a la recuperación del equilibrio económico. Incluso, pudiera sostenerse que aún habiendo sido asignado un determinado riesgo, pero su estimación ha sido muy desproporcionada ante la ocurrencia del hecho pudiera habilitar las técnicas de equilibrio económico financiero. Esta cuestión y análisis lo desarrollaré más adelante.

Así pues, para que los riesgos previsibles puedan ser asignado o repartido entre las partes, y como consecuencia, que forme parte de la ecuación económica del contrato, deberá ser identificado y cuantificado en condiciones normales, en la etapa precontractual, es decir, en el proceso de elaboración del pliego de condiciones y en la etapa de negociación o estructuración del mismo, cuando aplicare y si existen disposiciones legales claras al respecto.

En definitiva, para establecer que un determinado riesgo es previsible se deben configurar las siguientes características:

1. Identificación y previsibilidad. Esto implica que puedan ser identificados o determinados, y que exista la posibilidad de establecer mecanismos objetivos para evitar su ocurrencia, así como identificar los supuestos o circunstancias en las que ocurriría.

2. Estimación o cuantificación. Esto implica realizar un ejercicio técnico que permita determinar un valor económico del riesgo y de su afectación en la ecuación económica del contrato o del proyecto de CPP al momento de la configuración del mismo, y antes de su ocurrencia.

De lo anterior, se puede concluir que no tendría mucho sentido que en una CPP, las partes traten de analizar o prever los riesgos imprevisibles, ya que como hemos señalado anteriormente, en primer lugar no pudieran ser identificados y estimados al momento de la estructuración de un proyecto de CPP. Ahora bien, lo que considero pertinente es que se incluyan disposiciones de cómo sería el tratamiento ante la ocurrencia de riesgos imprevisibles, y ante su ocurrencia como serían asumidos razonablemente a las partes. De hecho, ya el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia presenta una respuesta a los riesgos imprevisibles que son las técnicas de equilibrio económico.

En fin, con respecto a los riesgos previsibles, una vez se identifican las variables que incidan en su ocurrencia, asignarlos a la parte que tiene mayor posibilidad de prevenirlos y mitigarlos, ya sea en virtud de su experiencia, manejo de información y disposición para controlarlo. A este efecto se pudiera utilizar los antecedentes históricos e informaciones existentes sobre los distintos proyectos y cómo se han verificado ciertos riesgos a fin de determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto.

Luego de haber analizado y conceptualizado el riesgo previsible, que sería el que tiene la perfecta vocación de ser asignado en los contratos, y en especial en proyectos de CPP, se analizará a continuación el riesgo imprevisible y su estrecha relación con las distintas técnicas de equilibrio económico.

2.1.2 El riesgo imprevisible

El riesgo imprevisible y su tratamiento en la contratación pública ha sido más estudiado desde la óptica de las distintas técnicas de equilibrio económico del contrato. No obstante lo

anterior, el profesor Ramón Badenes¹⁰⁵ hace un análisis del riesgo imprevisible desde ámbito civil y su influencia en la alteración de las circunstancias en la relación obligacional, algunas de las cuales también aplican en el ámbito administrativo.

Asimismo, el profesor Tornos ha definido el riesgo imprevisible como el supuesto en el que circunstancias sobrevenidas a la celebración del contrato, e imprevisibles en dicho momento, hagan mucho más oneroso para una de las partes el cumplimiento del contrato en los términos pactados¹⁰⁶.

De la definición expuesta del riesgo previsible, y por efecto contrario sostengo que el riesgo imprevisible pudiera ser definido como cualquier evento o situación que no haya sido expresamente identificado, previsto o determinado por las partes como una posibilidad de que pueda presentarse durante la ejecución de un contrato, y no pudiera ser previamente estimado o cuantificado.

Al no existir un estudio sistemático sobre el riesgo imprevisible que englobe aquellos eventos o situaciones que lo configuran, me parece que se debe enfocar la problemática desde el desequilibrio económico y las técnicas de equilibrio económico a fin de poder determinar y concluir quien debería asumir dichos riesgos o por lo menos acordar durante la fase de estructuración de la CPP como se manejaría la ocurrencia de riesgos imprevisibles.

Quizás la cuestión de más importancia de los riesgos, es el desequilibrio económico que pudiera representar para una de las partes en una relación contractual. Así pues, que la configuración o determinación de riesgos imprevisibles se encuentra intrínsecamente ligada al desequilibrio económico y al impacto en la TIR de un proyecto de CPP. En ese sentido, los escenarios que pueden generar un desequilibrio económico son diversos y varían dependiendo de la configuración del ordenamiento jurídico existente, así como del país en donde uno se encuentre, ya que existen particularidades que pueden incidir en la determinación de que un riesgo sea previsible o no.

¹⁰⁵ BADENES GASSET, R. *El riesgo imprevisible*. Editorial Bosch, Barcelona, 1946.

¹⁰⁶ TORNOS MAS, J. *Contratos Público: Problemas, Perspectivas y Prospectivas*. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Editores, Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba. Universidad Externado, Colombia, 2017, p. 372.

Por ejemplo, no puede ser tratado este tema de la misma manera en un país con altos procesos inflacionarios que otro con una económica estable o en crecimiento. Los criterios, variables y parámetros económicos son distintos. Si se fuese a efectuar un proyecto de CPP, en una economía donde su moneda se encuentre en variación, sería razonable que dichas variaciones sean contempladas como un riesgo previsible y como tal sea asumido por el sector privado.

2.1.2.1 Diferencia entre riesgos previsibles e imprevisibles y los imprevistos en la ejecución de un proyecto

Me parece de interés realizar una precisión sobre una situación práctica y que es muy frecuente, por lo menos en República Dominicana. Me refiero al tema de los imprevistos en la ejecución de una obra o determinado proyecto y los riesgos imprevisibles. Lo considero importante, ya que esta misma cuestión pudiera presentarse también en proyectos de CPP.

Generalmente, los contratistas al presentar sus propuestas para en la ejecución de obras incluyen una partida denominada costos indirectos, la que sumada a los costos directos forman parte del costo u oferta total que presentan para una determinada obra o proyecto. Dentro de esa partida se incluyen entre otras cosas imprevistos ordinarios. Esto pudiera variar de país, pero es algo muy común en proyectos de obra. Lo anterior tiene como objetivo que el valor de la propuesta incluya todas las partidas, para que puedan ser verificadas durante su ejecución y evitar los posibles inconvenientes que pueden surgir con ocasión del precio de la obra y sus variaciones.

La partida de imprevistos, que generalmente incluye un porcentaje destinado a cubrir los gastos que se presenten durante la ejecución del contrato por los riesgos en que se incurre por el contratista. Sostengo que esa partida no pudiera ser considerada equivalente a los riesgos imprevisibles que se puedan presentar durante un proyecto de larga duración como sería la CPP.

Una cuestión es incluir una partida de imprevistos porque por experiencia en construcción se sabe que la remoción de tierras generalmente puede presentar complicaciones, y otra muy diferente es encontrarse por ejemplo con una capa de suelo particular, que aún habiendo realizando con diligencia los estudios geológicos y de suelo no dieron como resultado esa situación. Este hecho, supondría un incremento considerable dentro del proyecto que no debería ser considerado como cubierto por la partida de imprevistos presentada en la oferta.

Luego, los imprevistos dentro de los costos indirectos son parte del costo total para la construcción de una obra y están destinados a sufragar ciertos gastos indirectos que incurrirá el contratista durante su ejecución, los cuales por experiencias pasadas se determina su ocurrencia.

Las diferencias de la partida de imprevistos con los riesgos previsibles e imprevisibles serían, de un lado, los riesgos previsibles están destinados a anticipar, determinar todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, estableciendo cuál de las partes asumiría dicho riesgo y consecuentemente el impacto económico en la TIR. Como se trata de una posibilidad de que ocurra o no el riesgo previsible, si ocurre la parte que contractualmente asumió el riesgo lo enfrentará jurídicamente y económicamente.

Del otro lado, se encuentran los riesgos imprevisibles que no pueden ser identificados ni determinados por las partes como una posibilidad de que pueda presentarse durante la ejecución del contrato. Tampoco pudiera ser previamente estimado o cuantificado. Ante la ocurrencia de hechos de esta naturaleza aplicaría entonces, las técnicas de equilibrio económico financiero. También, sostengo y expondré más adelante que pudiera ser acordado entre las partes la manera en que sería tratado un evento de esta naturaleza.

En consecuencia, se puede concluir que mientras el concepto de imprevistos dentro de los costos indirectos de una obra o proyecto hace referencia a los gastos que forman parte del precio del contrato, por lo que deben ser asumidos por el contratista, los riesgos previsibles,

por un lado, tienen una finalidad diferente y serían repartidos entre la Administración Pública y el contratista a mediante lo establecido en el contrato. En el caso de los riesgos previsibles no aplicarían, en principio, las técnicas de equilibrio económico. Por su parte, la ocurrencia de un riesgo imprevisible sería tratado por las técnicas de equilibrio económico o por lo que expresamente se haya acordado entre las partes.

2.1.2.2 La tasa interna de rentabilidad (TIR), riesgos y el equilibrio económico

Uno de los principales inconvenientes que existe en la aplicación del principio del equilibrio económico en relación a los riesgos que ha asumido una parte en un contrato es determinar si se ha producido o no una ruptura sustancial en relación con la ecuación económica inicial. Al respecto, ¿podría ser la TIR un parámetro para determinar el desequilibrio, y consecuentemente, proceder a la correspondiente compensación?

Lo primero que debo señalar, antes de contestar dicha interrogante, es la novedad sobre la TIR que contiene la Ley 9/2017, ya que hace mención expresa de la TIR, estableciendo en el literal (c) numeral 4 del artículo 250 que: “Plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación, la tasa interna de rentabilidad o retorno estimada, y las obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados”. No obstante incluir este concepto, la Ley 9/2017 no hace una conceptualización del mismo ni de su impacto en la asignación de riesgos y el equilibrio económico financiero, aunque estimo que tendrá un considerable efecto práctico.

Se ha indicado que para contratos como los de concesión, y asociación público-privada, es adecuado hablar de TIR en el valor presente neto (VLP) y en costo medio ponderado de capital (CMPC). Son proyecciones que se valen de técnicas financieras y pretenden revelar al inversor el valor de su dinero - y su remuneración - para el tiempo futuro. Tales índices y valores instalan expectativas que necesitan seguridad jurídica reforzada y estabilidad firme de la base objetiva del negocio (aquel conjunto de circunstancias objetivas sin las cuales el contrato no habría sido celebrado, conscientes o no las partes). Aquí, se hace objetiva la

comprensión del derecho subjetivo público al equilibrio económico-financiero: no tiene sentido alguno hablar "previsible" o "imprevisible" para proyecciones objetivas que involucran períodos largos, de más de 10, 20 o 30 años¹⁰⁷.

Comparto la posición del profesor Lavilla¹⁰⁸ que señala que el término de "ruptura sustancial" es, un concepto jurídico indeterminado, y es posible que la necesidad de atender a la diversidad de las circunstancias concurrentes en cada supuesto aconseje no introducir mayor especificación por vía normativa. En esa misma conferencia, el profesor Lavilla reflexionaba sobre un parámetro objetivo para determinar la ruptura sustancial. Al respecto reflexionaba sobre si "¿podría considerarse un porcentaje relevante al respecto el del 10%, fijado a otro propósito por el artículo 107.3.d) del TRLCSP?"

Por otra parte, ¿cuál es la base a la que habría que aplicar el porcentaje relevante para determinar si se ha producido o no una ruptura sustancial? el precio del contrato, la tasa interna de retorno del proyecto, la tasa interna de retorno del accionista, etc.

En vista del riesgo que asume el sector privado en todo contrato, lo razonable sería sostener que ante una ruptura de la ecuación económica financiera que no sea sustancial, el riesgo que esto implique debería ser asumido por el sector privado. Ahora bien, si la ruptura es sustancial, entonces la Administración Pública tendría el deber de restablecimiento del equilibrio. ¿Cuál sería entonces el punto de partida de compensación? ¿Es desde el inicio del contrato o desde el momento que se produce la ruptura sustancial? La normativa no establece parámetro objetivo que otorgue una respuesta ante esos planteamientos.

Mi parecer es que las consecuencias económicas ante un riesgo que rompa sustancialmente el equilibrio económico del contrato deberían ser asumido por la Administración Pública a partir del momento en que se produce la ruptura sustancial.

¹⁰⁷ BOCKMANN MOREIRA, E. *Contratos Administrativos de Longo Prazo: A Lógica de Seu Equilíbrio Económico-Financeiro*. En BOCKMANN MOREIRA, E. (Coordinador). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Económico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno*. Editora Fórum, 1era reimpressão, Belo Horizonte, Brasil, 2017, p. 84.

¹⁰⁸ LAVILLA RUBIRA, J. J. "Olvidos" del legislador en las sucesivas reformas de la legislación en material de contratos del sector público: La experiencia en material de Colaboración público-Privada. En *La Contratación Pública: Problemas Actuales*, Jornada organizada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, p. 59.

Una decisión interesante en Colombia, que entiendo merece la pena señalar, relativa a la TIR y el restablecimiento del equilibrio económico es la que sostiene que: “(...)2- En el caso del contrato OJ-121-97, esa ecuación o equilibrio en cuanto atañe con el departamento, no se puede establecer a partir de la TIR del inversionista como el demandante lo solicita en su demanda, pues es claro que tal tasa, como lo afirma después en su alegato, no está garantizada como resultado de la ejecución del contrato, es decir, no existe garantía de rentabilidad a favor del concesionario, pues éste hace parte del riesgo comercial asumido por él. Por lo mismo, esos valores estimados pueden ser superiores o inferiores, todo de conformidad con el acaecimiento de hechos o la ocurrencia de diversas circunstancias que son de cargo del concesionario. No se trata, entonces, de un parámetro cierto, de un derecho real surgido del contrato y, por lo mismo, no sirve como patrón de medida para determinar si hay o no desequilibrio en contra del departamento. Por lo tanto, no es razonable pretender que se analice la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato, a partir de un elemento que no está, en ningún caso, previsto como un derecho a favor del departamento ni constituye tampoco garantía de utilidad a favor del concesionario. La TIR del inversionista en un proyecto dado, no es sino una mera expectativa de negocio, de utilidad, que proyecta el proponente como mecanismo de análisis para saber si le es conveniente o no participar en el mismo. Por lo tanto, solo al final de la ejecución del proyecto, se podrá establecer si de la ejecución del mismo, el inversionista obtuvo o no la utilidad esperada (...). Por lo tanto, no podrá hablarse de desequilibrio contractual en contra del ente público, sino en la medida en que se demuestre fehacientemente, que hay daño, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, o que el servicio obtenido por el usuario no corresponde a los estándares previstos y convenidos en el contrato. (...). Por lo mismo, debe establecerse en cada caso, cuáles son las obligaciones a cargo de cada una de las partes para poder definir dónde está ese equilibrio contractual. Siendo ello así, no es dable al Tribunal ocuparse de analizar las argumentaciones planteadas por el departamento para sustentar el demandado rompimiento del equilibrio económico del contrato, puesto que fincó ese supuesto desequilibrio en un hecho que no podría nunca conducir a demostrar que ha habido un daño en su patrimonio o en su contra, por cuenta de la conducta o las actuaciones de su

cocontratante (...) ¹⁰⁹”.

Esta decisión contiene reflexiones acerca del uso de la TIR y su utilización como parámetro para determinar la ruptura sustancial del equilibrio del contrato. Algunas de ellas las comparto otras entiendo pudiera reinterpretarse en proyecto de CPP. En definitiva, la decisión sostiene que la TIR no sería el parámetro más idóneo para determinar la ruptura del equilibrio económico.

Particularmente, entiendo que la cuestión pudiera ser discutible. Dependiendo del tipo de proyecto, en especial de CPP, así como el mecanismo de utilización de la TIR pudiera ser un elemento adicional para determinar la ruptura sustancial del equilibrio económico. De todas maneras, entiendo que otra manera de determinar el mismo es medir las respectivas obligaciones de las partes, desde el punto de vista económico, al momento de suscribir el contrato, a fin de determinar la ecuación que se realizó inicialmente. En todo caso, la determinación del desequilibrio económico o ruptura sustancial no es un asunto sencillo, tal y como se expondrá más adelante.

Un aspecto que entiendo no sería cuestionado es que no determinar de una forma más detallada y objetiva los criterios a utilizar para determinar la ruptura sustancial del desequilibrio económico, provoca inseguridad jurídica sobre todo para el sector privado, y de manera más marcada en proyectos de CPP, puesto que mientras más riesgos asuman, y el riesgo operacional, como se analizará, es obligatorio en tanto cuanto determinar una concesión, sin unos parámetros más claros mayor será la posibilidad de tener inconvenientes prácticos en la fase de ejecución. A ello, habría que añadirle los posibles perjuicios que pudiera tener esos inconvenientes en la prestación del servicio o uso de la infraestructura, lo que se traduciría en perjuicio para todos sus usuarios.

La Jurisprudencia española ha determinado en algunos casos cuándo se considera que existe una ruptura sustancial de la economía del contrato en las STS de 6 de mayo de 2008 y

¹⁰⁹ Laudo arbitral del Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de fecha veintiséis (26) de enero de 2011, No. TA-CCB-20110126. Departamento de Cundinamarca Vs. Panamericana S.A.

de 4 de junio de 2008. En ellas delimitan y aprecian un desequilibrio económico “suficientemente importante o significativo” *alrededor* del porcentaje del 2,5 por 100 del precio del contrato, basándose en determinados Dictámenes del Consejo de Estado.

No obstante lo anterior, existen otras decisiones que indican que ciertos porcentajes no son suficientes para producir un desequilibrio económico que implique una compensación por exralimitar el riesgo asumido conforme el principio de riesgo y ventura. De manera puntual, la STS de 25 de abril de 2008 estableció que: “Debe atenderse a la circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo. En el momento actual no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero al cifrarlo en el 2,5 % del contrato, supuestos analizados en las sentencias esgrimidas. Y por ello la Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57 % en presupuesto inicial, o 3,14 % en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible.”

El profesor Miguez Macho sostiene que en este terreno pesan más los tradicionales principios de continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos que las consideraciones económico-empresariales de transferencia del riesgo al colaborador privado. Si una perturbación en la frecuentación de la infraestructura, por exceso o por defecto, desborda los umbrales tenidos en cuenta a la hora de calcular el equilibrio económico del contrato poniendo en peligro la prestación del servicio, por más que

formalmente le corresponda al colaborador privado asumir el riesgo derivado de esta eventualidad, la Administración tendrá que intervenir financieramente para garantizar la continuidad de aquél¹¹⁰. Si bien comparto parcialmente este planteamiento, ya que es cierto que los principios de continuidad y regularidad tienen una incidencia especial en las concesiones y CPP al tratarse de proyectos que en definitiva benefician a la colectividad y personas. Cuando se traten de servicios públicos es claro que la continuidad y regularidad es una condición *sine qua non* de los mismos. Ahora bien, creo que al tratarse de contratos de larga duración la renegociación entre el sector público y privado puede ser una alternativa para recomponer a niveles razonables un riesgo, cuanto más se trate de riesgos imprevisibles.

Aunando con la última idea expuesta, entiendo que otro aspecto que amerita análisis, y al que ya he hecho referencia previamente, es la larga duración de los proyectos de CPP y en las concesiones. Este aspecto, como señala el profesor Pérez Hualde impone la necesidad de un mecanismo procedimental para el permanente mantenimiento del equilibrio dinámico de las prestaciones del contrato. “El concesionario tiene derecho – estrechamente ligado a su derecho de propiedad sobre el precio del contrato – a que ese mecanismo sea eficiente y utilizado en todas las ocasiones que sea necesario para cumplir con su objetivo (...)”¹¹¹.

Otra visión interesante respecto a considerar la TIR como un factor para definir el equilibrio contractual, la presenta el profesor Bockmann al sostener que, está en conflicto con la idea de garantizar la estabilidad de matriz de riesgos contratada. Garantizar el mantenimiento de TIR significaría neutralizar la variación de gastos e ingresos ocurridos en vista de la materialización de los riesgos asignados a las partes en el contrato¹¹².

Para demostrar ese planteamiento presenta el siguiente ejemplo: un contrato de concesión común ha transferido todo el riesgo de demanda al concesionario. Es evidente que si la demanda real es inferior a la demanda estimada (utilizada como parámetro para la

¹¹⁰ MIGUEZ MACHO, L. *Fórmulas de Colaboración Público-Privada Contractual y Crisis Financiera del Sector Público*, en “*La Contratación Pública a Debate: Presente y Futuro*” Directores FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. Camino de Galar, Navarra. España, Editorial Civitas, SA., 2014, p. 194 y 195.

¹¹¹ PÉREZ HUALDE, A. *Concesión de ...* Op. Cit. p. 181.

¹¹² BOCKMANN MOREIRA, E. *Contratos Administrativos de Longo Prazo...: Ob. Cit.*, p. 105.

formulación de su rentabilidad, si la TIR se utiliza como factor concesionario tendrá una reducción de su rentabilidad. Si la TIR se utiliza como factor de recomposición del equilibrio contractual, las pérdidas serán neutralizadas, haciendo que el riesgo de demanda, que había sido transferido al concesionario, regrese, al menos en parte, a la responsabilidad de la Administración, es un riesgo que sale por la puerta y entra por la ventana de la Administración. se podría hacer en relación al riesgo positivo de demanda (ganancias de ingresos provenientes de una demanda mayor que la estimada con los estudios que aparecían el proceso de licitación). Es simple percibir, por lo tanto, que el objetivo de garantizar márgenes de retorno es incompatible con el fin de distribuir riesgos en el plano del contrato. En consecuencia, cuando un contrato de concesión o de PPP acoja la TIR o cualquier tasa de rentabilidad como factor de reequilibrio económico-financiero estará instalando una antinomia contractual, en virtud de un potencial conflicto con su matriz de riesgos¹¹³.

En definitiva, creo que la TIR puede ser un elemento a utilizar dentro de análisis para determinar el desequilibrio económico, aunque no debe ser el único parámetro. En ese sentido, entiendo que sería conveniente establecer en la normativa de contratación pública ciertos elementos que permitan mayor predictibilidad en el análisis del desequilibrio, ya sea haciendo referencia al análisis económico de las obligaciones iniciales de las partes, la TIR, variaciones mínimas y máximas, la matriz de riesgos pactada, entre otros. Al final, se debe obtener un valor económico por el desequilibrio, independientemente de las razones que se haya producido – las cuales no serían motivo de análisis en esta parte, aunque sí tienen un impacto para determinar si procede o no el restablecimiento del equilibrio –, luego se debe poder establecer si el desequilibrio es sustancial o no. En esta parte, amén de que el análisis sería subjetivo, de lo que se trata es de que exista reglas claras, más transparencia y mayor seguridad jurídica en la CPP, y los posibles restablecimientos económicos.

Por otro lado, el análisis del equilibrio económico y la larga duración de los proyectos de CPP debe ser realizado desde la perspectiva del necesario mantenimiento de equilibrio durante la vida del contrato, en especial en tiempos de crisis y restricciones presupuestarias. Esto

¹¹³ IDEM.

aplica de igual forma para los riesgos. Es que es mucho más eficiente y efectivo mantener el contrato que resolverlo.

Así pues, una renegociación “obligada”, en el sentido de que las partes deben realizar sus mejores esfuerzos de recomponer o equilibrar nuevamente la relación contrato, de los contratos de larga duración, como serían los del CPP o concesiones creo que tal y como indica el profesor Pérez Hualde viene inspirada en un doble juego de fundamentos, tanto de orden público como privado, que hacen pie en el principio *rebus sic stantibus* propio de los contratos en general: sostiene la doctrina italiana (Macario) que “ha sido recientemente afirmada la vigencia, en el ámbito de las relaciones entre particulares, del principio de proporcionalidad, inspirado en los valores constitucionales de la igualdad, de la solidaridad y de la razonabilidad, que parece inmediatamente reconducible al orden público constitucional por un lado (aquel de origen publicista), y por el otro (más propiamente privatista), como tendencial impedimento al aprovechamiento del contratante beneficiado por la situación de desequilibrio contractual¹¹⁴”.

Finalmente, me parece muy acertada la reflexión y análisis realizado por el profesor Pérez Hualde sobre el equilibrio contractual originario del contrato que se desea recuperar en la renegociación (evidentemente que esta idea excluye un desequilibrio originario del contrato debido por ejemplo a una oferta temeraria, que tiene otras implicaciones para la concurrencia, así como la falta de previsión, entre otros), en el sentido de que “no es –tal vez nunca fue- un equilibrio técnico, objetivo, sino solo económico y subjetivo; en otras palabras, que puede no existir desde el punto de vista matemático-financiero; puede no ser –ni haber sido jamás- un verdadero equilibrio real. Se trata de un equilibrio presunto; de aquella ecuación alcanzada entre los intereses de las partes al momento de contratar, acordado entre las dos partes del contrato, cargadas de subjetividades y de intereses, no todos expuestos ante el otro, que llevaron a cada una a la celebración del acuerdo de voluntades. Es al mantenimiento de este equilibrio contractual concreto al que tiene derecho el concesionario”¹¹⁵.

¹¹⁴ IBÍD., p. 240-241.

¹¹⁵ IBÍD., p. 243.

2.2 Los riesgos imprevisibles y las distintas técnicas de equilibrio económico

Como ya he señalado, los riesgos imprevisibles deben ser tratados desde la perspectiva de las técnicas equilibrio económico. Es decir, ante la ocurrencia de un hecho extraordinario e imprevisible sería abordado por las técnicas de equilibrio económico. De manera puntual, la respuesta al concepto más estricto de riesgos imprevisibles, se encuentra en las teorías de las sujeciones imprevistas y la del riesgo imprevisible o imprevisión.

El profesor Gimeno Feliú indica que el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, a través de las técnicas que analizaremos a continuación, por tanto, como el mecanismo que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando, durante la ejecución del contrato, falla el reparto de riesgos pactado¹¹⁶. Como se puede observar, el hecho de que se haya realizado un reparto de riesgo no es óbice para que se apliquen las técnicas de equilibrio económico, cuando se presenten los hechos y circunstancias que las habiliten.

En este sentido, en la STS de 20 de diciembre de 1986 se afirma que: “cuando no se sostiene la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige, para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiera de la concesión”.

Se pudiera sostener, amparándose en el principio de equidad y buena fe, que ante la ocurrencia de hechos imprevisibles, habiendo tomado las debidas precauciones y actuando con diligencia, que alteran la regla natural del reparto de riesgos rompiendo la causa del contrato original, sería mandatorio casi reequilibrar el contrato. En esa misma línea de argumentación se observa lo comentado por el profesor Gimeno Feliú¹¹⁷ y la STS de octubre de 2009. Igualmente, la STS de 14 de julio de 2010 ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y

¹¹⁶ Gimeno Feliú, J. M. *Concesiones y Colaboración con el sector privado. El sistema de aseguramiento de riesgos mediante RPA y su incidencia en la competencia*. VIII Jornadas Nacionales de Derecho de la Competencia, Barcelona, 16 de Julio de 2014, p. 10.

¹¹⁷ ÍDEM.

significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública.

Por otro lado, el Tribunal Supremo indicó en su STS de 19 de septiembre de 2000 que: “Estas valoraciones permiten llegar a la conclusión que los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo están capacitados para completar el concepto jurídico indeterminado de la expresión equilibrio económico de la concesión, que no puede ser entendido más que como la búsqueda en la medida de lo posible, de una igualdad dentro las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles que en todo contrato de concesión está implícito y que persigue una honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se exige, lo que condiciona el concepto equivalencia comercial y ecuación financiera del contrato de concesión, por lo que debe mantenerse dicho equilibrio económico...”. Así pues, que el equilibrio económico se deberá mantener, aun cuando se hayan realizado un reparto de riesgos, siempre y cuando se configuren sus elementos de aplicación, que una vez realizado un reparto de riesgos, entiendo que su aplicación sería distinta que en los contratos que no se ha realizado expresamente una distribución de los riesgos.

Pues bien, en esta parte, realizaré algunas puntualizaciones sobre otras técnicas de equilibrio financiero como serían los actos y hechos del Estado o *Factum principis*, la modificación unilateral o *Ius Variandi* y revisión de precios. De hecho, todas estas técnicas, si bien no son exactamente una respuesta a determinados riesgos previsibles, ya que no se puede estimar previamente su impacto, sí que se identifica por lo menos en dos de ellas, quien debería asumir o estaría en mejor condición de mitigar el riesgo. Me refiero a los actos y hechos del Estado o *Factum principis* y la modificación unilateral o *Ius Variandi*.

Por esta razón, iniciaré el análisis de estas técnicas por los actos y hechos del Estado o *Factum principis*, luego pasaré a analizar brevemente la modificación unilateral o *Ius Variandi*, y finalmente la revisión de precios, para luego analizar las que tienen mayor

aplicación en los riesgos imprevisibles que serían las sujeciones imprevistas y el riesgo imprevisible o teoría de la imprevisión.

2.2.1 Actos y Hechos del Estado

Esta técnica de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, comúnmente denominada hecho del príncipe o *factum principis* ha sido indicada como una de las teorías más confusas del derecho administrativo¹¹⁸. En adición a la doctrina clásica por los administrativistas franceses, quizás uno de los trabajos más profundos y clarificadores sobre esta teoría es la tesis doctoral del profesor Saroit Badaoui¹¹⁹.

El hecho del príncipe o *factum principis*, al que como otros autores, prefiero llamar actos y hechos del Estado, al tratarse de actuaciones administrativas o legales unilaterales realizadas por el Estado que rompan sustancialmente el equilibrio económico del contrato. Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia y doctrina francesa, señalando el profesor Cassagne que nace para corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes públicos que tuvieran por efecto afectar, con medidas generales, las condiciones jurídicas o de hecho conforme a las cuales el contratista ejecuta su contrato¹²⁰.

El profesor Dromi señala que los Actos y Hechos del Estado se manifiestan a través de decisiones jurídicas o de acciones materiales que pueden modificar las cláusulas contractuales o las condiciones objetivas o externas del contrato. Pero sólo el acto de poder anormal o extraordinario que afecte la relación contractual da lugar a la aplicación de la teoría, pues el acto de poder normal u ordinario, que sólo torne un poco más gravoso el contrato, entre en las previsiones del riesgo empresarial asumido por el contratista¹²¹.

¹¹⁸ LAUBADÈRE, A. D., *Traité Théorique et Pratique des contrats administratifs*, Tomo III, Paris, Francia, 1956, p. 24.

¹¹⁹ BADAoui, S., *Le fait du prince dans les contrats administratifs en Droit français et en Droit égyptien*, Thèse pour le doctorat en Droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1954.

¹²⁰ CASSAGNE, J. C. *El contrato Administrativo*. Segunda edición, LexisNExis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2005, p.135.

¹²¹ DROMI, R. *Renegociación y Reconversión de los Contratos Públicos*. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos. Buenos Aires, 1998, p. 103.

Se ha indicado una serie de decisiones dictadas por el TSE sobre la definición de los actos y hechos del Estado o *factum principii*, señalando que es definida como la adopción de una medida político-económica al margen del contrato que produce un desequilibrio económico en el contratista (STS de 12 de julio de 1995, RJ 5888 y STS de 10 de junio de 1998, RJ 4865)¹²².

A diferencia de lo que ocurre con el ejercicio de la potestad de variación unilateral de la Administración Pública, que como su nombre lo indica implica una modificación directa al contrato, en este caso se trata de medidas administrativas generales, que aun cuando no modifican el contrato, repercuten negativamente en su ejecución al impactar las condiciones económicas, haciendo que su ejecución sea más onerosa de lo inicialmente previsto.

En el caso de la modificación unilateral, se configura un alea administrativa que como indica el profesor Ariño es el conjunto de modificaciones administrativas que se producen en el seno de un contrato por la acción unilateral de la Administración en cuanto *potentior persona*, investida de potestad en el seno de la relación; modificaciones que pueden llevarse a cabo por norma o acto administrativo no contractual¹²³.

Se ha sostenido que las condiciones para que un contratista pueda invocar actos y hechos del Estado a fin de reequilibrar económicamente el contrato serían las siguientes:

1. Debe tratarse de una medida *general* de índole económica o financiera.
2. Que provoque excesiva onerosidad sobreviniente y sea imprevista¹²⁴.
3. Que exista una relación de causalidad entre la disposición administrativa y el perjuicio ocasionado. Sobre este aspecto se puede revisar la STS de 12 de julio de 1995.

¹²² GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. *El contrato Administrativo*. Civitas Ediciones, SL, Madrid, España, 2003, p.279.

¹²³ ARIÑO ORTIZ, G. *Teoría del Equivalente ...*, Op. Cit. p. 7.

¹²⁴ MARIENHOFF, M. S. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III-A, 4 edición, Buenos Aires, Argentina, p. 494.

4. El daño causado por el acto de autoridad debe tratarse de un daño cierto y *especial*: no se tomarán en cuenta, pues, disposiciones que impliquen únicamente reducción de beneficios: así las cargas fiscales directas¹²⁵.

Asimismo, si existiese paralelamente alguna falta por parte del contratista, implicaría una exigente de responsabilidad de la Administración como consecuencia del acto o hecho del Estado. También si el contratista estuviera en incumplimiento con sus obligaciones contractuales evitaría que se aplicara la compensación económica por el supuesto del acto o hecho del Estado.

En España esta técnica ha sido sujeta a interpretación por el Tribunal Supremo quien ha considerado a través de sus decisiones, como las del 25 de abril de 1986 y de 20 de diciembre de 1986, que es necesario para que se dé el nacimiento del derecho indemnizatorio en estos casos, medidas imperativas y de obligado cumplimiento, que reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan un daño especial al contratista dando lugar a la citada compensación.

El ordenamiento positivo español, si bien no tiene una referencia expresa y precisa a los actos y hechos del Estado, tiene manifestaciones que permiten su aplicación. Como señala el profesor García de Enterría que: “si bien su más frecuentes manifestaciones suelen canalizarse tradicionalmente por el cauce, peculiar de la revisión de precios (como subraya la Sentencia de 1 de diciembre de 1980). Con todo, cabe destacar como una nota de sus manifestaciones el supuesto contemplado en el artículo 167.d LCAP”¹²⁶.

A diferencia del caso español, la República Dominicana no cuenta con ningún precedente jurisprudencial relativo a los actos y hechos del Estado. De todas maneras, entiendo que esta técnica puede ser perfectamente aplicada tanto por la Administración Pública, así como por los jueces, en vista de la cláusula general de equilibrio económico del artículo 32.1 de la LCCP que establece lo siguiente: “El derecho a los ajustes correspondientes de las

¹²⁵ ARIÑO ORTIZ, G. *Teoría del Equivalente ...*, Op. Cit. p. 7.

¹²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho ...*, Op. Cit., p. 752.

condiciones contractuales, cuando ocurrieren acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, con relación a las condiciones existentes al momento de la presentación de propuestas, que devuelvan el equilibrio económico del contrato”.

Una cuestión interesante a destacar es el hecho de si en un proyecto de CPP pudiera ser aplicada esta técnica, con el objetivo de recomponer el equilibrio económico que pudiera verse afectado principalmente en la TIR. Creo que desde el punto de vista práctico, al realizar una debida asignación de riesgos en una CPP, sería ostensible pensar que los riesgos asociados a los actos y hechos del Estado sean asumidos por éste, con lo cual ante la ocurrencia de algún evento de esa naturaleza, que afecte la TIR del proyecto, se habrá de restablecer la misma aplicando esta técnica. Ahora bien, sugeriría que se pueda establecer razonablemente mecanismos contractuales que establezcan el tratamiento al ocurrir un evento de esta naturaleza.

2.2.2 La modificación unilateral o *Ius Variandi*

La modificación unilateral o *ius variandi*, implica que la Administración Pública, durante la ejecución del contrato, puede introducir, directa y unilateralmente, modificaciones en el mismo, sin modificar sustancialmente su objeto, fundamentado en motivos de interés público. Así pues, la entidad contratante puede modificar “en *más* o en *menos*”, de acuerdo a Jezé¹²⁷, la extensión de las obligaciones del contratante cuando concurren razones de interés público debidamente motivadas y justificadas para ello.

La potestad de modificación o *ius variandi* es como señala el TSE un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas (STS del 29 de mayo de 1995). Esto quiere decir, que en materia de contratación pública, el principio de inalterabilidad de los contratos subsiste ante las necesidades públicas, lo que permite que la Administración posea la potestad de modificar unilateralmente el contrato, sin que el contratista pueda oponerse a dicha modificación, claro está cumpliendo ciertas reglas.

¹²⁷ JEZÉ, G., *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo IV, Editorial de Palma. Buenos Aires, Argentina, p. 30.

En ese mismo sentido, se indicaba que en último término que el *ius variandi* de la Administración no es sino una manifestación de la potestad expropiatoria general, que exige siempre una justa compensación¹²⁸.

Desde hace tiempos, había partidarios de que la modificación unilateral de la Administración Pública se encontraba en una prerrogativa contractual. Así lo indicaba el profesor Péquignot al sostener que: “la Administración no ejerce más que una prerrogativa contractual”¹²⁹. Esta discusión era aún más interesante en la época donde no se encontraba esta posibilidad en normas legales o en los pliegos de licitación.

En ese mismo sentido, se ha pronunciado la doctrina respecto del origen de dicha posibilidad, así como de la exorbitancia de dicha cláusula, la cual fue comentada y discutida por la doctrina durante el siglo XX. Sobre dicha discusión sobresale las conclusiones del profesor Meilán Gil, al proponer este un enfoque distinto: “Lo que se propone es el abandono de las prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos. En el caso de que los supuestos de modificación están previstos en la documentación nos encontramos en el juego normal del contrato”¹³⁰.

El profesor Mantilla haciendo referencia al ejercicio de la modificación unilateral de la Administración Pública indica que: “la presencia y ejercicio de la *potestas variandi* proyecta la existencia de riesgos derivados del funcionamiento administrativo que pueden afectar los términos pactados y, con ello, las previsiones iniciales que marcan la relación costo-beneficio económico (el equilibrio económico) que todo nexo contractual implica para las partes contratantes, especialmente en lo que al contratante de la Administración Pública respecta”¹³¹. Ahora bien, como el ejercicio de la modificación unilateral de la Administración Pública tiene un remedio económico a través de una compensación o el ejercicio del equilibrio económico, no debería presentar mayores inconvenientes en la distribución de los riesgos, ya que es muy obvio que quien debe asumir este riesgo sería la Administración

¹²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho* Op. Cit., p. 753.

¹²⁹ PÉQUIGNOT, G., *Théorie générale du contrat administratif*, Éditions A. Pédone, Paris, 1945, p. 369.

¹³⁰ MEILÁN GIL, J. L. *Las prerrogativas de la administración ...*, Op. Cit., p. 40.

¹³¹ MANTILLA CORREA, A. *La potestas variandi en la contratación administrativa*. Conferencia en «Evolución del Derecho Administrativo», con motivo de la Celebración por los 150 años de la creación de la Procuración del Tesoro de la Nación 1853-2013 de la República de Argentina.

Pública, porque en definitiva es quien ejerce esta posibilidad, aun cuando sea en beneficio de la colectividad.

La modificación unilateral de la Administración Pública queda incorporada¹³² en el ordenamiento español en varios artículos de la Ley 9/2017. De manera expresa, el artículo 203 sobre la potestad de modificación del contrato dispone que: “1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.

2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204;

b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de

¹³² Desde el texto de la TRLCSP se hace una diferenciación entre las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación, y aquellas modificaciones que no están previstas expresamente en la documentación que rige la licitación. Para ampliar sobre la modificación de los contratos públicos se puede consultar a VÁZQUEZ MANTILLA. F. J. *La modificación de los Contratos Públicos*. Aranzadi, España, 2015. Los principales artículos del TRLCSP que regulaba este aspecto eran el 106, 107 y 219.

adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina”.

Por otra parte, el artículo 204 de la Ley 9/2017 sobre modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas establece que: “1. Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes:

a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.

b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos”.

Para el caso de modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, el artículo 205 de la Ley 9/2017 dispone que: “1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación”.

Finalmente, el artículo 242, 255 y el 262 de la Ley 9/2017 establecen disposiciones sobre la modificación en el contrato de obras y sobre la concesión de obras. El artículo 290¹³³

¹³³ El artículo 290 de la Ley 9/2017 sobre la Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico dispone que:

1. La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el concesionario no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

4. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.

b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley.

contiene las regulaciones sobre esta misma cuestión pero para el contrato de concesión de servicios

En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.

Sin entrar en un análisis de la nueva redacción en materia de modificación de contratos, entiendo que es muy oportuno el establecimiento expreso de la necesidad de terminar el contrato, en caso de que fuese necesario ejecutar el contrato de manera distinta a lo inicialmente pactado, si no se encuentra dentro de las posibilidades de modificación de la normativa. Esto puede implicar una mayor competencia y transparencia.

En la República Dominicana, la posibilidad de modificación unilateral se encuentra establecida en el artículo 31.2 de la LCCP que establece: “La entidad contratante tendrá las facultades y obligaciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en otra legislación y en sus reglamentos, en los pliegos de condiciones, o en la documentación contractual. Especialmente tendrá:

(...) 2) Podrá modificar, disminuir o aumentar hasta un veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original de la obra, siempre y cuando se mantenga el objeto, cuando se presenten circunstancias que fueron imprevisibles en el momento de iniciarse el proceso de contratación, y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público”.

Puedo concluir que en República Dominicana, de la revisión práctica que he realizado por la supuesta aplicación de esta facultad, he podido comprobar que ha sido erróneamente aplicada. A veces, no se configuran los elementos necesarios para su aplicación y otras veces, se utiliza para compensar económicamente a los contratistas por las alteraciones en el equilibrio económico durante la ejecución del contrato, sin justificar la razón o los motivos de la modificación. Así pues, en la práctica se sostiene erróneamente que los contratistas solo podrán recibir compensaciones o reajustes económicos por hasta un 25%

del monto del contrato. Aquí se configura una confusión entre la facultad de modificación unilateral de la Administración Pública con el equilibrio económico del contrato. La mayoría de los contratistas dominicanos entienden que la manera de equilibrar el contrato es a través de este artículo. Por ello, se observa un ejercicio inadecuado de este artículo, cuando en las adendas por modificación basándose en el artículo 31.2 simplemente se hace referencia al aumento del precio hasta el 25%, sin establecer ni justificar la necesidad de modificación ni tampoco indica cuales serían estas.

Por otra parte, en República Dominicana no se establecen específicamente mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico para el caso del ejercicio de la modificación unilateral. La LCCP ni su reglamento de aplicación contienen disposiciones precisas al respecto, sino que deja a la aplicación de la cláusula general de equilibrio económico establecida en el artículo 32.1 de la LCCP su restablecimiento.

La existencia de precedentes jurisprudenciales sobre la modificación unilateral de la Administración Pública en República Dominicana es casi inexistente. Hasta el momento no he podido encontrar decisiones de importancia sobre su aplicación derivada de la LCCP. Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia haciendo referencia a la concesión de servicios públicos sobre telecomunicaciones, indicó en su Sentencia No. 20-2009¹³⁴, lo siguiente: "(...) en el título habilitante, o en las eventuales modificaciones que el Poder Concedente en el ejercicio de su facultad "jus variandi", tiene el derecho de establecer unilateralmente sobre este régimen de concesión, a fin de tutelar la prestación de este servicio, siguiendo los márgenes que la propia ley también prevé, al tratarse de la concesión administrativa para la prestación de un servicio público de interés general, donde el concesionario acepta una situación preestablecida, que viene impuesta por el ordenamiento vigente y por las posteriores reformas, que a juicio de la Administración, resulten necesarias y convenientes establecer para regular la prestación del servicio autorizado, a fin de garantizar la satisfacción del interés general, que al estar comprometido en este tipo de servicio, debe ser tutelado y resguardado por la autoridad reguladora, como ocurrió en la especie, cuando el Indotel, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 84 de la

¹³⁴ Sentencia SCJ No. 20-2009, de fecha 26 de agosto de 2009. B. J. NO. 1185, Agosto 2009.

materia, dictó su Resolución núm. 129-04 (...)" . Como se puede notar, la SCJ se pronunció respecto a la modificación de un reglamento emitido por una Administración Pública y no específicamente a la modificación unilateral de un contrato administrativo.

Conforme a las disposiciones normativas de la modificación unilateral de la Administración Pública, tanto en España como en República Dominicana, la misma solo pudiera ser aplicada cuando se configure por lo menos lo siguiente:

- a) El ejercicio de la potestad de modificación deberá estar vinculada al interés público, siendo esta la única forma de satisfacerlo, evitando así que la modificación se produzca por meras causas particular o económicas del contratista.
- b) Cuando se produzcan nuevas necesidades o causas imprevistas en el momento de la adjudicación del contrato.
- c) Respetar el límite dispuesto en la correspondiente normativa.
- d) Justificación y motivación de las razones y circunstancias por la que ha hecho ejercicio de la potestad, incorporando dicha motivación en el expediente administrativo, a través de un acto administrativo debidamente motivado y en las consideraciones de la adenda que modifica el contrato.

Lo anterior se establece para evitar un ejercicio abusivo o arbitrario por parte de la Administración Pública u órgano contratante, salvaguardando, de esta manera, la seguridad jurídica, la libre competencia y la posición del contratista. Es así, que el ejercicio de la *potestas variandi*, está condicionado por el fin público al que responde en concreto el contrato administrativo; y, en general, por la condición de garante de la satisfacción del interés público que tiene la Administración Pública, que se traduce en beneficio e interés de las personas.

Luego, se sostiene que la *potestas variandi* ha de justificarse en razones estrictamente objetivas que incidan sobre el interés público de un modo tal, que la única solución para responder a la satisfacción de ese interés no sea otra que activar dicha potestad. En consecuencia, el *ius variandi* se ha de fundamentar en la necesidad de acomodar las prestaciones pactadas en el contrato, a las exigencias de cambio que se pueden presentar del interés general que debe satisfacerse por ese contrato.¹³⁵

Por último, y con respecto al ejercicio de esta potestad en proyectos de CPP, entiendo que la misma debe ser reinterpretada. No es que su aplicación se encuentre imposibilitada, restringida o limitada, ya que si configura la necesidad para beneficio de la colectividad de que sea necesario e imprescindible que la Administración modifique unilateralmente el contrato deberá hacerlo. Ahora bien, en los proyectos de CPP, por lo menos en la CPP de iniciativa y financiamiento privado, en donde los agentes privados son los que proponen a la Administración Pública la creación de los proyectos y asumen la mayoría de los riesgos, entiendo que previo al ejercicio de esta posibilidad, deba ser necesario que las partes sean quienes razonablemente modifiquen el contrato para adecuarlo a la satisfacción del interés público. Esta es una cuestión que requeriría de precisión expresa en las leyes que regulen la CPP.

2.2.3 Revisión de precios

La revisión de precios es otra de las técnicas de restablecimiento del equilibrio económico financiero y constituye otra de las excepciones al principio clásico del riesgo y ventura. Esta técnica supone la aplicación de una fórmula polinómica o de un índice, a los importes líquidos de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión¹³⁶.

¹³⁵ Para el profesor BREWER CARIAS, A.R.: "(...) el fundamento de esta facultad de modificación unilateral radica en las exigencias del interés general de la comunidad, que son variables, por lo cual, en el curso de la ejecución de un contrato puede surgir la necesidad de introducir variaciones en las obligaciones contraídas por el co-contratante en el acto de conclusión del contrato."; ver: BREWER CARIAS, A. R., *Contratos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p. 170.

¹³⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F., *Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos*. Revista Española de Derecho Administrativo No. 163, Abril – Junio 2014, p. 172.

Al igual que la potestad de modificación, sobre esta técnica se discutía, aunque en menor intensidad, de dónde surge esta posibilidad, si de la Ley o de contrato. Al respecto, la STS del 26 de septiembre de 1988¹³⁷ indicó que el derecho a la revisión de precios surge del acuerdo entre las partes y no de la ley. Sin embargo, existen decisiones que señalan que esta técnica surge ex lege, como es el caso de la Abogacía del Estado¹³⁸. No obstante lo anterior, tal y como señala el profesor Fernández García que el contratista puede verse privado de su aplicación si su improcedencia, debidamente motivada, se establece explícitamente en el pliego¹³⁹.

Los artículos 89 y siguientes del TRLCSP regulaban la revisión de precios en España, estableciendo su procedencia y límites. Lo primero que llama la atención es que esta técnica puede ser limitada en los pliegos o en el contrato, cuando éste se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiese transcurrido un año desde su formalización, por lo que, el primer 20 por 100 ejecutado y el primer año desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

Igualmente, existen algunos tipos de contratos en los cuales esta técnica no aplicaría. Tal es el caso del arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra, ni en los contratos menores. Asimismo, el pliego de condiciones o el contrato deberán detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable.

El artículo 91 del TRLCSP establecía los índices y parámetros que podrán utilizar las fórmulas polinómicas, estableciendo materiales y elementos básicos y excluyendo otros. Asimismo, establece que los indicadores o reglas de determinación de cada uno de los índices que intervienen en las fórmulas de revisión de precios serán establecidos por orden del Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado.

¹³⁷ Sentencia de 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7264).

¹³⁸ La Abogacía del Estado informe 12/10 sobre Importe de la base de cálculo de revisión de precios en los contratos de obras y suministros de fabricación señala que: *“las cláusulas de revisión de precios tienen en el TRLCAP un carácter imperativo, es decir, operan ope legis y de forma ordinaria, a diferencia del régimen previsto en el antes citado texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, en el que sólo eran admisibles en virtud de la correspondiente previsión en el pliego de cláusulas administrativas. (...)”*

¹³⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F., *Equilibrio económico y revisión...* Op. Cit., p. 173.

La técnica de revisión de precios opera tanto para el contratista como para la Administración Pública. El artículo 94 del TRLCSP indicaba que el importe de las revisiones que procedan se hará efectivo, de oficio, mediante el abono, o el descuento correspondiente. En ese sentido, se ha señalado que, la revisión de precios no puede considerarse como un derecho del contratista, ya que ante una bajada generalizada de los costos, pueda renunciar a su aplicación, cuando la misma se deriva de la fórmula o índice pactado resulte una disminución del precio a recibir¹⁴⁰.

Comparto el criterio de que la revisión de precios no excluye la posibilidad de recurrir a otras técnicas de equilibrio económico financiera, como sería el riesgo imprevisible o teoría de la imprevisión, cuando por eventos extraordinarios e imprevisibles, se desequilibre el contrato de tal manera, que incluso aplicando las correspondientes fórmulas de revisión de precio se demuestre que dicha revisión resultó insuficiente para equilibrar el contrato.

Por último, considero oportuno realizar una breve precisión sobre la diferencia que tiene esta técnica con otras figuras similares, y que de una u otra forma, coadyuvan con el mantenimiento del equilibrio económico.

Me refiero a la variación de precios y la actualización de precios. En el primer caso, se puede notar que del artículo 87 del TRLCSP se desprende que esta figura recompensa al contratista por el cumplimiento de determinados objetivos de plazo o rendimiento y también lo penaliza por incumplimiento de obligaciones contractuales; a diferencia de lo que ocurre con la revisión de precios que responde a circunstancias externas y ajenas de las partes del contrato. Para el caso de la actualización de precios, la variación aplica antes de la firma del contrato, mientras que la revisión de precios se produce durante la ejecución del contrato.

¹⁴⁰ IDEM.

Con el nuevo texto de la Ley 9/2017 estas disposiciones quedaron derogadas y fueron sustituidas por las contenidas en el capítulo II, título III, del libro I, específicamente los artículos 103 y siguientes regulan esta cuestión.

La República Dominicana no cuenta con una regulación clara y precisa sobre revisión de precios, como es el caso de España, que establece todo un articulado sobre revisión de precios en los contratos del sector público.

Las únicas disposiciones que hacen referencia a la revisión de precios son los artículos 28 y 55 de la LCCP. Particularmente, el artículo 28 dispone que: “El contrato, para considerarse válido, contendrá cláusulas obligatorias referidas a: antecedentes, objeto, plazo, precio, ajuste de precios, equilibrio económico financiero, garantías, modificación, terminación, resolución, arbitraje, nulidad, sanciones y bonificaciones, si ello se ha acordado, liquidación, solución de controversias, y las demás que correspondan de acuerdo con la naturaleza de la contratación y con las condiciones que establezca el reglamento de la presente ley”. Por su parte, el artículo 55 de la LCCP dispone que: (...) Su contenido mínimo será: (...) Fórmula de ajuste, o ecuación financiera, para el equilibrio económico del contrato, de tarifas y sistema de revisión.”

Estos artículos solo señalan la necesidad de que el contrato y los pliegos tienen que contener cláusulas o disposiciones relativas al ajuste de precios o ecuación financiera para el equilibrio económico del contrato, de tarifas y sistema de revisión. Como ya hemos señalado anteriormente, en la mayoría de los casos no se incluyen en los pliegos¹⁴¹ disposiciones amplias y específicas respecto de la revisión de precios.

Como se puede notar del poco articulado actual en la LCCP, en mi país, no se regula con rigurosidad la revisión de precios. Por igual, la jurisprudencia dominicana en materia de

¹⁴¹ La Resolución No. 8-2010 de fecha 7 de mayo de 2010, de la Dirección General de Compras y Contrataciones Pública de República Dominicana establece la utilización de documentos estándares a través del portal de www.comprasdominicanas.gOp.do. En los mismos no se incluyen disposiciones respecto precisas y claras sobre el equilibrio económico del contrato, que permita una aplicación objetiva, apartándose esta práctica de lo que sería una buena administración. En la actualidad, la Dirección General de Compras y Contrataciones Pública se encuentra avocada a un proceso de revisión y actualización de dichos documentos estándares de licitación.

revisión precios es casi inexistente. No obstante lo anterior, ello no implica que por motivos de incrementos de precios o situaciones inflacionarias, no se pueda compensar el desequilibrio ocasionado, salvo que de manera expresamente los pliegos expresen que no se procederá con la revisión de precios. Así pues, si existiesen disposiciones sobre revisión de precios con sus respectivas fórmulas en los pliegos de condiciones o contratos se restablecería el equilibrio, con solo solicitar su aplicación. Igualmente, considero que ante la falta de disposiciones expresas relativas a la revisión de precios, la cláusula general del artículo 32.1 de la LCCP aplicaría.

2.2.4 Teoría de las Sujeciones Imprevistas

La teoría de las sujeciones imprevistas tiene su origen esencialmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés y es de las técnicas más antiguas de equilibrio económico, que data de la primera mitad del siglo XIX. El Consejo de Estado Francés otorgaba indemnizaciones ante la aparición de sujeciones imprevistas o excepcionales¹⁴². Esta teoría, precede a la teoría del riesgo imprevisible o imprevisión y se ha indicado que inspira a ésta, aunque como indicaremos más adelante ambas técnicas se distinguen.

Desde sus inicios esta teoría, por lo menos en la práctica, se ha aplicado casi esencialmente a los contratos de obras públicas. Sobre su surgimiento se ha indicado que: “La teoría de las sujeciones imprevistas surgió en los contratos de obras públicas y continua aplicándose casi exclusivamente en este ámbito. Durante la celebración del contrato, se supone que el contratista está en la capacidad de evaluar las dificultades de la tarea y del maestro constructor debe proporcionarle de buena fe las informaciones que posee. A pesar de estas precauciones, las dificultades pueden, no obstante, encontrarse que no estaban previstas y no podían preverse al momento de la celebración del contrato. Se trata de “dificultades materiales que se presentan durante la ejecución del contrato y cuya causa es externa a las partes”¹⁴³.

¹⁴² Para ampliar más sobre las primeras decisiones jurisprudenciales sobre esta teoría se puede consultar a WALLINE, J., *l'évolution recente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants*, RDP. 1951, p. 27

¹⁴³ RICHER, L. *Droit des contrats administratifs 6e edition*. 2008, Lextenso Éditions. Paris, Francia, p. 275.

Asimismo, se ha indicado que esta teoría aparece como una especie de contrapartida a las prerrogativas exorbitantes de la Administración Pública. Pero, sobre todo se encuentra relacionada con el principio de equilibrio financiero que rige los contratos administrativos¹⁴⁴. Desde el punto de vista práctico, esta teoría supone dificultades materiales que las partes, haciendo diligencias razonables, no podrían prever y que hacen recaer una carga grave y anormal sobre el contratista. Tal sería el caso del encuentro de aguas soterradas, que no podían ser previstas o sospechadas al construir una obra.

La doctrina del siglo pasado discutía el fundamento de esta técnica. El profesor De Laubadère, por ejemplo, la criticaba por ser una “solución facilista y artificial y sostiene que la indemnización surge como una “regla de equidad” creada pretoriamente por la jurisprudencia”¹⁴⁵. En ese mismo sentido se pronunciaban los profesores argentinos Marienhoff¹⁴⁶ y Bercaitz¹⁴⁷, quienes también critican el recurso de la equidad como fuente del derecho y proponían el enriquecimiento sin causa de la Administración Pública para fundamentar la indemnización derivada de la teoría de las sujeciones imprevistas.

Un problema particular se presenta cuando un contrato público es realizado a precio fijo. Es decir, cuando se ha establecido un precio para la realización de la obra. En ese escenario, el contratista ha aceptado realizar íntegramente la operación por una suma global. ¿Aquí, se cuestionaba si no asumía él todos los riesgos? Al respecto, por lo menos la jurisprudencia francesa no ha aceptado dicho planteamiento. Ahora bien, como afirma el profesor Richer, se ha señalado que el grado de exigencia de las sujeciones imprevistas no son indemnizables, salvo que causen una verdadera perturbación económica al contrato¹⁴⁸, como se estableció por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁴⁹.

Como en la teoría de las sujeciones imprevistas, la imprevisión supone la aparición de

¹⁴⁴ GUETTIER, C. *Droit des contrats administratifs* 2004. Presses Universitaires de France. Paris, Francia, p.360.

¹⁴⁵ LAUBADÈRE, A. D., *Traité Théorique ...*, T. III, Op. cit, p. 11 y siguientes.

¹⁴⁶ MARIENHOFF, M. *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-B. Cuarta edición, 1998, Abeledo-Perrot, Argentina, p. 576-580.

¹⁴⁷ BERCAITZ, M. Á. *Teoría general de los contratos administrativos*. Segunda edición, 1980, Ediciones Depalma, Argentina, p. 444-446.

¹⁴⁸ RICHER, L.. *Droit des contrats ...*, Op. Cit., p. 276.

¹⁴⁹ CE 19 février 1936, Société THEG, Rec. 224; CE 19 février 1975, Min. Défense c/Soc. Campenon-Bernard, Rec. 143.

acontecimientos imprevisibles al momento de la suscripción del contrato, pero ambas técnicas tienen diferencias. Por ejemplo, se diferencian en la medida en que las sujeciones imprevistas permiten una compensación total, mientras que la teoría de la imprevisión tiene como resultado un reparto del déficit entre la Administración Pública y el contratista¹⁵⁰. Así pues, si un contrato público se ha celebrado en un momento donde existe incertidumbre financiera y presenta posibilidad de conflictos en los lugares de los principales insumos, como sería el petróleo, el proveedor no podrá invocar posteriormente la incidencia de esas situaciones, ante un incremento en el precio del petróleo, toda vez que era una consecuencia razonablemente previsible, que debió ser abordada directamente en el contrato.

Las sujeciones imprevistas son circunstancias o hechos materiales externos a la voluntad de los contratantes, que no pudieron ser previstas razonablemente al momento de contratar y que genera una dificultad extraordinaria y anormal en la ejecución del contrato. Las principales condiciones de aplicación que ha señalado la doctrina clásica para que sea admitida una sujeción imprevista y sea indemnizado en su totalidad el contratista serían las siguientes:

- a) Que sea una dificultad de orden material como sería encontrarse con un tipo de roca que dificulte considerablemente los trabajos (CE, 28 de marzo 1890, *Albouy*; CE 23 de noviembre 1906, *Ville de Baume-les-Dames*, CE, 12 mayo 1982, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône*, *Leb.*, p. 175 et 668). También como ya indicáramos, encontrarse con capas de agua durante las excavaciones (CE, 3 de febrero de 1905, *Ville de Paris*; CE, 13 diciembre 1961, *Société nationale de construction*, *Leb.*, p. 706); la existencia de terrenos o suelos inestables (CE, 22 diciembre 1976, *Depussé*, *Leb.*, p. 575); entre otros ejemplos.
- b) Que sea una circunstancia o hecho externo de las partes.
- c) Que no haya podido ser prevista por las partes. Es decir, que tenga un carácter de

¹⁵⁰ GUETTIER, C. *Droit des*, Op. Cit., p.361.

imprevisibilidad. Esta condición a inicios del surgimiento de la teoría tenía una aplicación mayor, ya que no existían algunos avances tecnológicos y científicos que permitían, por ejemplo, tener una mayor previsión del tipo de suelo y sus características.

- d) La dificultad debe ser extraordinaria y anormal. El solo hecho de que dificulte un poco más la ejecución del contrato no es causal suficiente para que sea admitida esta teoría. La dificultad material debe ser extraordinaria y anormal. Debe rebasar los límites de los imprevistos que se presentan en toda obra.

Esta técnica se distingue de la teoría de la imprevisión. Se pudiera generar confusión al configurarse un elemento común que es la imprevisibilidad y que al inicio se presentaban como conexas a la teoría de la imprevisión las primeras decisiones sobre sujeciones imprevistas. El profesor De Laubadère¹⁵¹, desde su primera edición de su tratado de contratos administrativos indicaba que la principal diferencia entre ambas técnicas es que las sujeciones imprevistas son siempre dificultades materiales mientras que la teoría de la imprevisión o riesgo imprevisible presenta eventos o circunstancias del orden económico.

En definitiva, el objetivo principal de la teoría de las sujeciones imprevistas es reconocer una indemnización al contratista cuando durante la ejecución de los trabajos, aparezcan dificultades de orden material debido a circunstancias externas a las partes imprevisibles al momento de celebrar el contrato, aumentando de manera anormal la ejecución del contrato. Creo que esta técnica de equilibrio económico tenía mayor relevancia en los siglos pasados, cuando la ciencia y tecnología no permitían prever y obtener más informaciones respecto del suelo, así como otras circunstancias que pudieran incidir en una obra. De todas maneras, aún con el avance que presenta la ciencia, pueden existir dificultades materiales en la ejecución de una obra, que aun realizando todos los estudios científicos y técnicos no pueden ser previstos, razón por la cual hoy día, entiendo que todavía se pudiera aplicar esta técnica.

¹⁵¹ LAUBADÈRE, A.D., *Traité Théorique*, Op. Cit, p. 11.

2.2.5 Teoría del riesgo imprevisible o imprevisión

La idea de equivalencia de las prestaciones contractuales es muy antigua. Aunque se pudiera sostener que el equilibrio económico y financiero en el ámbito administrativo, tal y como es concebido en la actualidad, nace por creación del Consejo de Estado francés a principios del siglo XX como una condición inherente a la concesión del servicio público. Se configura por primera vez en Francia, en un caso promovido por el Ministro de obras públicas contra la compañía francesa de tranvías, resuelto el 11 de marzo de 1910. Respecto de esa decisión, indicaba el Consejo de Estado que: “deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión hallase también implícita, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige (...)”¹⁵².

La teoría del riesgo imprevisible o imprevisión queda definitivamente consagrada en el ámbito administrativo, a raíz de otra célebre decisión del Consejo de Estado Francés. La decisión *gaz de bordeaux* de fecha 30 de marzo del año 1916 admitió por primera vez la imprevisión. En dicha decisión, se aceptó revisar los contratos administrativos trastornados por circunstancias imprevistas cuando esa revisión se imponga por la necesidad de asegurar la continuidad de la prestación del servicio público, apartándose aparentemente del principio del *pacta sunt servanda*¹⁵³. Aunque mucho se ha escrito respecto de esa célebre decisión, no podemos dejar de señalar algunos de sus principales aspectos. Al respecto, para contextualizar mejor la célebre decisión presentamos las principales cuestiones fácticas en que se origina la decisión:

1. En 1904 la compañía de gas de Bordeaux y el municipio de Bordeaux celebraron un contrato, por medio del cual la compañía de gas se comprometía a prestar el servicio

¹⁵² DE LAUBADERE, A., MODERNE, F., DELVOLLÉ, P., *Traité des Contrats Administratifs, T. I*, Paris, 1983, p. 717.

¹⁵³ En materia civil los franceses inicialmente rechazaron la aplicación de la imprevisión a través de la decisión de la Corte de Casación francesa. Civ. 8 de marzo 1876, D. 1876. I. 193. El caso trataba de un canal de irrigación construido en el siglo XVI y los paisanos debían pagar a su propietario, el señor Adam Craponne, la suma de tres soles, como contrapartida por la utilización del agua del canal. La Corte de Aix elevó la suma a sesenta, como vemos esta corte modificó el contrato. Sin embargo, su decisión fue casada por la Corte de Casación. La Corte estableció que para llegar a una solución de ese tipo, era necesario un acuerdo de los contratantes. En definitiva, fundamentó su decisión en el artículo 1134 primera línea del Código Civil.

de alumbrado público que era a gas, con un precio prefijado, determinado por las partes tomando en cuenta el precio del carbón.

2. El precio aproximado de la tonelada de carbón antes del año 1914, fluctuaba entre 20 a 22 francos, e históricamente nunca había superado estos topes.
3. 4. Al desatarse la primera guerra mundial, los alemanes ocuparon una parte francesa, de donde se extraía el carbón, lo que determinó que Francia se viera imposibilitada de contar para sus necesidades con este carbón y tuviera que importarlo. El carbón importado tenía un precio excesivamente alto, llegando a costar 174 francos tonelada.
4. La compañía de gas de Bordeaux se encontró con una situación insostenible frente al contrato de suministro de alumbrado público, pues los precios pactados en el contrato como contraprestación por el suministro, no compensaban las enormes pérdidas que la compra del carbón estaba generando.
5. Fundamentado en estos hechos, la compañía de gas de Bordeaux demandó ante la justicia contenciosa administrativa, Consejo de la prefectura de Gironde, al Municipio de Bordeaux, buscando se revisara el contrato y se establecieran nuevos precios, acordes con la situación del mercado del carbón.
6. El Municipio de Bordeaux se opuso a las pretensiones de la compañía de gas de Bordeaux y sostuvo que en el caso se debería aplicar estricta y literalmente el artículo 1134 del Código Civil francés, relativo a la obligatoriedad de las cláusulas del contrato para las partes.
7. 10. El Consejo de prefectura de Gironde resolvió la litis mediante Sentencia de 30 de Julio de 1915, por medio de la cual aceptó las excepciones formuladas por el Municipio de Bordeaux, rechazando la reclamación interpuesta por la compañía de Gas.

8. La compañía de gas recurre la decisión y es decidida por el Consejo de Estado francés, el cual revocó la decisión adoptada anteriormente y se ordenó al Municipio de Bordeaux que amigablemente y de común acuerdo con la compañía de gas de Bordeaux procedieran a revisar los términos del contrato, incluyendo una indemnización a favor de la compañía de gas de Bordeaux, en razón de las pérdidas generadas hasta esa fecha por el cumplimiento excesivamente oneroso del contrato. Dejó sentado el Consejo de Estado que de no lograrse un acuerdo entre las partes, se remitiría el expediente al Consejo de la Prefectura de Gironde, para que este procediera imparcialmente a fijar las nuevas condiciones.

La decisión del CE francés indicaba que: “La variación del precio de las materias primas, en razón de circunstancias económicas, representa un álea del contrato, pudiendo, según el caso, ser favorable o desfavorable al proveedor y quedar a su cargo, considerándose que cada parte ha tenido en cuenta dicha álea, en los cálculos y previsiones que ha hecho antes de contratar. El juez del contrato sólo puede derogar estos principios en caso de que circunstancias imprevistas impongan al proveedor recargos excepcionales”¹⁵⁴.

Asimismo, el CE francés reconoció que cuando el cambio de circunstancias en la ejecución de contratos administrativos causaba una excesiva onerosidad en la prestación del servicio a cargo del concesionario y se trataba de un alea económico imprevisible, correspondía indemnizar al contratista mediante una ayuda que le permitiese compensar sus pérdidas y continuar con la ejecución del contrato de concesión, manteniendo la continuidad del servicio público¹⁵⁵.

La doctrina clásica francés encabezada con Jezé¹⁵⁶ indicaba que para la aplicación de la imprevisión, el riesgo o alea debía ser anormal o extraordinario, sobrepasando los límites ordinarios y razonables que las partes pudieran haber considerado al celebrar el contrato. Sólo la anormalidad extraordinaria habilitaría el resarcimiento de la pérdida sufrida por el

¹⁵⁴ JEZÉ, G., *Principios Generales ...* Op. Cit., p. 43.

¹⁵⁵ CASSAGNE, J.C., *El Contrato Administrativo*, Op. Cit., p. 138.

¹⁵⁶ JEZÉ, G., *Principios...*, Tomo V, Op. Cit., p. 29 y siguientes.

contratista. La problemática práctica es determinar ante que supuesto de riesgo estamos. El contratista, sostiene Jézé, intentará siempre ampliar los límites del alea anormal, mientras la Administración Pública procurará restringirla.

Me parece que actualmente, se pudiera sostener que se reinterpreta el principio clásico *pacta sunt servanda* para otorgarle una concepción más apegada al Estado Social y Democrático de Derecho, en contraposición al Estado Liberal, en donde primaba con mayor rigidez la letra de lo pactado y el riesgo asumido, que buscar mecanismos para readecuar el contrato o renegociarlo¹⁵⁷. En adición a lo anterior, se suma la aplicación de una buena administración a la contratación pública, lo que a mi entender, por lo menos implica necesariamente matices al principio *pacta sunt servanda*.

Estimo que el principio *pacta sunt servanda* debe interpretarse *rebus sic stantibus*, tanto para la contratación pública como para la privada. Es decir, en cuanto y tanto las circunstancias contratadas inicialmente se mantengan sin una alteración económica sustancial, sin menoscabo del riesgo razonable y esperado que implica todo contrato, tomando en consideración que ciertos contratos públicos, como sería el caso de la CPP implican una distribución particular de los riesgos.

Sin analizar el tema del riesgo imprevisible, el profesor Oppo, respecto a la relación sinalagmática, la cual estimo que puede hacerse un paralelo al riesgo sostenía que: “la relación sinalagmática existente entre las prestaciones recíprocas en los vencimientos singulares no tienen necesidad de encontrar su fundamento en la construcción contraria: el carácter sinalagmático de las prestaciones que se contraponen en los momentos singulares de ejecuciones se encuentra en la causa del contrato de duración, causa que, cuando el contrato es bilateral, consiste en hacer que las partes obtengan por un cierto tiempo prestaciones recíprocas estables. La sinalagmaticidad, así como existe entre las dos obligaciones duraderas, así existe también en cada uno de los momentos singulares de

¹⁵⁷ Para ampliar sobre la obligación de renegociación en materia civil en Francia se puede ver a MAZEAUD, D. Renégociation du contrat. Revue Des Contrats, Julliet, 2004.

ejecución: la relación sinalagmática de cada acto de ejecución está implícita en la relación sinalagmática de las dos primeras¹⁵⁸.

Retomando el análisis de la teoría del riesgo imprevisible, la que se encuentra destinada a remediar una situación extracontractual, toda vez que su objetivo es evitar que se generen injusticias o situaciones abusivas que supondría no restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, al producirse un evento extraordinario e imprevisible que cambiara y afectara sustancialmente las condiciones económicas al momento de su suscripción.

Sobre el contenido de la doctrina del riesgo imprevisible, en decisiones del TSE se indica que: “no se puede desconocer, que la indicada doctrina del “riesgo imprevisible razonable”, se construye sobre un elemento importante que no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se encuentra en función de su acusada “relevancia y significación” en el contexto total de la contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique» y que «[...] Respecto a la trascendencia e incidencia del incremento de los costes de estos productos en el equilibrio económico del contrato, la Sala comparte la tesis del Consejo de Estado atendiendo a una valoración conjunta de la economía contrato¹⁵⁹.

En otra Sentencia del STS de 18 de abril de 2008 se indicó: “(...) pusimos de manifiesto que “[...] la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse [...]”.

En la actualidad no es cuestionado que ambas partes en un contrato público pueden invocar la teoría de la imprevisión, es decir, tanto la Administración Pública como el contratista. En ese sentido, se señalaba que el juego de la teoría del riesgo imprevisible es, pues, doble y

¹⁵⁸ OPPO, G. *I contratti di durata*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1943-I y 1944-I, p. 200 y siguientes. Citado por PEREZ HUALDE, A. *Los Contratos Públicos “Incompletos” y los de “Larga Duración”*, Jornadas de Mariñan, España, 2017.

¹⁵⁹ STS del 27 de diciembre de 1990.

puede actuar tanto favor de la administración concedente como a favor del concesionario, según sea el sentido del desequilibrio económico producido por los eventos extraordinarios acaecidos¹⁶⁰.

Por otro lado, se ha sostenido que la imprevisión también puede derivar de adelantos tecnológicos, no previstos en el contrato, o bien del giro comercial observado en un mercado, cada vez más signado por la globalización, sobre todo en servicios que implican una relación con el resto del mundo (comunicaciones y transporte), o porque inciden directamente en los costos internos de los productos que compiten en el mercado internacional (gas, electricidad). En tal sentido, cabe señalar que la necesidad de incorporar nuevas tecnologías, o la realización de obras para satisfacer nuevos requerimientos de la industria, pueden demandar inversiones no previstas¹⁶¹.

Un aspecto que me llama mucho la atención, la cual también es compartida por otros¹⁶², es la ausencia en la legislación española sobre contratos públicos de una mención expresa a la doctrina o teoría del riesgo imprevisible. En el caso dominicano, aunque no se indica expresamente esta teoría, como ya he indicado, aplicaría de acuerdo a la cláusula general de equilibrio económico.

Finalmente, desde hace tiempo se ha indicado¹⁶³ que la teoría de la imprevisión no ha sido concebida como una garantía de beneficio del contratista ni tampoco como un seguro que permite cubrir las pérdidas a que están expuesta la explotación de un servicio o la ejecución de una obra, sino como un mecanismo que permita garantizar y continuar la ejecución del contrato, ya que sirve una finalidad pública que en definitiva se traduce en un beneficio para todas las personas. Este es el sentido y justificación de esta teoría.

2.2.5.1 Diferencias del riesgo imprevisible con otras figuras jurídicas

¹⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho...* Op. Cit., p. 757.

¹⁶¹ DROMI, R. *Renegociación y Recon...* Op. Cit., p. 75.

¹⁶² RIDAO, J. *La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras*. Editorial Atelier, España, 2012, p. 131.

¹⁶³ Al respecto se han pronunciado GUETTIER, C. *Droit des*, Op. Cit., p.366.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho....* Op. Cit., p. 757.

Es importante tener en cuenta la diferencia que existe entre la imprevisión otras figuras jurídicas. Ya se ha indicado la diferencia existente con la teoría de las sujeciones imprevistas, así como otras técnicas de equilibrio económico. Me parece también importante, señalara aunque sea brevemente, antes de examinar las condiciones más importantes para su aplicación, las diferencias con la lesión y la fuerza mayor.

La diferencia principal que existe entre la lesión y la imprevisión se encuentra en que la lesión nace en el mismo momento o acto que origina el contrato, mientras que el riesgo imprevisible ocurre con posterioridad o durante la ejecución del contrato. Así pues, en la lesión el desequilibrio ocurre concomitantemente a la suscripción del contrato.

Por otro lado, en la imprevisión y la fuerza mayor existe un aspecto en común. La existencia de un acontecimiento o hecho externo a la voluntad de las partes que no pudo haber sido previsto. Ahora bien, en la fuerza mayor, existe una imposibilidad material para el deudor de cumplir con su obligación, mientras que en la imprevisión no existe tal imposibilidad; lo que ha ocurrido es que el cumplimiento de la obligación se ha vuelto extraordinariamente más excesivo y perjudicial para el deudor, lo que desequilibraría la ecuación inicial del contrato, haciendo que el mismo sea ineficiente, por lo menos para una de las partes.

Larroumet plantea la diferencia de ambas figuras del siguiente modo: “en la imprevisión, como en la fuerza mayor, el acontecimiento es ajeno a la persona y a la voluntad del deudor. Sin embargo, a diferencia de la fuerza mayor es un acontecimiento que no implica una imposibilidad de ejecutar la obligación, sino que simplemente hace dicha ejecución más onerosa y más difícil para el deudor”¹⁶⁴.

Luego de haber realizado ciertas puntualizaciones sobre las diferencias entre el riesgo imprevisible o imprevisión, lesión y fuerza mayor, se examinará lo que es a nuestro entender las dos principales condiciones de aplicación para que sea admitida esta teoría.

¹⁶⁴ LARROUMET, C. *Teoría General del Contrato*. Volumen I. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1999, p. 329.

2.2.5.2 Ocurrencia de un evento imprevisible y extraordinario

El elemento o requisito más importante para que se pueda aplicar la teoría del riesgo imprevisible o imprevisión es la ocurrencia de un evento imprevisible que desequilibre la equivalencia inicial de las obligaciones de las partes. En tal sentido, sin la existencia de ese hecho no se podría configurar la imprevisión.

Ahora bien, la cuestión de interés es saber qué tipo de eventos pudieran ser catalogados como imprevisibles y extraordinarios en una relación contractual. En ese sentido, comparto lo expresado por las profesoras Flah y Smayevsky con relación a la ocurrencia del hecho imprevisible cuando sostienen que: “para que ese “acontecimiento” sea relevante, deben coincidir simultáneamente e indefectiblemente dos calidades: la extraordinariedad y la imprevisibilidad; una sola de ellas no es suficiente como antecedente”¹⁶⁵. Es decir, que ambos elementos deben encontrarse en el hecho o evento para que la imprevisión pueda ser aplicada.

Lo extraordinario sería un acontecimiento que exceda el comportamiento normal, tomando en cuenta el principio de razonabilidad y proporcionalidad¹⁶⁶. La extraordinariedad puede ser beneficiosa o perjudicial, pero lo más importante es que las partes no podrían haber imaginado ese acontecimiento con esas consecuencias, aun cuando obraran con el debido cuidado¹⁶⁷.

De lo establecido anteriormente, no se puede suponer ni afirmar que el simple hecho de aumento por inflación, por lo menos en el contexto actual internacional de crisis constituye un hecho extraordinario e imprevisible. Mucho menos en economías con tendencias a procesos inflacionarios. De hecho, esas circunstancias pueden ser perfectamente previstas en un contrato y determinarse como se distribuirán los riesgos ante una mayor inflación. En

¹⁶⁵ FLAH, L. y SMAYEVSKY M. *Teoría de la Imprevisión. Aplicación y Alcances Doctrina*. Jurisprudencia. LexisNexis Depalma. Buenos Aires, Argentina, 2003. p. 38.

¹⁶⁶ El principio de razonabilidad se encuentra incorporado en la Constitución Dominicana en artículo 40 numeral 15 que establece: “A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: solo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica”.

¹⁶⁷ FLAH, L. y SMAYEVSKY, M. *Teoría de la Imprevisión ...*, Op. Cit. p. 38.

ese contexto ese riesgo sería podría ser previsible, por lo menos hasta un resultado determinado. Ahora bien, eso no significa que en un determinado caso, el efecto inflacionario implique un riesgo no estimado o pueda dar motivo a la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible o imprevisión, debido a la inimaginable consecuencia de la inflación.

Un punto de vista interesante relativo a la cuestión en estudio es realizar el siguiente cuestionamiento. ¿La ocurrencia del evento propiamente, debe ser lo extraordinario e imprevisible o serían sus consecuencias sobre el equilibrio económico del contrato?¹⁶⁸ En efecto, dependiendo de la respuesta realizada a dicha interrogante, el campo de aplicación de la imprevisión sería mayor o menor. No cabe dudas que la respuesta a la interrogante planteada lleva consigo ciertas dificultades para establecer un criterio unitario. Particularmente, sostengo que tanto la ocurrencia del evento como sus consecuencias económicas deben ser completamente extraordinarios e imprevisibles, en cuyo caso se aplicaría la teoría de la imprevisión a fin de recomponer el equilibrio económico, estableciendo el quantum de la indemnización, que incluso bajo ciertas circunstancias pudiera ser total.

En ese mismo sentido, se ha pronunciado el TSE en sus decisiones de 17 de enero del 2001¹⁶⁹ y 23 de junio de 1997 indicando que la imprevisibilidad tiene que acreditarse en forma tradicionalmente contundente y decisiva.

El profesor Lavalle Cobo sostiene que: “el acontecimiento extraordinario es el que no es normal que se verifique y en el que las partes no pueden haber pensado porque está fuera de su imaginación”. Debe tratarse de un hecho de naturaleza general, que incida indistintamente a la sociedad, y no de algo personal¹⁷⁰.

¹⁶⁸ GHESTIN, J., JAMIN, C., BILLIAU, M. *Traité de Droit Civil*. 3eme édition, 2001. L.G.D.J. France. p. 393.

¹⁶⁹ En la STS de 17 de enero de 2001 se establecieron estas exigencias para retener el riesgo imprevisible: “(...) a) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de sus celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca con la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles”.

¹⁷⁰ LAVALLE COBO, J. *Código Civil y Leyes complementarias*. Argentina, Buenos Aires. Editorial Astrea, 1984. p. 927

Mi consideración respecto al elemento característico más importante del evento extraordinario e imprevisible es que su ocurrencia tenga como consecuencia un grave desequilibrio económico en las prestaciones de las partes. Es decir, que para una parte el cumplimiento de su obligación sea oneroso y excesivo, lo cual resulta ineficiente, ya que si dicha situación se hubiese presentado al momento de la conclusión del contrato, no hubiese contratado bajo los mismos términos. Me parece que debe existir un nexo causal entre la ocurrencia del hecho extraordinario e imprevisible y el desequilibrio económico del contrato como requisito de aplicación de la teoría de la imprevisión.

2.2.5.3 Desequilibrio económico o ruptura económica sustancial

El segundo elemento o característica necesaria para que se pueda aplicar la teoría de la imprevisión es la existencia de un grave desequilibrio económico. No se trata de cualquier hecho que haga más onerosa la ejecución del contrato. Debe implicar necesariamente una desproporción y aumento de tal magnitud que rebase el alea normal de todo contrato.

Al respecto se ha sostenido que: “Es claro que el desequilibrio debe estar causado por circunstancias sobrevenidas y ajenas a la gestión empresarial realizada por el concesionario; la dificultad radica en identificar cuando se trata de circunstancias <externas e imprevisibles>. En cualquier caso, se considera que tales circunstancias deben ser valoradas con criterios estrictos y rigurosos, nunca elásticos, extensivos o analógicos. La regla general es cumplir el contrato en los términos acordados (*“pacta sunt servanda”*), a riesgo y ventura del concesionario; la excepción que debe ser interpretada y aplicada con criterios estrictos, es restablecer el equilibrio económico de la concesión, por razones de equidad y cuando acaezca una situación insólita y objetivamente imprevisible”¹⁷¹.

La naturaleza del desequilibrio en las prestaciones o de la excesiva onerosidad del contrato deben ser de orden económico financiero. Si el evento imprevisto se sitúa en otro terreno, el problema de la imprevisión no se presentaría, ya que probablemente sería resuelto por

¹⁷¹ BLANQUER, D. *Los contratos del sector público*. Editora Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1051.

alguna otra técnica de equilibrio económico u otra figura jurídica.¹⁷².

Otro aspecto de interés, dentro del análisis general de la ocurrencia de un evento extraordinario e imprevisible, es determinar las pautas que se utilizarían para medir el desequilibrio económico del cumplimiento del contrato luego de haber ocurrido el evento.

La STS de 9 de diciembre de 2003 respecto del desequilibrio económico ha indicado: “(...) la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse (...).”

El profesor López de Zavalía propone tres posibilidades para dar respuesta a esa cuestión: a) que hubiere aumentado el valor del sacrificio, permaneciendo inalterado el de la ventaja; b) que permanezca idéntico el valor del sacrificio, y disminuya el de la ventaja; c) que ambos valores se alteren en sentido inverso¹⁷³.

Realmente, a mi entender, este análisis es subjetivo y deberá ser interpretado por los jueces. Parte de la doctrina argentina, con mucha experiencia en la aplicación de la imprevisión sostiene en relación a la determinación del desequilibrio económico que: “la comparación de la onerosidad de las prestaciones es intrínseca a la propia relación contractual y que allí se va a encontrar la mutación sufrida por una prestación en relación con la otra, que excede las fluctuaciones que se puede considerar normales para ese tipo de negocios”¹⁷⁴.

La determinación del desequilibrio económico no es una cuestión sencilla. Este elemento puede resultar de compleja resolución para los tribunales, que requerirían estar muy conscientes de la relación contractual, las TIRs acordadas, sus elementos económicos y

¹⁷² Al respecto se puede consultar STARCK, B., ROLAND, H., BOYER, L.. *Droit civil. Les Obligations*. Editions Litec. Sexta Edición. Paris, Francia, p. 487; y LAUBADÈRE, A.D., *Traité Théorique*, Op. Cit, T. III p. 91.

¹⁷³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. *Teoría de los Contratos*. Parte General, Buenos Aires, Argentina, 1975, p. 410.

¹⁷⁴ FLAH, L. y SMAYEVSKY, M., *Teoría de la Imprevisión...*, Op. Cit. p. 39.

financieros en la tarea de determinar si efectivamente la ocurrencia del evento extraordinario e imprevisible es la causa del desequilibrio económico o de la excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales de una parte.

Por ello, es que sostengo que sería más conveniente y razonable si ante la ocurrencia de estos eventos, las partes realizarán sus mejores esfuerzos para realizar una renegociación razonable del contrato, previo a que sea un tribunal que determinase la indemnización correspondiente. En todo caso, dada la naturaleza y los principios que inciden en la contratación pública, que también se aplican a la CPP, este proceso debería ser realizado aplicando los principios de transparencia, publicidad y tomando en consideración la competencia. Asimismo, se debería permitir la participación de terceras personas a fin de que no se vulneren principios relativos a la competencia ni que estos procesos sean utilizados para beneficiar indebidamente a un contratista.

Al ejercer el juicio de valor del desequilibrio económico o excesiva onerosidad, tal y como sostiene López Zabalía, es necesario establecer el valor originario de las ventajas y sacrificios medidos con un denominador común y, también, a la época que se produce el hecho extraordinario e imprevisible a fin de establecer si éste afectó en la etapa de cumplimiento la conmutatividad del contrato. Si la alteración tanto en el valor del sacrificio, como el de la ventaja ha sido el mismo, es decir, que ambos sufrieron alzas y bajas con una intensidad igual, el equilibrio originario se mantiene y no puede hablarse de excesiva onerosidad¹⁷⁵.

El artículo 6.2.3 de los principios Unidroit¹⁷⁶ sobre los contratos comerciales internacionales 2016, sobre los efectos de la excesiva onerosidad dispone lo siguiente:

“(1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

¹⁷⁵ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Teoría de los Contratos...*, Op. Cit. p. 424.

¹⁷⁶ Por sus siglas en inglés sería el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado “International Institute for the Unification of Private Law.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio”.

Si bien dicha disposición se encuentra inspirada para contratos comerciales, entiendo que una regulación en este sentido, sería recomendable y pudiera aplicarse a la contratación pública, en especial a los proyectos de CPP y las concesiones.

En definitiva, desde mi punto de vista los requisitos mínimos y necesarios para admitir esta figura serían los siguientes:

- i) que la ocurrencia del evento sea actual y cuyas características sean de extraordinario e imprevisible, externo a las partes;
- ii) que el evento debe producirse con posterioridad a la suscripción del contrato;
- iii) que no haya podido ser previsto por las partes;
- iv) que el deudor no se encuentre en mora de su obligación o haya obrado de mala fe, en ocasión a la ocurrencia del evento extraordinario e imprevisible. De presentarse lo anterior, sería una causa de inaplicación de la teoría;
- v) que la ocurrencia del evento provoque un desequilibrio económico o excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación contractual a la parte afectada.

Pienso que de las técnicas de equilibrio económico, la que pudiera tener más relevancia para proyectos de CPP sería la expuesta anteriormente, es decir, la del riesgo imprevisible o imprevisión. Esto así, ya que los riesgos previsible serían debidamente asignados a las partes en el proyecto. Ahora bien, ¿qué ocurre entonces con los riesgos imprevisibles? ¿Tendría que asumirlos en su totalidad el sector privado? La respuesta a esta interrogante no es sencilla, principalmente, ya que dependerá desde que óptica sea evaluada. Si desde el ámbito público o privado.

El enfoque que no se debe olvidar es que el proyecto de CPP tiene sentido y relevancia porque satisface una necesidad pública que se traduce en beneficio a las personas, con lo cual, ante la ocurrencia de un riesgo imprevisible, si las partes no han establecido expresamente su tratamiento en los documentos contractuales del proyecto de CPP, se deberá evaluar razonablemente como sería tratado dicho riesgo. Ahí pues, es donde tendría interés la aplicación de la técnica del riesgo imprevisible, aunque por supuesto con ciertos matices, enfocados a mi entender a una suerte de obligación de renegociación de la asunción o asignación del riesgo imprevisible.

Resulta interesante la visión expuesta por el profesor Pérez Hualde respecto de la posible aplicación de la imprevisión en su modo tradicional al contrato de concesión, debido a su naturaleza de larga duración. Sobre esta cuestión abundaré con más detalle en el capítulo IV. Por el momento, indicar que este autor sostiene que: "(...) no es posible la aplicación de la teoría de la imprevisión en su modo tradicional, pues los cambios no son imprevisibles; por el contrario, en el contrato "de larga duración" las modificaciones provocadas por los cambios tecnológicos y las necesidades de satisfacer el SP son algo absolutamente previsible. Y tampoco es el espacio para la aplicación de la teoría del "hecho del príncipe", pues también está previsto que la concedente misma, o la autoridad de policía del servicio – el ente regulador o el órgano de control– impongan cambios unilaterales que el concesionario tendrá el deber de acatar y aplicar, salvo la existencia del vicio de irracionalidad o arbitrariedad en la orden impartida"¹⁷⁷. También indica este autor que otra diferencia que aleja a la concesión de SP de la teoría de la imprevisión es que en el

¹⁷⁷ PÉREZ HUALDE, A. *Concesión de ...* Op. Cit., p. 181-182.

contrato “de larga duración” la renegociación es jurídicamente obligatoria.

Si bien me parece un análisis interesante y con el cual concuerdo hasta cierto punto, en especial, que en las concesiones, así como en los proyectos de CPP existen aspectos que de antemano se sabe que cambiarán, por ejemplo, aspectos tecnológicos o cambios necesarios y requeridos para la prestación del servicio público, no es menos cierto que de antemano se puede prever un cambio tecnológico sus consecuencias, análisis y valoración son de imposible e imprevisible determinación. Por lo que ese elemento, hace ese riesgo prácticamente imprevisible.

En adición a lo anterior, en aquellas jurisdicciones – como es el caso de España y República Dominicana – que no contienen una regulación expresa del contrato de larga duración, ese deber y obligación de renegociar pudiera verse optimizado por la aplicación de la imprevisión. Como ya he indicado, algunos riesgos “previsibles” no pudieran analizarse y valorarse, impidiendo así, desde mi óptica, una asignación eficaz del riesgo. Por ello, entiendo que en esta etapa evolutiva, ante la ocurrencia de un riesgo imprevisible, las partes tendrían la primera opción “racional” de lograr una renegociación o acuerdo para el tratamiento del riesgo imprevisible hasta lo que permita la legislación, o de lo contrario aplicar la técnica de la imprevisión mientras se produzcan cambios precisos sobre el tratamiento de los riesgos imprevisibles.

2.2.5.4 Breves acotaciones sobre la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible o imprevisión en España

Dentro de las distintas técnicas de equilibrio económico indicadas en este trabajo, especial atención amerita la del riesgo imprevisible o imprevisión, por ser a nuestro entender la que tendría mayor impacto para el sector privado o los contratistas. Aun cuando, parecería que el problema no se presentaría en los riesgos previsibles ya que las partes se los pueden distribuir sin mayores dificultades, surge una interrogante ¿qué pasaría si sus efectos sobrepasan las estimaciones realizadas? ¿Pudiera aplicarse el riesgo imprevisible?

Me parece importante para contestar esas interrogantes analizar cómo ha sido aplicada en la práctica la teoría del riesgo imprevisible en España. El profesor García de Enterría¹⁷⁸ indicaba que esta teoría constituye un último y decisivo paso en la línea evolutiva en la que se inscriben las técnicas de equilibrio económico.

Uno de los primeros trabajos en España, relativos a la doctrina del riesgo imprevisible lo realizó el profesor Maurice Hauriou en la revista de derecho privado¹⁷⁹, en donde el administrativista francés analizaba la aplicación de esta teoría al derecho privado. En esa misma línea, se encuentra el trabajo realizado por el profesor Ramón Badenes¹⁸⁰, al cual me remito para abundar sobre las nociones históricas del riesgo imprevisible.

Para ampliar sobre la recepción jurisprudencial de esta técnica en el Derecho español se destacan los trabajos de los profesores Amenós y Nieto¹⁸¹, González-Varas, Parejo Alfonso, Isabel Gallego¹⁸², Jesús Fuentetaja Pastor¹⁸³, Jesús Punzón y Francisco Sánchez Rodríguez¹⁸⁴. Como indican dichos autores, aun cuando la doctrina ha favorecido la aplicación de dicha técnica, la recepción normativa y especialmente jurisprudencial no ha sido la deseada. En sentido general, se puede sostener que la aplicación de esta técnica ha sido escasa y con restricciones por los tribunales, quizás teniendo en consideración un uso abusivo de los contratistas.

Al igual que en muchos países, la construcción de esta teoría tiene una base fundamental jurisprudencial, aunque desde el año 1955 existía un contenido normativo, específicamente en la legislación local en el artículo 127.2.2ª.b del Reglamento de Servicios de las

¹⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho ...*, Op. Cit., p. 753.

¹⁷⁹ HAURIOU, M. *La teoría del «riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*. Revista de Derecho Privado. Dirigida por F. Clemente De Diego y José M. Navarro de Palencia Tomo XIII, Enero – Diciembre, 1926.

¹⁸⁰ BADENES GASSET, R. *El riesgo imprevisible*. Op. Cit.

¹⁸¹ AMENÓS ÁLAMO, J y NIETO MORENO J.E. *La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública*. Revista Española de Derecho Administrativo No. 156, octubre-diciembre 2012.

¹⁸² GALLEGO CÓRCOLES, I. *Observatorio de jurisprudencia en materia de contratos públicos*. Observatorio de Contratos Públicos 2011, Dirigido por José María Gimeno Feliú y Miguel Ángel Bernal Blay. Thomson Reuters, 2012, p. 170-174.

¹⁸³ FUENTETAJA PASTOR, J. Á. *Riesgo y Ventura en la Concesión...* Op. Cit.

¹⁸⁴ PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRIGUEZ, F. *El equilibrio económico de los contratos públicos*. Observatorio de Contratos Públicos 2011, Dirigido por José María Gimeno Feliú y Miguel Ángel Bernal Blay. Thomson Reuters, 2012, p. 170-174.

Corporaciones Locales estableciendo entre otras cosas que: “(...) y b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura económica de la concesión”.

Señala el profesor González-Varas que: “el riesgo imprevisible se aplicará cuando aparezca un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, alterándose sustancialmente las condiciones de ejecución del contrato, de manera que la prestación pactada resulta mucho más onerosa para una de las partes de la que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato y en su caso la indemnización de ese mayor coste que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado (STS de 30 de abril de 1999, RJ 4691)¹⁸⁵.”

Una de las primeras decisiones favorables que aplica esta técnica es la sentencia de la sala cuarta del TSE de fecha 6 de junio de 1975, siendo señalada por el profesor Parejo Alfonso¹⁸⁶ como una de las más correctas en aplicación del riesgo imprevisible. Dentro de los considerados de dicha decisión se indicaba: “Que debiendo reputarse acreditadas, como se ha dicho, aquellas circunstancias (las sobrevenidas e imprevisibles)... el invocado principio (el de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión) llevará por lo expuesto a confirmar la Sentencia recurrida e imponer a la Corporación el solicitado restablecimiento del equilibrio financiero porque, rota la economía de la concesión, la Corporación no sólo tiene la potestad sino también el deber según prescripción textual del artículo 126, número 1, apartado 2 b), de mantener la retribución económica del concesionario, lo cual es para éste un derecho correlativo según el artículo 128, número 3, apartado 3.º, derecho que es exigible no sólo cuando por acto de la autoridad se ha modificado el servicio, sino también como se dijo en el caso de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, y debiendo tener lugar mediante revisión de las tarifas y subvenciones como dispone el propio artículo 127 citado, no puede naturalmente entenderse esa prescripción limitarse al caso de que existieren pactadas sino también en el de su

¹⁸⁵ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. *El contrato...* Op. Cit. p.286.

¹⁸⁶ PAREJO ALFONSO, L. *¿Un paso atrás en la doctrina del riesgo imprevisible? La Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo 11 de junio de 1978.* Revista Española de Derecho Administrativo, No. 18, 1978, p. 446-455.

modificación, supresión o establecimiento cuando la propia naturaleza del servicio y de la alteración económica de las contraprestaciones lo exija a tenor del artículo 126, número 2, b), citado, que establece el deber de "mantener en todo caso el equilibrio de la retribución económica del concesionario" "a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento" y "en función de la necesaria amortización del coste de establecimiento del servicio", "los gastos de explotación y el normal beneficio industrial"...".

Conforme al análisis realizado por el profesor Parejo Alfonso, parecería que la doctrina jurisprudencial marcaba un derecho para el contratista de solicitar el equilibrio económico y al mismo tiempo un deber de la Administración Pública de concederlo cuando se conjugaran los presupuestos fácticos del riesgo imprevisible. Conuerdo con dicho análisis y creo que sería la misma conclusión para el caso dominicano. Más que una potestad de la Administración, que en todo caso debería ser considerada como reglada, existe una obligación como de recomponer el equilibrio económico.

El deber u obligación de la Administración Pública de recomponer el equilibrio económico no implica un beneficio adicional al contratista del que inicialmente fue previsto. Es decir, que la recomposición económica por el evento imprevisible y sobreviniente solo implicaría una compensación que evite que el contratista soporte pérdidas extraordinarias y excesivas. La aplicación de la técnica del riesgo imprevisible no implica necesariamente que la Administración Pública asuma la totalidad de estos riesgos imprevisibles.

En seguimiento a esta cuestión, la STS de 20 de abril de 2004 ha señalado que: "Reconoce la sentencia recurrida que el principio de remuneración integral puede verse afectado por una serie de acontecimientos que inciden en el régimen económico del contrato, dando entrada a la teoría del riesgo imprevisible sustentada en nuestro derecho en base al artículo 127.2.2 b) RSCL que posibilita la revisión de tarifas cuando eventos imprevistos incidan en la economía de la concesión, mas esa imprevisión nunca es subjetiva, sino objetiva y fundada en criterios de racionalidad, de manera que lo que importa no es tanto si el contratista prevé o no el acontecimiento, sino si este era racionalmente previsible y si a pesar de su previsibilidad el contratista concluyo el contrato, asumió un riesgo perfectamente previsible

y su producción o materialización no debe incidir en los contenidos económicos de la relación”. En ese contexto, establece la necesidad de que el riesgo imprevisible se caracterice objetivamente y fundados en criterios de razonabilidad.

La STS de 14 de marzo 1985 me parece interesante por dos razones, la primera justifica su establecimiento y necesidad en fórmulas concesionales, que también aplicarían en la CPP, y en segundo lugar realiza algunas consideraciones para diferenciar el riesgo imprevisible y otras técnicas de equilibrio. Sobre lo anterior, indica la decisión que: “(...) La teoría del riesgo imprevisible es considerada de manera unánime por la doctrina como institución de imprescindible aplicación al área de las relaciones que la concesión de servicios públicos establece entre la Administración concedente y el concesionario, estando plenamente justificado en razones de buena fe, equidad, fuerza mayor, igualdad de cargas y continuidad del servicio público (...). El estudio de la situación doctrinal y jurisprudencial que se deja expuesta y de las diversas ideas y criterios que en la misma se entrecruzan conduce a estimar que la más matizada, progresista y aceptada construcción conceptual de la teoría del riesgo imprevisible es la que distingue entre el desequilibrio económico producida por la potestad variandi, el hecho del príncipe y el error del cálculo como causas que imponen a la Administración el deber de indemnizar al contratista tanto el daño emergente como el lucro cesante, lo cual supone restituir la retribución del concesionario a las condiciones inicialmente pactadas en atención al coste del establecimiento, los gastos de explotación y el beneficio industrial que determinaron en su momento inicial dicha retribución, y el desequilibrio producido (...)”.

La STS de 9 de diciembre de 2003 también reviste interés, ya que el TSE establece las exigencias de la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible al señalar que: “(...), la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula <rebus sic stantibus>, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su

caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado. (...)”.

Algunas decisiones del TSE sobre casos de equilibrio económico por riesgo imprevisible son las decisiones STS del 29 de marzo de 1973; STS 27 de abril de 1976, STS del 4 de marzo de 1977, STS 26 y 27 de diciembre de 1990. El alcance de la compensación es generalmente una cuestión discutible. Por ejemplo, la STS del 11 de julio de 1978, establece matices respecto al alcance de la compensación por riesgo imprevisible, a fin de evitar que la aplicación de esta técnica constituya una garantía para el contratista de los riesgos normales que éste debe asumir.

Esta doctrina también ha sido aplicada, como se sostiene de manera reiterada, en las siguientes decisiones del STS 12 de diciembre de 1979, Ar. 4346, 14 de marzo de 1985, Ar. 1592 y 13 de noviembre de 1986, Ar. 8072. No se encuentra formulada explícitamente en el TRLCSP, pero sí en los artículos del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales del 17 de junio de 1955, cuya vigencia – como la de todo el título III en que se inscriben – respeta la disposición derogatoria única del Real Decreto de 12 de octubre de 2001¹⁸⁷.

Existen otras decisiones del TSE que apuntan a que el evento debe ser efectivamente imprevisible rechazando así que el incremento de costos laborales por incremento de salarios como una causal para activar una indemnización por imprevisión. Comparto lo decidido en la STS de 23 de febrero de 2001, 8 de noviembre de 1994 y 11 de febrero de 1991 al respecto. No es un hecho imprevisible el que se producirán incrementos salariales. Para mí lo razonable es que este riesgo sea asumido exclusivamente por el contratista.

Dentro de esa misma línea jurisprudencial se enmarca la STS de 19 de enero de 1998, donde se precisaba que para proceder al reequilibrio económico, es necesario que las circunstancias del desequilibrio contractual sean imprevisibles y sin culpa de los contratantes. Los términos expresados fueron estos: “(...) la sucesiva elevación del precio de un producto utilizado necesariamente en la obra contratada, como es el ligante asfáltico, si

¹⁸⁷ GÓMEZ DE MERCADO, F. G. (coordinador). *Manual de Contratación del Sector Público*. Editorial Comares, España, 2011, p. 544.

bien no determinó la imposibilidad de ejecución de la obra – imposibilidad no deseada por ninguna de las partes concurrentes – sin embargo dicha excesiva elevación de precio del aludido producto hizo sumamente oneroso el cumplimiento para el contratista de las prestaciones a las que se había obligado, pues los nuevos precios al alcanzar elevaciones razonablemente imprevisibles, aun empleando una especial diligencia, vinieron a modificar la estructura de los costes de la obra, con lo que es evidente la producción de una ruptura del primitivo equilibrio económico contractual”.

La previsibilidad o no del hecho es fundamental en la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible. En ese sentido, se enmarca la STS de 1 de julio de 1992 cuando sostiene que: “(...) la doctrina ha montado la teoría del riesgo imprevisible, que consiste en apreciar el derecho del concesionario a que se restablezca el equilibrio económico de la concesión siempre que incida sobre este una circunstancia que no pudo ser prevista y sea independiente de la buena gestión”.

El reconocimiento por la jurisprudencia española del riesgo imprevisible es incuestionable, ahora bien, el alcance de su aplicación es lo discutible. Sobre el reconocimiento explícito del riesgo imprevisible se pueden citar las STS del 26 de diciembre de 1990, 27 de diciembre de 1990 y 9 de marzo de 1999 que básicamente establecen: “(...) cuando la figura de la revisión de precios deviene ineficaz, por concluir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, (...) el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo precaver, incluso empleando una diligencia fuera de las normas de este tipo de contrataciones entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina del riesgo razonablemente imprevisible, como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato”.

Sobre la aplicación de esta teoría en tiempos de crisis, se ha indicado que no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible las Administraciones Públicas deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias. Subsiste así la necesidad de comprobar en el caso

concreto si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente, pues conforme al principio de riesgo y ventura, debe suponerse una mediana diligencia en los cálculos económicos efectuados al acordarse el precio de la retribución. En definitiva, ello forma parte de uno de los elementos de juicio de que el empresario dispone para sumir el riesgo que todo negocio comporta¹⁸⁸. En ese mismo sentido, se ha pronunciado el profesor Blanquer al sostener que: “no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrárselas empresas concesionarias. Subsiste igualmente la necesidad de comprobar en el caso concreto si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente, pues la empresa contrata a riesgo y ventura y debe suponerse una mediana diligencia en los cálculos económicos efectuados al acordarse el precio de la retribución”¹⁸⁹.

Como indican Amenós y Nieto la jurisprudencia española ha tenido sus reservas para admitir la aplicación del riesgo imprevisible por crisis económica tanto interna como externa. Esto se desprende de la STS de 4 de julio de 2003 (RJ 2003, 5909) o en la STSJ de Madrid de 3 de abril de 2005 (2006), esta última sentencia indicando que: “no se trata de salvar al contratista privado a toda costa de los riesgos que no son imputables directa o indirectamente a la Administración, sino de velar por el mantenimiento del servicio, de manera que cuando este no está en juego rige el principio del riesgo y ventura para el contratista, principio que aun propio del contrato de obra se extiende al resto de la contratación administrativa, de modo que el contratista ni tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre y en todo caso la otra parte contratante – pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la se puede ganar o perder-, en este caso la Administración, y es por esta razón por la que el Tribunal Supremo acude en casos como el presente a la aplicación del más tradicional principio propio de la

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F., *Equilibrio económico y revisión...* Op. Cit., p. 178.

¹⁸⁹ BLANQUER, D. *Los contratos* Op. Cit., p. 1054.

contratación privada de la cláusula “rebus sic stantibus”, que desde luego no garantiza tampoco y en todo caso las eventuales pérdidas que pueda padecer uno de los contratantes”. (Énfasis añadido)

De igual forma la STSJ de Cataluña de 16 de julio de 2008 indica que: “El mantenimiento del equilibrio económico de la concesión no supone que quede descartado el principio de riesgo y ventura del contratista, puesto que una cosa es mitigar dicho desequilibrio y otra bien distinta desplazar a la Administración el riesgo económico que es consustancial a la explotación del servicio. No se trata, en definitiva, ni de una garantía de beneficio para el concesionario ni de un seguro que cubra las posibles pérdidas económicas por parte de aquel, sino de una institución que pretende asegurar, desde la perspectiva de la satisfacción del interés público, que pueda continuar prestándose el servicio en circunstancias anormales sobrevenidas (cfr. Artículo 129.4 del reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales)”.

Asimismo, otras decisiones señalan la cautela con que se debe aplicar la teoría del riesgo imprevisible, indicando que: “debe aplicarse con mucha cautela en defensa y conservación del “status quo” y de la paz jurídica “de forma que la avalancha de peticiones, basadas en la imprevisión, fuerza a considerar los perfiles precisos en que puede producirse su aplicación, que, generalizada, pugnaría con su misma naturaleza”¹⁹⁰.

Respecto del principal requisito que es la ocurrencia de un hecho imprevisible y extraordinario, la jurisprudencia de la STS de 18 y 25 de abril de 2008 ha indicado que: “la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario y que alteran de forma muy notal el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato, pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación (...)”.

Me parece que algunas decisiones que implican esta técnica, parten de un análisis antagónico entre riesgo imprevisible vs. riesgo y ventura. La discusión no debe ser si aplica o

¹⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de diciembre de 1997, así como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de fecha 24 de enero de 2002, STSJ Rioja No. 34/2002.

no el riesgo y ventura ante un riesgo imprevisible. Debe ser si se encuentran los presupuestos fácticos y de derecho para que el contratista sea indemnizado por un riesgo imprevisible y en qué porcentaje debe producirse la compensación. De igual forma, algunas decisiones se afanan en crear un problema inexistente, a mi modo de parecer, respecto de la técnica de equilibrio económico a aplicar en cada caso concreto, olvidando que ante la ocurrencia de un determinado evento que desequilibre la ecuación financiera, entraría en aplicación una de las técnicas o teorías desarrolladas al respecto.

La parte que entienda que se ha desequilibrado económicamente el contrato solicitará su reajuste tratando de enmarcar la aplicación de una de las técnicas. Ahora bien, entiendo que aún no aplique por ejemplo, el reajuste por modificación unilateral, sino por riesgo imprevisible, el reajuste debe efectuarse y la Administración o el tribunal correspondiente debe indicar la técnica aplicable si entiende que la que sustenta la solicitud no es la más idónea. No creo razonable que se sancione a una de las partes porque ha entendido que aplica una técnica cuando en realidad es otra.

Por ello creo que las decisiones al rechazar la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible o imprevisión, indicando que procede aplicar el riesgo y ventura, deviene en un defecto de motivación, ya que no se debe discutir si aplica o no este principio, sino que de lo que se trata es si el hecho que ocasionó el desequilibrio en primer lugar constituye un riesgo imprevisible y en segundo lugar si efectivamente es de tal gravedad que desequilibre económicamente el contrato y con lo cual permita que cualquiera de las partes pueda requerir una indemnización.

En esos mismos términos lo ha indicado el profesor González-Baras cuando indica que: “El problema jurídico en este contexto consiste esencialmente en dilucidar si se ha producido o no una alteración de las condiciones pactadas inicialmente que lleve consigo una sobrevista y mayor onerosidad debido por ejemplo al aumento de los precios de la materia prima o al advenimiento de circunstancias excepcionales.¹⁹¹”

¹⁹¹ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. *El contrato...* Op. Cit. p. 275.

Para concluir, este análisis de la aplicación práctica en España de la teoría del riesgo imprevisible o imprevisión, me remito a lo indicado en el artículo ya citado sobre los riesgos imprevisibles de los profesores Amenós y Nieto¹⁹², en el cual realizan unas conclusiones respecto de la aplicación de esta teoría. De manera puntual concluyen que la jurisprudencia ha sido muy restrictiva y cautelosa en la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible. Por igual ocurre en diversos dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Ahora bien, de lo que he podido analizar en esta investigación, puedo concluir que las decisiones jurisprudenciales sobre la aplicación de equilibrio económico por riesgo imprevisible han sido imprevisibles. Es decir, que no existe un criterio claro y definido por la jurisprudencia; dependerá el caso concreto y la apreciación que realice el juez.

2.2.5.5 La aplicación de la teoría del riesgo imprevisible o imprevisión en República Dominicana

En República Dominicana no ha sido estudiada¹⁹³ profundamente la doctrina del riesgo imprevisible, mejor conocida como teoría de la imprevisión. Tampoco existe propiamente una habilitación legal para su aplicación por lo menos en materia civil, ya que en materia administrativa, tal y como expondré más adelante, considero que se puede sostener que existe una habilitación legal por la cláusula general de equilibrio económico del artículo 32.1 de la LCCP. Esta teoría ha sido rechazada hasta el momento en materia civil, pero acogida en materia administrativa.

El artículo 1134 del Código Civil dominicano que aplica tanto para la contratación pública como la privada dispone que: “Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que están autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe”. De dicho texto se establece la obligatoriedad de las partes a cumplir

¹⁹² AMENÓS ÁLAMO, J y NIETO MORENO J.E. *La languideciente* Op. Cit.

¹⁹³ Dentro de los principales trabajos que existen al respecto se encuentran los siguientes: Gómez González, Virginia. *La Teoría de la Imprevisión*. PUCMM, Abril 1992, Santiago de los Caballeros; Dickson Morales, Rafael. *Mecanismos de Equilibrio Económico en los Contratos*. Estudios Jurídicos, Volumen XII, Número 1. Ediciones Capeldom; Dickson Morales, Rafael. *Aplicación de la Teoría de la Imprevisión en Materia Civil en Derecho Dominicano y Francés*. PUCMM - Mayo 2007.

con lo pactado, imponiéndose la voluntad de las partes a los jueces, los cuales no podrán modificar lo pactado.

La jurisprudencia francesa ha jugado un papel importante en la interpretación del principio *pacta sunt servanda* y en el rechazo inicial de la aplicación de la imprevisión dada la supuesta violación a este principio. Desde el caso de Canal de Crapone decidido por la Corte de Casación francesa en fecha 6 de marzo de 1876 se optó por rechazar la aplicación de la imprevisión en Francia y la República Dominicana, siguiendo dicha interpretación y doctrina también la rechazaba, por lo menos doctrinariamente, ya que nunca se generó jurisprudencia expresa al respecto.

La Corte de Casación francesa sostuvo que: “En ningún caso pertenece a los tribunales, por más equitativa que les pueda parecer su decisión, el tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir por cláusulas nuevas las que habían sido libremente aceptadas por las contratantes”.

El profesor Larroumet critica la solución dada por la Corte de Casación al sostener que: “Si esas circunstancias cambian, le falta el soporte socioeconómico de la voluntad y la voluntad no significa nada, pues no tiene base. Por consiguiente, conviene permitir la revisión de los contratos conforme a la teoría de la imprevisión”¹⁹⁴.

Es oportuno destacar que, en Francia, desde inicios del siglo XXI, la rigidez con que se interpretaba el principio *pacta sunt servanda* se ha ido matizando por el solidarismo contractual, que se fundamenta entre otras cosas, en la buena fe en la ejecución de las obligaciones. El profesor Mazaud lo ha llamado el “*un nuevo orden contractual*”¹⁹⁵. Es así que en las nuevas reformas francesa ya se habla de una obligación de renegociación¹⁹⁶ de los contratos en materia civil.

¹⁹⁴ LARROUMET, C., *Teoría General ...*, Op. Cit., p. 330.

¹⁹⁵ MAZEAUD, D., *Le nouvel ordre contractuel*, Edit. Revue des Contrats, París, 1 de diciembre 2003, No. 1 p. 295.

¹⁹⁶ Para abundar sobre este tema se puede consultar a MAZEAUD, D. *Renégociation du contrat*. Revue Des Contrats, Julliet, 2004. MAZEAUD, D., *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?* En *L'avenir du droit, mélanges en hommage à Francois Terré*. Edit. Dalloz, Puf, Editions du juris-classeur, Paris 1999. PICOD, Y., *L'obligation de coopération dans l'exécution des contrats*, Edit. JCP G, 1988.

En ese mismo sentido, las nuevas reformas del código civil francés, ya incluso contemplan aspectos de la imprevisión. Al respecto se ha sostenido que: “El artículo 1196 propone en efecto, incorporar la imprevisión en el Código Civil. La disposición autoriza a una de las partes, en caso de un trastorno de la economía del contrato, a pedir al juez que rescinda la relación contractual. Ese cambio rompe con una tradición bien acrecentada en la jurisprudencia civil. Ya que el juez jamás acepto, después de la celebre decisión Canal de Craponne, poner fin al contrato en caso de aparición de un desequilibrio económico grave entre las prestaciones durante la ejecución del contrato¹⁹⁷.

Tomando en cuenta que la jurisprudencia y doctrina dominicana, principalmente en materia civil, sigue con frecuencia el criterio francés, entiendo que en poco tiempo la República Dominicana se sumará a dicho criterio, por lo que en las reformas del Código Civil dominicano, en un futuro no muy lejano, pudiéramos tener la obligación de renegociación en caso de imprevisión.

Por otro lado, aun cuando en República Dominicana, la jurisprudencia sobre la admisión de la imprevisión en materia administrativa es casi inexistente, es aceptada su aplicación, casi a unanimidad por la doctrina. Asimismo, existen órganos administrativos que han hecho referencia expresa a esta teoría admitiendo su aplicación, como es el caso del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL).

El artículo 32, numeral 1 de la LCCP, respecto de los derechos del contratista dispone que: “El derecho a los ajustes correspondientes de las condiciones contractuales, cuando ocurrieren acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, con relación a las condiciones existentes al momento de la presentación de propuestas, que devuelvan el equilibrio económico del contrato”. Asimismo, el artículo 51.1 de la LCCP establece para las entidades públicas autorizadas a llevar a cabo procesos de concesión, suscribir contratos y administrarlos, velar por la estabilidad y equilibrio contractual, estableciéndose así una obligación.

¹⁹⁷ CHAUVIRÉ, P.. *Les dispositions relatives aux effets du contrat*. En *La réforme du droit des contrats: du projet a l'ordonnance*. Association Henri Capitant, Dalloz, 2016, p. 47.

De lo anterior, se desprende, que en República Dominicana, el equilibrio económico financiero en la contratación pública es a la vez un derecho del contratista, pero también es un deber u obligación para la Administración Pública, toda vez que por razones del interés público envuelto en la contratación amerita su restablecimiento. En base a dichas disposiciones legales, es que sostengo que, si bien no existe una habilitación expresa que admita la teoría de la imprevisión, no es menos cierto que la redacción abierta y amplia del artículo 32.1 de la LCCP permite que se hagan uso de todas las técnicas de equilibrio económico en la contratación pública.

En la práctica dominicana, aunque se entiende implícita la obligación de la Administración Pública de mantener el equilibrio económico financiero en los contratos administrativos, incluso en los pliegos de condiciones se establece una disposición relativa al equilibrio económico financiero, no existen decisiones administrativas de relevancia dictadas por el órgano rector en materia de compras y contrataciones públicas. Mucho menos existe jurisprudencia sobre este tema.

2.3 Los Principales riesgos en los proyectos CPP

Una de las principales dificultades que se presenta en la contratación, ya sea pública o privada, es la asignación de riesgos en el contrato. Ante esa situación, lo primero que se debe realizar es determinar a cuáles riesgos se encuentra expuesto un determinado proyecto. El objetivo principal de esta identificación es poder asignarlos razonable y eficazmente. Luego de identificados, se procedería a realizar un proceso de negociación que implica cómo distribuirlos o asignarlos entre las partes.

Como ya he señalado, si se logra identificar y estimar un determinado riesgo, se estaría en presencia de un riesgo previsible, el cual puede ser perfectamente asignado entre las partes. Ahora bien, como bien es sabido, los riesgos varían dependiendo del tipo de proyecto o contrato de que se trate. De manera particular los proyectos de CPP tienen diversas modalidades que impactarían en los riesgos que le afectarían. Sin entrar en un

análisis exhaustivo de los distintos tipos de contratos de CPP, se enumeran algunos de los más utilizados en los cuales el grado de transferencia de riesgos al particular varia. Estos son:

1. Diseño y construcción (“*design build*”): Es el contrato de obra pública típico, en el que el particular diseña y construye a cambio de un pago (que puede ser fijo o no según se haya establecido en los documentos de licitación) por el Estado. Como se puede observar, al tratarse solo de la construcción y diseño, los riesgos principales del contratista son los relativos a esos elementos.

2. Operación y mantenimiento (“*operation and maintenance*”): Es el contrato de CPP que consiste en la operación y el mantenimiento de una infraestructura preexistente, en la cual el socio privado no la construye, pero sí pudiera realizar reajustes al momento de iniciar la operación. En este caso, el particular asume el riesgo de la operación de la infraestructura y del mantenimiento, no así en el diseño y construcción.

3. Diseño, construcción y operación (“*design, build and operate*”): Es el contrato de CPP que consiste en el diseño y construcción de una infraestructura así como su operación, luego de concluida la construcción durante un cierto período. Al diseñar y construir, el particular habrá de tener en cuenta también que la infraestructura sea operable en forma eficiente y económica, dado que será ese mismo personal será quien la opere y genera ingresos dependiendo de la buena construcción que realice. Como se puede observar, en este caso los riesgos que asume el sector privado son mayores que los otros dos modelos indicados anteriormente. A esta modalidad se le pudiera agregar otra variante que pudiera ser la del financiamiento, la cual sería Diseño, construcción, financiamiento y operación (“*design, build finance and operate*”). Este sería a mi entender el proyecto de CPP más complejo y que tendría generalmente la mayor cantidad de riesgos su proceso de asignación más complejo.

4. Arrendamiento, desarrollo y operación (“*lease, develop, operate and transfer*”): Es el contrato mediante el cual el Estado pretende la reparación, actualización o reforma de una infraestructura. Para lograrlo, arrienda la misma al sector privado, el que se obliga a

desarrollarla, explotarla y luego restituirla al Estado después de un período de tiempo. En este caso aparece a cargo del particular el riesgo de la explotación y de restitución de la infraestructura en condiciones de operabilidad.

5. Construcción operación y transferencia (“*Build own operate and transfer*”): Es el contrato mediante el cual sector privado diseña, construye, opera y explota y luego entrega al Estado la nueva infraestructura. Aquí existen riesgos que son comunes a las distintas modalidades, sin embargo no se trasfiere el riesgo de financiamiento.

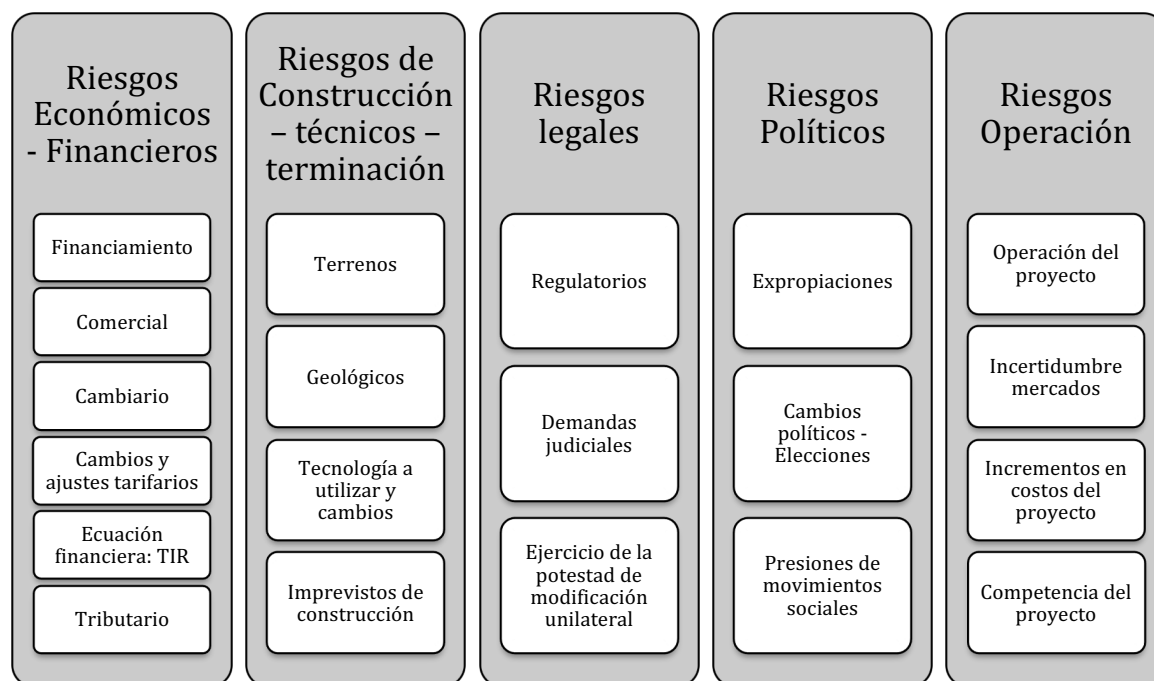
Existen otras modalidades en las distintas experiencias de CPP. Asimismo, la modalidad pudiera ser incluso ampliada dependiendo de la originalidad y capacidad de estructuración de las partes. En este caso, entiendo que el límite lo establecen las partes. En vista de todo lo anterior, y solo presentando algunos de esos modelos, sin entrar en un análisis profundo de los mismos, sería poco práctico establecer un parámetro universal y general de riesgos. Ahora bien, existen determinados riesgos que generalmente se encuentran en todo tipo de CPP. Por esta razón, presentaré a continuación lo que considero son los principales en la mayoría de proyectos de CPP.

Dentro de la escasa bibliografía existente en República Dominicana sobre este tema hasta la fecha, he podido encontrar un comentario sobre los riesgos en el contrato de concesión que indica que: antes de contratar debe realizar estudios de factibilidad que le permitan hacer cálculos mas o menos precisos de sus posibles ganancias y riesgos, ya que durante la concesión enfrentará cuatro principales tipos de riesgos:

- a) riesgo técnico: posible surgimiento de modificaciones técnicas costosas que siguen a una evolución de procedimientos y técnicas industriales.
- b) Riesgo comercial: la Administración público no garantizará que los usuarios harán uso constante y regular del servicio, aún existiendo monopolio siempre existirá el riesgo de que en el futuro existe alguna concurrencia.

- c) **Riesgo económico:** pueden suscitarse eventos exteriores que podrían afectar el aspecto económico del contrato, como la evolución de mercados, la situación de la mano de obra, régimen monetario, entre otras.
- d) **Riesgo administrativo:** la Administración pública podría estipular que si surgieren innovaciones técnicas, científicas o industriales su co-contratante debe incorporar dichas innovaciones al servicio que ofrece, sin necesidad por parte de la Administración pública de compensarle pecuniariamente por dicha modificación¹⁹⁸.

Sobre ese aspecto, entiendo que al estructurar un proyecto de CPP, al menos se encuentran los siguientes riesgos: económicos – financieros, de construcción – técnicos, jurídicos, de operación y políticos. Esta clasificación, implica otros sub-riesgos que incluimos en el siguiente esquema.



¹⁹⁸ FERNÁNDEZ DE PUJOLS, A. *El contrato de concesión de servicio público en la República Dominicana*. Talleres Gráficos, Santo Domingo, República Dominicana, 2002, p. 45.

Por otro lado, en el presente esquema presento los principales riesgos que he esquematizado anteriormente, y algunas formas en que pueden presentarse o manifestarse esos riesgos generales desde el inicio y durante la ejecución del proyecto de CPP.

Riesgos	Algunas formas en que puede presentarse los riesgos
<p>Económicos - financieros</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Falta o incapacidad de obtener financiamiento ➤ Dificultades en el proceso de financiamiento o problemas con el refinanciamiento ➤ Variaciones en la moneda ➤ Incrementos en tasas de intereses ➤ Estructuración del modelo económico-financiero ➤ Falta de disponibilidad o de demanda del proyecto
<p>Construcción – técnicos – terminación</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Terrenos ➤ Pago expropiación ➤ Costos imprevistos – sujeciones imprevistas ➤ Descubrimientos arqueológicos ➤ Desfase tecnológico u obsolescencia
<p>Legales</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Estructuración del pliego ➤ Acceso a la justicia por conflictos jurídicos ➤ Falta de obtención de autorizaciones regulatorias o administrativas ➤ Violaciones medioambientales ➤ Aspectos laborales ➤ Acciones legales en perjuicio del proyecto ➤ Ejercicio de modificación unilateral

Políticos	<ul style="list-style-type: none">➤ Expropiación directa o indirecta➤ Disputas electorales➤ Movimientos sociales➤ Surgimiento de guerras
Operación	<ul style="list-style-type: none">➤ Incrementos en costos del proyecto➤ Incertidumbre en los mercados➤ Falta de alcance de niveles de rentabilidad➤ Explotación económica➤ Actos y hechos del Estado➤ Riesgos imprevisibles➤ Valor residual➤ Competencia que pueda tener el proyecto

2.3.1 Riesgos económicos – financieros

Los riesgos económicos y financieros son fundamentales para el sector privado, ya que de estos dependerá la rentabilidad del proyecto de CPP. Generalmente, uno de los primeros riesgos a identificar en esta parte sería el financiero que se encuentra relacionado con la fuente de financiamiento requerida para realizar el proyecto, la naturaleza de los acreedores y deudores, así como las limitaciones impuestas por el mercado financiero durante la vida del proyecto. Este riesgo puede resultar en aumentos en el costo de financiamiento y tendrá una influencia fundamental en la viabilidad financiera del proyecto.

Dependiendo de la legislación sobre CPP, se permitiría que los gobiernos tengan un respiro financiero debido a las restricciones presupuestarias para proyectos de obra públicas. Esto último tiene mayor impacto en aquellos proyectos de CPP que busca resolver una problemática pública relacionada con la provisión o gestión de un bien o servicio público, partiendo de la solución propuesta del sector público y que para su realización no requiere de recursos públicos, ni garantías públicas, ni la enajenación de activos de propiedad del Estado en favor del sector privado. Esta posibilidad será posible dependiendo de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de cada país.

Generalmente, la empresa privada y gestora del proyecto de CPP es quien gestiona el riesgo de financiamiento con los financistas o acreedores. Es probable que el costo, así como el riesgo de financiamiento sea incierto, por lo menos hasta el cierre financiero del proyecto, ya que es poco probable que la empresa gestora del proyecto implemente alguno de estos mecanismos de financiamiento, por lo menos hasta que se hayan agotado todas las diligencias necesarias para el cierre definitivo del proyecto (aprobaciones administrativas y legislativas, si aplicaren). Por lo tanto, usualmente, el otorgante del financiamiento compartirá el riesgo de cambios en el costo de financiamiento entre la fecha de la oferta y el cierre financiero.

El TC dominicano ha indicado respecto a los riesgos económicos o comerciales que: “(...) cualquier actividad comercial o económica que se realice representa en sí un riesgo –que en algunos casos es mínimo, incluso imperceptible, y que en otros es muy alto- para una comunidad, una ciudad, un país e incluso el planeta en su conjunto. Sin embargo, hay riesgos que, cuando son menores y controlables, se asumen en favor del desarrollo económico y comercial de las sociedades. (...)”¹⁹⁹.

En la estructuración de estos proyectos y en esta sección se suele incluir la posibilidad de refinanciamientos; la posibilidad de pagar intereses más tarde durante la vida del proyecto; plazos o períodos de gracia, suficientes para hacer frente a la falta de ingresos durante el período de construcción; que las tasas de interés sean las más blandas y fijas posibles. El costo también de otros instrumentos financieros se incluye en este riesgo financiero, como es el caso del *hedging*. También entra el riesgo crediticio del sector privado.

A mi entender, el sector privado tiene mayor capacidad y experiencia estructurando proyectos de esta naturaleza con financiamientos, con lo cual es razonable que estos riesgos sean asumidos por este sector.

¹⁹⁹ Sentencia Tribunal Constitucional dominicano TC/0223/14 de fecha 23 de octubre de 2014.

Finalmente, aunque el sector privado debe asumir los riesgos que se generen por los tributos que impacten el proyecto, es habitual que se pacten cláusulas de estabilidad tributarias²⁰⁰ por lo menos en ciertos proyectos de gran envergadura. En el ordenamiento dominicano esta posibilidad se encuentra prevista en la Constitución en los artículos 221²⁰¹ y 244²⁰².

2.3.2 Riesgo Monetario o cambiario

Por otro lado, dentro de los riesgos financieros y económicos se encuentra el riesgo por tipo de cambio. Este es de importancia, principalmente en economías donde no tienen moneda fuerte o cuando la moneda de los ingresos y la deuda son diferentes. Esta situación ocurre con mayor pronunciamiento en economías en desarrollo, como la de República Dominicana. Este riesgo implica también las condiciones de mercado y regulatorias respecto del tipo de moneda para el proyecto, cuando existe diferencia con la moneda local.

Las restricciones que puedan existir por cambio de moneda, así como las regulaciones para pagos al exterior en moneda extranjera son riesgos incluidos dentro del riesgo monetario. Si existiese restricciones de esta naturaleza pudiera representar inconvenientes prácticos para los inversionistas extranjeros para el caso de pagos al exterior y repatriaciones de dividendos. Este riesgo también puede ser estudiado dentro del riesgo regulatorio.

Este tipo de riesgo suele ser asignado al sector privado. Ahora bien, este pudiera establecer límites de previsibilidad. Si las variaciones de la moneda de cambio son excesivas y

²⁰⁰ Para ampliar sobre riesgos impositivos se puede estudiar a SCHAFFER, S. *Tax risk en Risk and Energy Infrastructure*, editor Domitroff, T., Global Law and Business, 2011, p. 159 y siguientes.

²⁰¹ El artículo 221 sobre igualdad de tratamiento de la Constitución Dominicana establece que: *“La actividad empresarial, pública o privada, recibe el mismo trato legal. Se garantiza igualdad de condiciones a la inversión nacional y extranjera, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y las leyes. La ley podrá conceder tratamientos especiales a las inversiones que se localicen en zonas de menor grado de desarrollo o en actividades de interés nacional, en particular las ubicadas en las provincias fronterizas”*.

²⁰² El artículo 244 de la Constitución Dominicana sobre exenciones de impuestos y transferencias de derecho establece que: *“Los particulares sólo pueden adquirir, mediante concesiones que autorice la ley o contratos que apruebe el Congreso Nacional, el derecho de beneficiarse, por todo el tiempo que estipule la concesión o el contrato y cumpliendo con las obligaciones que la una y el otro les impongan, de exenciones, exoneraciones, reducciones o limitaciones de impuestos, contribuciones o derechos fiscales o municipales que inciden en determinadas obras o empresas hacia las que convenga atraer la inversión de nuevos capitales para el fomento de la economía nacional o para cualquier otro objeto de interés social. La transferencia de los derechos otorgados mediante contratos estará sujeta a la ratificación por parte del Congreso Nacional”*.

extraordinarias pues el riesgo pudiera ser compartido entre el sector público y el privado, a fin de mantener un equilibrio en la TIR.

2.3.3 Riesgo de demanda

El riesgo de demanda se encuentra vinculado a las variaciones de demanda de los usuarios de una infraestructura o servicios públicos. Conforme la Directiva 2014/23/UE, el considerando (20) indica que el riesgo de demanda es el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Por otro lado, debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. Este riesgo también cubre el impacto de ciclo del negocio y las tendencias del mercado del servicio o de la obra.

Como se puede observar, y tal y como resalta Valcárcel, la Directiva 2014/23/UE parece emplearse las referencias al riesgo de oferta y al riesgo suministro como expresiones sinónimas.

Asimismo, se señala que los riesgos comerciales que también se encuentra ligado a los de demanda, son los vinculados a la variación de la demandan respecto de las previsiones realizadas en el contrato, siempre que ésta sea exógena a las partes, no derivada del comportamiento de las actuaciones de ellas. Este riesgo suele distribuirse entre las partes, en función de su causa y cuantía²⁰³.

La imputación del riesgo de demanda al sector privado cobra relevancia por muchas razones, siendo la primera su implicación de cara al concepto de concesión, conforme a la Directiva 2014/23/UE. Asimismo, como indica Maria Hernando Rydings de que “(...) si se cumplen los criterios de Eurostat a lo que nos hemos referido, la Administración podrá obtener importantes ventajas presupuestarias y evitar que este tipo de operaciones se consoliden en su balance. (...) debe hacer mención de la imputación de los riesgos de

²⁰³ ARIÑO ORTIZ, G. *El contrato de colaboración público-privada*. Ponencia para las XI Jornadas sobre Administración Local, Colegio de Secretarios e interventores de Santa Cruz de Tenerife, Puerto de la Cruz, 8 a 10 de octubre de 2008.

disponibilidad o demanda que, junto con el de construcción, van a posibilitar, en caso de que sean asumidos por el contratista, la desconsolidación de la operación en las cuentas públicas”²⁰⁴.

Señala el profesor Blanquer que el riesgo de demanda trata de la mayor o menor demanda de bienes y servicios por el mercado y que para modular ese margen de riesgo, se pueden fijar en el contrato o proyecto de CPP, bandas mínimas y máximas de retribución. Con fundamento en el plan económico-financiero, el riesgo de la demanda se puede modular en los pliegos disponiendo un umbral mínimo y un dintel máximo de ingresos, y creando en el espacio intermedio franjas de retribución variable y gradual que se acompañan al flujo de la demanda²⁰⁵.

Este riesgo, generalmente debe ser asumido por el sector privado. De hecho, es considerado o la Directiva 2014/23/UE, como un elemento sustancial para determinar si existe o no una concesión. No obstante, entiendo que no todos los riesgos de esta naturaleza tienen que ser asumidos en su integridad por el sector privado. En todo caso, cualquier asunción por parte del sector público de alguno de estos riesgos debe ser cuidadosamente establecido, a fin de evitar que se generen compensaciones tipo peajes sombras o “shadow tolls” que serían incompatibles con este riesgo que asume el sector privado. Y, por supuesto, dicha asunción por el sector público no puede ser considerable.

Al respecto se indica también que este riesgo “alude al riesgo derivado de que un mayor o un menor número de usuarios utilicen la infraestructura o reciban el servicio explotado, aspecto del que deriva en todo o en buena parte, la remuneración que recibe el adjudicatario del contrato” y dentro de él “pueden distinguirse diversos aspectos. Así, el riesgo de crecimiento económico, íntimamente ligado a las previsiones sobre la evolución de la economía, y el riesgo de competencia, que refleja el impacto que la existencia de otras infraestructuras o servicios ‘equivalentes’”. En la doctrina se ha desatado un buen debate sobre la conveniencia de su transferencia completa al sector concesionario o si es mejor

²⁰⁴ HERNANDO RYDINGS, M. *La Colaboración ...*, Op. Cit., p. 494 y 495.

²⁰⁵ BLANQUER, D. *Los contratos ...*, Op. Cit., p. 757.

opción el limitarlo para asegurar la eficiencia y bajar las expectativas económicas que el oferente puede cargar en su oferta²⁰⁶.

Es un riesgo derivado de la variación de la demanda (ya sea mayor o menor) que la esperada durante la ejecución o la vida del contrato. Si la Administración asume este riesgo no se estaría en presencia de una concesión o proyecto de CPP. Este riesgo se materializa si el proyecto no se ajusta a la demanda existente por los usuarios o si la proyección realizada por el sector privado no se verifica al momento de poner en funcionamiento el proyecto.

Sostiene el profesor Miguez Macho que su traslación al colaborador privado resulta no menos problemático. Ya lo advertía la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003: “evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado”. De ahí que la regulación española del contrato de concesión de obras públicas permita con gran amplitud las aportaciones públicas tanto para la financiación de la construcción de la obra como para garantizar la viabilidad económica de la explotación, y prevea las medidas de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión ya mencionadas en este estudio, a las que añaden otras medidas extraordinarias como el secuestro de la concesión previsto en el artículo 251 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público o el rescate discrecional del artículo 269, letra g²⁰⁷.

Sobre este tipo de riesgos se ha señalado que muchos poderes adjudicadores en los últimos tiempos venían mitigándolo, reduciéndolo o incluso haciéndolo desaparecer, especialmente en contratos como los de concesiones de autopistas de peaje. (...). Lo que es importante en relación con la evaluación del riesgo de demanda de un contrato es que si identificación

²⁰⁶ PÉREZ HUALDE, A. *Concesión de ...* Op. Cit., p. 124.

²⁰⁷ MIGUEZ MACHO, L. *Fórmulas de Colaboración* Op. Cit., p. 194 y 195.

esté basada en análisis serios y realistas de la demanda que cabe esperar de la infraestructura o servicio objetivo de la concesión²⁰⁸.

Finalmente, es muy importante, tener en consideración las informaciones y estudios que se realizan para asignar este tipo de riesgo, ya que cuando se tratan de proyectos nuevos no se cuenta con la data requerida y se parte de presunciones para luego ser comprobada en la realidad, por ello para cierto tipo de proyectos se buscan otras alternativas de compensación que atenden exclusivamente a la demanda del proyecto. Esa es la conclusión a la que llega Sánchez Soliño cuando indica que en un contrato óptimo, la transferencia del riesgo de demanda al socio privado será mayor, frente al riesgo de disponibilidad, en la medida en que tengan mayor incidencia aquellas dimensiones de la calidad del servicio que puedan ser observadas por los usuarios pero no verificadas por la Administración²⁰⁹. De todas maneras, sobre esta cuestión volveré más adelante en el próximo capítulo.

Este tipo de riesgo era el más conocido y desarrollado por el legislador europeo y también en España. Existen varios casos resueltos por los TACRC y TACP. Al respecto se pueden señalar la Resolución No. 382/2017 del 28 de abril de 2017 del TACRC, la cual indicó haciendo referencia al pliego de condiciones que: “(...) no observamos en sus disposiciones ninguna previsión específica de que ello sea así, es decir, de que los ingresos de aquel dependan del mayor o menor uso del servicio que hagan sus destinatarios”, concluyendo que en dicho caso aún habiendo sido calificado en los pliegos como una concesión de servicios realmente no se asumía el riesgo de demanda, por lo que efectivamente no sería una concesión.

Con ese mismo criterio, el TACRC mediante su Resolución No. 215/2014 del 14 de marzo de 2014 indicó que: “(...) sin que de ninguna de las estipulaciones de los Pliegos se infiera que el importe dependa del número de visitas o intervenciones que efectivamente (uso) se lleven a cabo”.

²⁰⁸ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. *La delimitación de los tipos contractuales*. En el libro *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Director GIMENO FELIU, J. M. Thomson Reuters, España, 2018, p. 443.

²⁰⁹ SÁNCHEZ SOLIÑO, A. *Optimización de la transferencia de riesgos en los Contratos de Infraestructuras y Servicios Públicos*. Instituto de Estudios Fiscales, Hacienda Pública Española / Review of Public Economics, 201-(2/2012), 2012, p. 67-91.

También se pueden ver otras decisiones que han marcado puntualizaciones conceptuales sobre la calificación de una concesión respecto de los riesgos asumidos por el concesionario. Al respecto se puede observar la Resolución No. 39/2016 del 18 febrero de 2016 el TARC de Andalucía, la Resolución No. 139/2015 del 21 de abril del 2015, Resoluciones 176/2014, de 25 de septiembre y 180/2014, de 3 de octubre por el mismo TARC.

Asimismo, otros TACP han realizado dichas precisiones conceptuales sobre las concesiones y los riesgos asumidos. Vale citar los Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, 55/2013, de 1 de octubre y 37/2014, de 30 de junio, del TACP de Aragón, las Resoluciones Nos. 81/2013, de 20 de febrero y 204/2013, de 5 de junio, del TACRC, Resolución No. 48/2014, de 19 de marzo, del TACP de Madrid y Resolución No. 56/2014, de 31 de julio, del TACP de Castilla y León, entre otros.

2.3.4 Riesgos de construcción – técnicos – terminación

Los riesgos de construcción son especialmente importantes para el proyecto de CPP tanto para el sector privado como para el público. Como se sabe el sector privado no inicia con la recuperación de su inversión hasta que el proyecto se encuentra en pleno servicio, por lo que cualquier demora en la ejecución de la obra implica un costo mayor para éste. Esta fase de construcción y entrega de la obra, generalmente es la más costosa y riesgosa del proyecto, debido a todas sus implicaciones económicas y de construcción.

Uno de los riesgos que se encuentra en esta etapa es la propiedad del terreno donde se realizará el proyecto. Al respecto se indica que la liberación de los terrenos donde se llevará a cabo la obra resulta ser de las más conflictivas cuando para ello se exige la expropiación o el desalojo de terrenos ocupados por particulares²¹⁰. Esta situación se complica más cuando existe un alto número de ocupantes sin derecho de propiedad y generan presión política para lidiar con la situación y consecuentemente todo el esquema de trabajo que conlleva la

²¹⁰ MAIRAL, H. *La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos*. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, p. 140.

reubicación de dichos ocupantes. Esta situación generalmente se encuentra presente en países en vías de desarrollo, como es el caso dominicano.

Otro elemento de riesgo previo al inicio de construcción es el pago de la expropiación del terreno. En la práctica, por lo menos en el caso dominicano, se inicia la construcción del proyecto sin haber definido jurídicamente y pagado la expropiación. Sobre el pago del costo de la expropiación, como bien señala el profesor Mairal, si el proyecto pretende que el sector privado asuma dicho costo, será necesario determinar el máximo que a tal efecto deberá pagarse y prever en los documentos del proyecto, quién soportará el exceso si lo hubiere. Es importante también que existan disposiciones expresas sobre la necesidad de realizar expropiaciones futuras y su tratamiento dentro de la CPP.

En cuanto a la distribución de los riesgos de construcción, Eurostat señala, en su Decisión de 11 de febrero de 2004, que: “la obligación del Estado de comenzar a efectuar pagos regulares al socio privado sin tener en cuenta el estado efectivo de los activos, sería la evidencia de que el Estado soporta la mayoría de los riesgos de construcción”. Conforme a dicha disposición, si el sector público realiza pagos antes de que el proyecto esté finalizado e inicie la explotación, el riesgo de construcción sería soportado, en principio por el sector público. Igualmente, si el sector público asume sistemáticamente todos los costos adicionales que se generen en la fase de construcción.

No obstante lo anterior, para poder determinar la efectiva transferencia del riesgo de construcción se debe tomar en consideración qué tipo de proyecto se ejecuta. Si se trata de uno nuevo o de mejoras a una infraestructura, el criterio expuesto anteriormente no aplica igual para un proyecto nuevo en comparación con una mejora a una infraestructura ya existente.

Luego se presentan los riesgos durante la construcción o ejecución del proyecto. Al respecto, es sabido que durante la ejecución de la obra pueden surgir costos imprevistos, que como ya analizamos anteriormente, forman parte del costo total del proyecto, pero no

implica que el sector privado asuma la totalidad de los imprevistos que es distinto a las sujeciones imprevistas o riesgos imprevisibles.

Un ejemplo interesante, sería lo definido como riesgo arqueológico que implica la aparición imprevista de yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico, que obligaría alterar la ruta inicialmente establecida.

Así pues, que el tema de las dificultades materiales imprevistas o sujeciones imprevistas es de vital importancia tenerlo en cuenta, ya que para proyectos de CPP su asignación será casi imposible. Siguiendo a Mairal²¹¹ sobre este tema sólo un sector privado aventurado establecería un precio fijo por obras sujetas a estos riesgos, y sólo financistas aventurados financiarían un proyecto sin contar con disposiciones claras y específicas ante la ocurrencia de hechos de esta naturaleza.

El derecho da una respuesta en este sentido a través de la teoría de las sujeciones imprevistas que ha sido debidamente analizada en este trabajo. El inconveniente se presenta cuando se deja a discreción exclusiva de los tribunales determinar la existencia o no de una dificultad material imprevista y el grado de compensación que la misma tendría. Por ello, entiendo que si bien no se podría asignar este riesgo entre las partes es de buena administración y recomendable que las partes acuerden disposiciones de cómo tratar ante la materialización de riesgos de esta naturaleza. Entiendo que cláusulas arbitrales y peritajes podrían agilizar la solución de imprevistos de dicha naturaleza.

El profesor Ariño indicaba que estos incluyen las disconformidades técnicas, incrementos de costos y daños o destrucciones por acontecimientos externos; son los riesgos que se incluían en el clásico contrato de obra, que en principio asumía el contratista con limitaciones²¹².

²¹¹ IBÍD., 141.

²¹² ARIÑO ORTIZ, G. *El contrato de colaboración público-privada*. Ponencia para las XI Jornadas sobre Administración Local, Colegio de Secretarios e interventores de Santa Cruz de Tenerife, Puerto de la Cruz, 8 a 10 de octubre de 2008.

Un punto interesante, es que mientras más control e injerencia quiera tener la Administración Pública sobre el proyecto, mayores riesgos pudiera asumir. Por ejemplo, si la Administración establece algunas especificaciones o prefiere utilizar determinados equipos, sería lógico pensar que el sector privada le transferiría el riesgo por los equipos seleccionados por ésta, si no alcanza el nivel de prestación esperado y se deba a dichas especificaciones o equipos. Por el contrario, si solo se limita a establecer un cierto nivel de prestación, el riesgo de seleccionar equipos inadecuados recaerá sobre el sector privado.

Como se puede observar este riesgo sigue estando en cabeza del sector privado, pero este a su vez pudiera utilizar a terceros para transferir parte de esos riesgos y mitigar así las consecuencias de la ocurrencia de algún evento perjudicial. No obstante lo anterior, se sostiene que algunos aspectos del riesgo de construcción podría no asumir por el sector privado, tales como retrasos, estándares, sobrecostos, en caso de que la Administración Pública este obligada a realizar pagos regulares al sector privado independientemente del estado real de los activos²¹³.

Asimismo, dentro de construcción se encuentra el riesgo de terminación del proyecto u obra. Para Delmon²¹⁴ las implicaciones del riesgo de terminación del proyecto son divididas en tres grandes categorías: a) costos de construcción, que generalmente utiliza la financiación de proyectos y el cual he desarrollado anteriormente; b) tiempo de terminación que constituye un elemento importante y principal de la CPP, ya que el incumplimiento de las fechas de terminación daría lugar a penalidades. Este riesgo es asumido por el sector privado, con las excepciones de eventos de fuerza mayor o incumplimientos del sector público que impliquen retardos en las fechas de terminación. En todo caso, al tener el sector privado un gran incentivo de terminación a tiempo las obras, ya que implica costos económicos el no cumplir las fechas acordadas, será más eficiente la construcción y terminación a tiempo por el sector privado que el público.

²¹³ VEGA ISABELLA, J. I. (coordinador). *Régimen jurídico de la construcción y explotación de obras públicas*. DAPP publicaciones jurídicas, 1era. Edición, Pamplona, España, 2012, p 649.

²¹⁴ DELMON, J. *Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers*. Cambridge University Press. Estados Unidos de América, 2011. p. 102.

Finalmente, la tercera categoría señalada por Delmon se refiere a la calidad de los trabajos terminados. En ese sentido, dichos trabajos deben satisfacer las pruebas de calidad e inspecciones que se requieran y que pueda realizar una tercera persona independiente. Es importante que se realicen esas pruebas para determinar, comprobar y certificar que la obra cumple con la debida calidad esperada para brindar los servicios a las personas. En definitiva, es importante que la obra concluida con todos los equipos, tecnología y características, se encuentren de acuerdo y en cumplimiento no solo con las especificaciones del proyecto sino que cumpla con las expectativas esperadas. Este riesgo por supuesto que recaería en el sector privado.

Otro punto que me parece interesante resaltar sobre los riesgos de construcción, es lo comentado por el criterio de la doctrina francesa, respecto del contrato de *partenariat*, el cual distingue dos tipos de riesgos en la fase inicial del proyecto: los riesgos de concepción y los riesgos de construcción²¹⁵. Al respecto se indica en la doctrina francesa que los “riesgos de concepción” de la obra comprenderían el fallo en la concepción; la optimización insuficiente; la modificación del proyecto; el retraso en la puesta a punto del proyecto; los resultados de la consulta a los usuarios; el grado de fiabilidad de las técnicas utilizadas; o la incapacidad para construir siguiendo el pliego de condiciones generales, entre otros.

Por su parte, en Francia se asocia los “riesgos de construcción” por distintos motivos: aparición de costes adicionales, de defectos o de deficiencias en la seguridad; riesgos arqueológicos, geológicos o meteorológicos; retraso en el acceso al lugar y/o a los terrenos adyacentes, en la puesta a disposición de canteras o de descargas o en la entrega; aparición de vicios ocultos; denuncias de terceros (por ruidos, polvo, afectación en la circulación...); problemas con la recepción de la obra construida; fallos del constructor o de los prestamistas; o rechazo de la aceptación, total o parcial, de las obras por parte del ente público.

²¹⁵ BERGÈRE, F., BEZANÇON, X., DERUY, L., FISZELSON, R. y FORNACCIARI, M. *Le guide opérationnel des PPP*. Editions Le Moniteur, (2007), págs. 215 a 220; Citado por MACHO PÉREZ, Ana Belén y MARCO PEÑAS, Ester. *El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: Análisis de los criterios de Eurostat*. Revista de Administración Pública No. 194, Madrid, mayo-agosto, 2014, p. 449.

Con respecto al riesgo geológicos se ha indicado, por ejemplo, en el caso colombiano que ha sido compartido por las partes, indicando que compartir el riesgo es un método adicional, una tercera vía, entre la completa transferencia y la retención total. Cuando el riesgo este fragmentado, como el geológico, resulta necesario identificar qué partes de ese riesgo serian mejor administrarlas por cada uno de los co-contratantes. Por ejemplo, los sobrecostos en túneles en Colombia se comparten²¹⁶.

Se señala que el riesgo tecnológico es importante principalmente en proyectos de larga duración. Este riesgo bien pudiera ser asumido por el sector privado, pero hay que tener en cuenta también los avances científicos y tecnológicos que pudieran hacer obsoleta una determinada tecnología en cuestiones de pocos años. Esto representaría un gran costo para el sector privado en caso de tener que realizar algún cambio. Incluso a veces hace que el proyecto por completo pierda relevancia. La definición de la tecnología a utilizar es fundamental. Como ejemplo se encuentran las telecomunicaciones. Hace varias décadas era razonable pensar en un proyecto que incluyera telefonía fija, hoy día es obligatorio considerar la inalámbrica. Aquí entra en juego también proyectos verdes o de contratación estratégica²¹⁷.

Haciendo comentarios al riesgo tecnológico en financiamiento de proyectos, señala Bueno Hudson que: “ciertos proyectos pueden requerir de la utilización de tecnologías innovadoras o incluso desconocidas. Esto supone un riesgo claro para el desarrollo del proyecto y suele asignarse al contratista la decisión de la mejor tecnología a utilizar, con el consentimiento previo de los sponsors. En ocasiones, puede ocurrir con que el contratista se encuentre con que la decisión tecnológica está tomada por los sponsors y puede generar problemas de éxito del proyecto en la fase inicial”²¹⁸.

Hay quienes sostienen que existe una concepción absolutamente excluyente de la actividad del Estado en los procesos de desarrollo económico, la incorporación de adelantos

²¹⁶ BARRERO CIFUENTES, S. e IBAGÓN IBAGÓN, M. *Introducción a las asociaciones Público-Privadas en Colombia*. Universidad Externado, Colombia, 2016, p. 111.

²¹⁷ Para ampliar sobre la contratación pública estratégica se puede ver a Pernas García, J. J., *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters, 2013.

²¹⁸ BUENO HUDSON, A. “La acotación del riesgo en la financiación estructurada de un Project Finance” En, Op. Cit., PALOMAR OLMEDA, A. (Director). *El contrato de colaboración (...)*, p. 276.

tecnológicos o la realización de obras son, en principio, de exclusivo riesgo del capital privado²¹⁹. Entiendo que esta afirmación puede darse en muchos casos, pero no es absoluta, ya que pueden existir tecnologías que para su desarrollo sean desarrolladas en colaboración con el sector público y privado.

La oficina nacional de auditoria del Reino Unido (en lo adelante "NAO"), respecto de los riesgos en el contrato de PFI, indicaba sobre la obsolescencia en las cuestiones tecnológicas, principalmente en los proyectos que poseen un alto nivel tecnológico o que dependen de un equipamiento muy específico. En ese mismo sentido, se concluía sobre los riesgos tecnológicos o obsolescencia que es difícil, si no imposible, cuantificar hoy con precisión, pero si puede y debe abordarse específicamente en el contrato. Un cliente del sector público debe considerar la insertar incentivos en el contrato para que, además de su remedio poder ver una oportunidad en la calidad del servicio existente (...)²²⁰.

En estos riesgos se incluye, como ya he señalado los eventuales retrasos en la terminación de la obra, los vinculados a los sobrecostos de ejecución o las deficiencias técnicas (el contratista asume además los riesgos derivados de los eventuales retrasos causados por la dilación del procedimiento expropiatorio, o los que resultan del incremento de los costes como consecuencia de la elevación del justiprecio que corresponde a los ex propietarios)²²¹.

Un elemento importante a considerar dentro de la construcción del proyecto es la entidad de auditora que certifique los avances y terminación de la obra. Generalmente, se encarga a un tercero esta función. La entidad certificadora es fundamental en proyectos de CPP, ya que varios aspectos de la ingeniería legal están sujetas a ésta. Por ejemplo, avances o desembolsos de los financistas se encuentra atados al avance del proyecto. Igualmente, dependiendo de lo establecido en los documentos del proyecto de CPP, esta entidad también pudiera tener funciones en determinar si el proyecto ha sido concluido satisfactoriamente y cumple con los requisitos técnicos.

²¹⁹ DROMI, R. *Renegociación y Recon....* Op. Cit., p. 75.

²²⁰ Risk And Reward In PFI Contracts, Private Finance Panel, Technology or Obsolescence Risk, 1996, p. 14-15).

²²¹ BLANQUER, D. *Los contratos*Op. Cit., p. 756.

Finalmente, otros riesgos que se incluyen en los de construcción y terminación son los siguientes: el diseño de la obra, servicio o proyecto, cuando es propuesto por el sector privado. Este riesgo también puede ser analizado de manera particular. Cuando el mismo sea realizado por la Administración Pública, ésta es quien deberá especificar el proyecto que requiere, tal y como apunta Hernando Rydings en términos de producción, y el sector privado será entonces responsable de la prestación del servicio en los términos acordados²²².

Asimismo, se derivan de los riesgos en la construcción las condiciones del suelo y complicaciones meteorológicas dentro de ciertos parámetros; los materiales y la calidad de los trabajadores para desarrollar el proyecto. En este punto, habría que tomar en consideración si existe la necesidad de importar personal y material, así como las regulaciones o restricciones que puedan existir en las leyes laborales; la disponibilidad de infraestructuras y servicios necesarios para la ejecución del proyecto, como sería: electricidad, agua, carreteras, entre otros.

2.3.5 Riesgos legales

En la estructuración de proyectos de CPP existen ciertos aspectos legales o jurídicos que son críticos y requieren ser analizados, algunos previamente a la implementación de la CPP. Los principales riesgos en estos aspectos serían:

1. La elaboración adecuada del pliego de licitaciones, y la conducción, y normas de la licitación que permitiría realizar los acuerdos de CPP²²³.
2. Riesgos regulatorios derivados de la autoridad administrativa que otorgaría las autorizaciones correspondientes para poder realizar el proyecto, tales como autorizaciones medioambientales, uso de suelo, licencias (construcción, urbanísticas) que puedan aplicar, ente muchas otras más. Los riesgos por modificaciones regulatorias también pudieran incluirse en este de riesgo, como también en los riesgos políticos.

²²² HERNANDO RYDINGS, M. *La Colaboración ...*, Op. Cit., p. 83.

²²³ DELMON, J. *Projects in Infrastructure:...*, Op. Cit., p. 100.

Tal y como sostiene Maria Hernando Rydings, que este tipo de riesgo deberá tenerse muy en cuenta en aquellos proyectos que conlleven la ejecución de nuevas infraestructuras. No obstante, la experiencia ha demostrado que su transferencia al sector privado es realmente complicada lo que acaba determinando que el riesgo de que la petición de autorizaciones y permisos sea denegada se compartirá entre el órgano de contratación y el sector privado, de manera que si las autorizaciones finalmente no se obtienen, ambas partes correrán equitativamente con los costes en que hubieran incurrido²²⁴.

En esta cuestión el cumplimiento de las regulaciones medioambientales debe ser consideradas, ya que su costo en determinados proyectos puede ser significativo, por lo que requiere ser asignado, tal y como sostiene Delmon²²⁵. Los proyectos de infraestructura generalmente tienen un impacto importante en las comunidades locales y en la calidad de la vida y desarrollo de sus habitantes²²⁶.

3. El acceso a la justicia y los mecanismos de solución de controversia es una cuestión de importancia a regular en la primera fase de una CPP. Los mismos deben encontrarse debidamente identificados en el pliego de licitación. Idealmente, se recomienda el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, como sería la mediación y el arbitraje, ya sea este doméstico o internacional. En este mismo sentido, se encuentra el riesgo de ejecución de los posibles laudos arbitrales o decisiones judiciales en contra de la Administración Pública.

4. La estructura e ingeniería contractual de la CPP, son importante y vitales para que existan los derechos sobre los activos y garantías que se pudieran proveer u otorgar a los financistas del proyecto.

²²⁴ HERNANDO RYDINGS, M. *La Colaboración ...*, Op. Cit., p. 83.

²²⁵ IBÍD., p. 124.

²²⁶ Como indica Delmon se puede consultar Andres, Foster, Guasch, and Haven, *The Impact of Private Sector Participation in Infrastructure: Lights, Shadows, and the Road Ahead* (World Bank 2008); para ampliar sobre el impacto en comunidades de proyectos de agua y electricidad.

5. Otras cuestiones se encuentran relacionadas con aspectos legales y que generalmente se presentan en un proyecto de CPP, serían conflictos y reclamaciones de terrenos o propiedades en donde se ejecuta el proyecto. Esta cuestión ya ha sido tratada también en la parte de los riesgos de construcción.

6. Los riesgos por las relaciones laborales que se deriven de la CPP también deben ser analizados y asignados.

Como ya hemos dicho, los distintos tipos de riesgos que se pueden identificar en una determinada CPP dependerá del tipo de proyecto. Los presentados anteriormente corresponden a los que consideramos se presentan en casi todos los proyectos de CPP.

El ejercicio de la potestad de modificación o rescisión unilateral que tiene la Administración Pública y que generalmente se encuentra establecida en los ordenamientos jurídicos, es una cuestión de interés en proyectos de CPP. Ya había indicado anteriormente, que estas potestades en proyectos de CPP se ven matizadas. No obstante lo anterior, si se mantuviera esta posibilidad sin mayores garantías que las legales para el sector privado, implicaría un riesgo adicional que este sector no querría asumir. Entiendo que renunciar a una potestad sería cuestionable, ya que proviene del ordenamiento jurídico y no del acuerdo entre las partes. Ahora bien, la regulación adicional y acordada entre el sector público y privado para su ejercicio pudiera ser una alternativa.

2.3.6 Riesgos políticos

Este tipo de riesgos, por lo general suele ocurrir en contratos de larga duración, como ocurren en una CPP, pueden ser cubierto o asignado al socio público. Una cantidad de eventos pudiera ser incluida en esta categoría, siguiendo a Delmon²²⁷ señala que este tipo de eventos incluiría: eventos de guerra, expropiaciones, cambios de leyes o regulaciones, entre otros.

²²⁷ DELMON, J. *Projects in Infrastructure:...*, Op. Cit., p. 98 y siguientes.

No obstante lo anterior, se sostiene que los riesgos políticos no se encuentran limitados a eventos de guerra, terrorismo, violencias, entre otros. La definición que presenta Arve Thorvik me parece más amplia y actual, cuando señala que el riesgo político es “el riesgo de operar o invertir en un país donde cambios políticos puedan tener un efecto adverso en los beneficios. Esto concierne no solo a los países inestable políticamente, también en aquellos lugares que procedimientos democráticos puedan traer cambios de gobierno y un cambio de políticas negativas”²²⁸.

1. Los cambios de leyes o regulaciones, en particular el riesgo de cambios en normas específicas al sector envuelto en la CPP, financiamiento privado de proyectos públicos. También incluyen los cambios en los parámetros técnicos o regulatorios requeridos, como serían las autorizaciones o permisos administrativos, aspectos de importación, entre otros.

2. Los cambios políticos por elecciones y cambios de gobiernos estables a gobiernos hostiles para la CPP son riesgos que deben ser analizados y asignados. Asimismo, los movimientos sociales y manifestaciones en contra del gobierno o incluso del propio proyecto de CPP que puedan afectar la normalidad del proyecto deberían ser abarcados dentro de los riesgos políticos.

3. La expropiación del proyecto de CPP es un riesgo que debe ser identificado y cubierto. Es considerado un principio básico del derecho internacional que un Estado tiene el derecho de expropiar propiedades dentro de su territorio por utilidad pública, debe compensar a su propietario²²⁹. En este aspecto también se incluyen las expropiaciones indirectas que puede realizar un Estado.

4. Otro aspecto que se puede presentar como un riesgo tanto político como jurídico son las decisiones regulatorias que pueda ser adoptadas por el órgano regulador de un determinado sector que afecte la CPP y que difiera sustancialmente de los aspectos y acuerdos comerciales, de negocios o financieros establecidos en el contrato de CPP.

²²⁸ THORVIK, A. *Political risk in large projects on Risk and Energy Infrastructure*, editor DOMITROFF, T., Global Law and Business, 2011, p. 33.

²²⁹ DELMON, J. *Projects in Infrastructure:...*, Op. Cit., p. 99.

5. Los procedimientos o autorizaciones que debe obtener la autoridad pública para que sea válidamente ejecutable y vinculante un CPP. Es decir, si requiere que el determinado proyecto obtenga la autorización del Congreso Nacional. En otras palabras, que se cumplan todos los procedimientos y requisitos legales para que las obligaciones establecidas en la CPP sean vinculantes.

En definitiva, los riesgos políticos como afirma el profesor Pérez²³⁰ son relacionados predominantemente con disputas al sistema político institucional. Las disputas electorales, movimientos que generan presión social, intereses particulares en el Poder Legislativo y Ejecutivo que implican inestabilidad al contrato.

Finalmente, con respecto a este tipo de riesgos, a veces se señala que los paros y huelgas pudieran estar incluidos en el mismo. Sin embargo, una interesante decisión de la JCCA en su Informe de 31 de marzo de 2009 ha indicado que: “La conclusión que debe extraerse de ello es que las consecuencias de la huelga no deben ser soportadas por la entidad concedente sino por la concesionaria, toda vez que deben considerarse como un riesgo normal de la actividad empresarial”. Concuero con dicha decisión las huelgas no deberían ser riesgos políticos. Adicionalmente, creo que deberían ser soportadas por el sector privado, ya que pudiera afectar a todas las empresas privadas.

2.3.7 Riesgos de operación

Los riesgos de operación están vinculados a los niveles de operación del proyecto y los ingresos necesarios que tendría para pagar los costos de operación, repago de deuda e interés, así como alcanzar los niveles de rentabilidad esperados y que probablemente fueron establecidos en la TIR.

En el próximo capítulo desarrollaré el riesgo operacional derivado de las decisiones del TJUE, así como de la Directiva 2014/23/UE, indicando las implicaciones que tiene para

²³⁰ PEREZ, M. A. *O Risco...*, Op. Cit. p. 168.

proyectos de CPP. No obstante, en este apartado quisiera presentar algunas ideas generales de las implicaciones del riesgo de operación, sin entrar en las consideraciones e implicaciones del Derecho de la Unión Europea.

Sobre este aspecto, se ha señalado que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio²³¹.

Dentro de este riesgo, también se encuentran los de disponibilidad y demanda. Sobre este aspecto, indica el profesor Blaquer que los riesgos de disponibilidad, se encuentran vinculados a la cantidad máxima de pago teórico anual al efectivo cumplimiento de los estándares de cantidad y calidad de la puesta a disposición del bien o servicio que sea objeto de la prestación. Igualmente, se refiere a los estándares de calidad que satisface el bien o servicio que es objeto de la prestación²³².

Asimismo, Delmon señala que algunos riesgos que se hallan dentro de la operación se encuentran los defectos en el diseño, siempre que, agregaría yo, haya sido realizado por el sector privado. La disponibilidad de mano de obra y materiales y sus costos, cambios en los requerimientos de operación debido a modificaciones en la ley, regulaciones u otras circunstancias, mantenimiento adecuado del proyecto, costo de la sustitución de activos, mantenimiento principal, entre otros riesgos.

El riesgo de desempeño, que entiendo también estaría incluido en el riesgo de operación implica la incapacidad del proyecto u obra de prestar los servicios de la manera acordada. Esto contendría, por ejemplo: errores en el diseño, problemas ambientales que impiden el

²³¹ GIMENO FELIU, J. *Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP*, Op. Cit., p. 35.

²³² BLANQUER, D. *Los contratos*, Op. Cit., p. 756.

funcionamiento normal, el uso de la tecnología inapropiada, funcionamiento incorrecto de la obra, entre otros.

En adición, se encuentra también el riesgo del uso de la obra. Esto implica cualquier reducción o fallas en el uso de los servicios. También aquí entraría los riesgos de demanda. Como sería, por ejemplo, si menos personas utilizan el proyecto, esto pudiera ser causado por una reducción en la demanda, dificultades técnicas o prácticas. Por ello, las previsiones de futuras de demanda, costos y regulación son para el sector privado, al momento de presentar su propuesta.

Por ello, el sector privado al evaluar y proyectar la demanda y disponibilidad de los servicios que prestaría pudiera considerar lo siguiente: a) realizar una revisión de los históricos del consumo de dichos servicios o uso de la infraestructura; b) analizar el perfil de los usuarios para determinar su capacidad, así como un posible incremento en el uso del proyecto, y si sería capaz de influenciar la demanda de los mismos, aumentándolo; c) las tarifas actuales y las proyecciones hacia el alta o baja; d) evaluar las proyecciones y costos futuros de operación y mantenimiento del proyecto.

En ese sentido, el sector privado es generalmente más eficiente que el público en la distribución de los riesgos derivados de la operación de un proyecto. Los riesgos de demanda y disponibilidad serían soportados por el sector privado, a fin de asegurar que este sector se encuentre motivado a mejorar constantemente el proyecto e incluso realizar innovaciones, a fin de que se mantenga sus ingresos se incrementen y se mantenga o supere la TIR presentada en el proyecto.

El riesgo operacional también se encuentra vinculado a la disponibilidad que en palabras de Pérez Hualde se refiere a “los estándares o requisitos de la calidad en la infraestructura o de los respectivos servicios que son exigibles al concesionario de acuerdo con lo establecido en los términos del contrato”, y es muy común en los últimos tiempos que se le divorciara del riesgo operacional para reservarse la Administración el primero y transferir el segundo únicamente; todo ello debido a la crisis económica que limitaba las posibilidades de

asumirlo por parte del sector privado. Conceder solo los aspectos estándares de calidad fue una salida provisoria que ahora la directiva 2014/23 ha excluido de sus consideraciones²³³ .

Otro riesgo asociado a la operación y que se encuentra contenido en las nuevas disposiciones de la SEC 2010 es el riesgo del valor residual. Este riesgo comprende los riesgos derivados de que al concluir el contrato el activo residual sea inferior a su valor esperado. También esta relacionado con las posibilidades de utilización del activo, al finalizar el contrato, ya sea para el fin por el cual fue creado o la posibilidad de asumir otras funciones.

2.3.8 El riesgo de disponibilidad

El riesgo de disponibilidad se encuentra orientado a cubrir los estándares de calidad en la prestación de los servicios o en las infraestructuras de los distintos proyectos. Una cuestión que amerita análisis y que generará interesantes discusiones prácticas que probablemente requieran interpretación jurisprudencial es si este tipo de riesgo se encuentra incluido dentro del riesgo operacional. En el próximo capítulo se abundará más al respecto cuando se analice el riesgo operacional y su configuración en la Directiva 2014/23/UE.

En ese sentido, en esta parte solo quiero señalar igualmente, la discusión jurídica a raíz de la interpretación de si este tipo de riesgo abarca el riesgo de oferta o de suministro o si por el contrario son riesgos distintos. Sobre esta cuestión la profesora Lazo²³⁴ sostiene que como la Directiva 2014/23/UE establece que basta que se transfiera el riesgo de demanda o el de suministro para calificar un contrato como concesión, se abre la opción a configuraciones contractuales de concesiones basados sobre el riesgo de suministro, de allí la necesidad de clarificar con mayor precisión el contenido de dicho riesgo.

En consonancia a lo anterior, el presidente del Gobierno Español presentó el pasado mes de julio de 2017, el Plan Extraordinario de Inversión en Carreteras (PIC), basado en la colaboración público - privado, con la garantía de la financiación europea en las mejores

²³³ PÉREZ HUALDE, A. *Concesión de ...* Op. Cit. p. 125.

²³⁴ LAZO VITORIA, X. *El riesgo operacional como ...* Op. Cit., p. 534 y siguientes.

condiciones a través del BEI. Dicho plan tiene como objetivo completar los tramos de la red transeuropea de transporte pendientes; resolver los cuellos de botella existentes en la red actual de carreteras; mejorar y adaptar las principales autovías existentes a las exigencias de la nueva normativa en materia de siniestralidad, ruido y emisiones de CO₂, y asegurar la conservación de todos los proyectos que se realicen²³⁵.

Asimismo, se ha indicado respecto de este plan que incluirá fórmulas de pago por disponibilidad, un mecanismo que ya ha demostrado su éxito en Europa en la inversión de infraestructuras. Se trata de un modelo de financiación plenamente compartido por las empresas constructoras y concesionarias de infraestructuras, que según informe indica que: “(...) aquel vinculado directamente a la disponibilidad/calidad de la carretera y sus sostenibilidad en el largo plazo... ello, sin perjuicio de la conveniencia de que se mantenga un componente menor y marginal del pago ligado a la demanda”²³⁶.

2.4 La estabilidad del régimen de riesgos pactado y el equilibrio económico

La debida asignación de los riesgos que realicen las partes en un contrato o en la CPP es vinculante para ellas, ya que en definitiva se trata del ejercicio de la autonomía de la voluntad. En tal virtud, ni el sector público ni el privado pudieran debido a los cambios que puedan ocurrir luego de la asunción o distribución de los riesgos requerir la exención de los mismos.

En otras palabras, no pudiera ser sostenible jurídicamente, que ante la solicitud del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar. Así pues, el restablecimiento del equilibrio económico no implica en modo alguno modificación o atenuación respecto de las distribuciones de riesgos realizadas. Cada una tendrá la obligatoriedad de seguir asumiendo dicho riesgo, aun cuando por determinadas situaciones proceda reequilibrar el contrato.

²³⁵ Información extraída de la página de internet:

<http://www.lamoncloa.gOp.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mfom/Paginas/2018/020218-ejealicante.aspx>

²³⁶ Deloitte, Uría Menendez y Seopna. *Hacia un modelo eficiente de colaboración público-privada*. Febrero, 2017, p. 58, citado por LAZO VITORIA, X. *El riesgo operacional como ...* Op. Cit., p. 543.

Los pliegos de condiciones deben contribuir a fortalecer el proceso de asignación de riesgos. El mismo juega un papel fundamental respecto de la racionalización de la distribución de las contingencias, que es en definitiva lo que se busca con la asignación de los riesgos. Así pues, se sostiene que los pliegos deben objetivizar los límites máximos de riesgo que debe soportar estoicamente el concesionario que gestiona el servicio público. Por ello, el pliego debería identificar con criterios objetivos, y a ser posible numéricos, el punto a partir del cual desaparece la base objetiva del negocio jurídico, y resulta exigible que la Administración restablezca el equilibrio económico de la concesión²³⁷.

Al respecto, la STS de 27 de febrero de 2001 señaló que: “(...) existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, a partir de su perfeccionamiento, que deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, y a cuyo tenor las condiciones jurídicas, técnicas y económicas solo podrán modificarse mediante nueva licitación, salvo las excepciones admitidas, que son eso, excepciones, a un régimen general de mantenimiento de aquellas, y que, en cuanto tales, exigen una interpretación restrictiva cuyas únicas salvedades vienen constituidas porque haya sido inicialmente previstas, o porque ocasionen una ruptura del equilibrio económico financiero claramente acreditada, o porque resulte evidentemente producida por la supervivencia de hechos que lo alteren en perjuicio para una de las partes contratantes y en consiguiente beneficio para otra, incidiendo así en el ámbito de lo que puede incluirse bajo el concepto del enriquecimiento injusto que exige que ocurran con este un correlativo empobrecimiento a costa de una de las partes y la ausencia de una causa legalmente prevista que, en su caso, lo admita bajo alguna modalidad y para algún supuesto previsto”.

Cada proyecto de CPP regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos relativos al mismo, según sus necesidades y naturaleza, el cual se encuentra diseñado para cumplir el objetivo del proyecto y beneficiar a la colectividad. Por esa razón, el sector privado al asumir los riesgos que han sido distribuidos contractualmente, debe cumplir con ellos, y solo cuando intervenga riesgos imprevisibles con todas sus características sería

²³⁷ BLANQUER, D. *Los contratos* Op. cit., p. 1060.

compensado por la teoría del riesgo imprevisible o imprevisión, pero ello no implica que se revise o se reasigne nuevamente los riesgos ya asumidos. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato no implica en modo alguno la readecuación de la asignación o distribución de los riesgos. Lo anterior solo implica y motiva a realizar un análisis coherente y razonado de la asignación de los riesgos que se realizará, para que tanto el sector público y privado se encuentre consciente y asuma con responsabilidad los riesgos que haya asumido contractualmente, sin pretender a posteriori cambios en ese sentido.

Esto implica en definitiva, fortalecer la seguridad jurídica, la previsibilidad y certidumbre sobre el alcance de los riesgos asumidos por el sector privado en un proyecto de CPP. Sin la existencia, de que existan reglas claras y garantías al respecto, sería un desincentivo para el empresariado invertir y arriesgar grandes recursos económicos en proyectos de CPP, que pueden ser, entre otras obras de infraestructura y gestión de servicios públicos.

Como ya he indicado, la cuestión del equilibrio económico en los riesgos asumidos es importante, ya que impacta particularmente sobre proyectos de CPP. En ese sentido, entiendo que si bien no se debería renegociar el régimen de riesgos pactado, se debería equilibrar el contrato cuando los riesgos asumidos han sobrepasado los parámetros asumidos o ha surgido cuestiones imprevistas que han desequilibrado sustancialmente la relación contractual.

Por ejemplo, en economías como la de República Dominicana es habitual que el sector privado asuma el riesgo cambiario. Ahora bien, esa asunción del riesgo cambiario se debe hacer dentro de unos parámetros de razonabilidad y previsibilidad que deberían estar debidamente documentados. Si se produce una hiperinflación que no podía ser prevista, entiendo que se activarían los mecanismos o técnica de equilibrio. Si la Administración Pública pretendiera que el contrato se ejecuta tal cual, no perjudicaría necesariamente al sector privado, sino en definitiva a los particulares, ya que no podrán recibir servicios u obras de una calidad esperada, razonable o pactada.

Es más, una conducta de esa naturaleza pudiera entrar en conflicto con el deber de ejecución de buena fe²³⁸ de todo contrato que por supuesto incluye el público. En adición a lo anterior, en la contratación pública subsiste un deber de colaboración entre ambas partes con el objetivo de satisfacer las necesidades públicas del determinado contrato, proyecto de CPP o servicio público.

Por ello, me parece interesante incorporar conceptos de análisis económico del derecho, así como la teoría de los contratos incompletos a este análisis. Sobre este punto comentaré con mayor detalle en el capítulo IV relativos a los mecanismos de asignación de riesgos. Por lo pronto, reiterar, tal y como he planteado anteriormente sobre el equilibrio económico, que la doctrina se cuestiona cuál es el equilibrio a sostener en posibles adecuaciones del equilibrio económico o renegociaciones.

Como indica Pérez Hualde²³⁹ comentando sobre los contratos incompletos que es posible plantearse como objetivo el mantenimiento de aquel equilibrio logrado al instante inicial de contratación, pues resulta muy relevante si el origen que tuvo la contratación fue de carácter licitatorio –como sistema de sostenimiento del principio de igualdad- no siempre es posible determinarlo con precisión, pues son numerosas las variables que pueden afectar aquella situación originaria. Continúa indicando que el equilibrio a sostener será aquel necesario para asegurar la continuidad de la prestación en el tiempo en que se analiza; sobre todo si se trata de un servicio público en ejecución.

Concluye indicando que el equilibrio del contrato debe ser actual, concreto –no teórico-, verificable, sostenible desde el punto de vista financiero para que se garantice realmente la continuidad del servicio público –si de ese contrato se tratara- o la seguridad del suministro,

²³⁸ Artículos 1134 y 1135 del Código Civil Dominicano: “Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que estén autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe”. Art. 1135: “Las convenciones obligan, no solo a lo que se expresa en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza”.

El artículo 1258 del Código Civil Español: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

²³⁹ HUALDE, A. *Los Contratos Públicos “Incompletos”*... Op. Cit., España, 2017.

si ese fuera el caso. Extrapolando el tema a la cuestión de los riesgos, cuando haya que readecuar o equilibrar el contrato porque el riesgo asumido ha resultado extraordinario o imprevisible se debe adecuar el mismo efectivamente, en aras de la continuidad y satisfacción del interés público y para el bienestar de los ciudadanos.

Luego de analizado los principales riesgos en proyectos de CPP, se estudiará en el próximo capítulo la conceptualización del riesgo operacional por el Derecho de la Unión Europea y sus implicaciones prácticas para proyectos de CPP.

CAPÍTULO III: EL RIESGO OPERACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA 2014/23/UE Y LOS RIESGOS EN EL ANTEPROYECTO DE APP EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.

3.1 Cuestiones preliminares

La CPP no sólo presenta oportunidades para desarrollar proyectos de relevancia que serían de difícil ejecución bajo la ingeniería tradicional de las concesiones y que se traducen en beneficio para las personas, sino que también pudiera presentar oportunidades financieras – presupuestarias al sector público, y que éste pueda desarrollar otros proyectos para combatir la pobreza, por lo menos en países en vías de desarrollo.

La Directiva 23/2014/UE de fecha 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, publicada en DOUE que deberá transponerse en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros incorpora un elemento diferenciador de los contratos de concesión que también aplica a la CPP: el riesgo operacional.

En ese contexto, resulta esencial una correcta interpretación de ese nuevo concepto. Como se ya decía, la determinación conceptual no es una cuestión teórica. Tiene implicaciones prácticas, que pudiera dificultar la aplicación o no de proyectos de CPP. En ese sentido, el riesgo operacional, tal y como es propuesto en la Directiva 23/2014/UE se distingue por su complejidad jurídica y dificultad técnica, lo que implica necesariamente diversas interpretaciones jurídicas.

Este concepto que bien pudiera ser disfuncional para proyectos de CPP, debido a la incertidumbre e inseguridad que pudiera generar al sector privado. En este capítulo, me concentraré en la definición y conceptualización del riesgo operacional y su impacto en la CPP, obviando las distinciones que realiza la Directiva 23/2014/UE de entre contratos públicos y contratos de concesión y el riesgo operacional.

Así pues, los Estados miembros al trasponer esa Directiva deberá tomar en consideración los efectos que pudiera tener dicho concepto en proyectos de CPP o si optan, como hasta el momento ha sido, no realizar ninguna diferenciación estructural entre las concesiones y la CPP.

Por otro lado, el tema de la contabilización de proyectos de CPP se encuentra íntimamente relacionado con los riesgos, en especial el operacional. Por ello, se analizará en este capítulo las disposiciones relativas a la contabilización de este tipo de proyectos en la Unión Europea.

Mi interés en este capítulo es poder presentar un análisis conceptual del riesgo operacional, tomando como punto de partida las decisiones adoptadas por el TJUE que hicieron referencia a los riesgos, para luego exponer el concepto de riesgo operacional en la Directiva 23/2014/UE, y analizar el impacto que pudiera tener la nueva concepción en proyectos de CPP. Finalmente, se estudiará las principales disposiciones que inciden en la contabilización de proyectos de CPP.

Al enmarcarse este trabajo dentro del ámbito del estudio iberoamericano de derecho administrativo, es importante realizar referencia a otros ordenamientos jurídicos. En ese sentido, se analizarían los temas señalados anteriormente tomando como parámetro la República Dominicana y algunas referencias de Colombia.

3.2 El concepto de riesgo operacional por el TJUE previo a la Directiva 2014/23/UE

El TJUE juega un papel fundamental para garantizar la aplicación efectiva y homogénea de las normativas de la Unión Europea y evitar interpretaciones discordantes. Ese rol, quizás desconocido para algunos en Iberoamérica, ante la inexistencia de un tribunal con esas características, en especial sobre las cuestiones prejudiciales, en donde a veces los jueces nacionales pueden, y otras tienen la obligación de dirigirse al TJUE para que se clarifique la interpretación del Derecho de la Unión Europea, a fin de poder, entre otras cosas, comprobar la conformidad de la normativa nacional con ese Derecho.

Pues bien, dentro de esas funciones el TJUE tuvo una participación esencial en la interpretación y conceptualización del riesgo operacional que hoy día se encuentra incorporado en la Directiva 2014/23/UE. En ese sentido, a continuación, presentaré algunas de las decisiones de mayor importancia en respecto de la referencia que realizó el TJUE sobre los riesgos y su incidencia para determinar la diferencia entre contratos públicos y concesiones.

Quizás una de las primeras decisiones del TJUE que inicio la discusión entre las diferencias entre la concesión y contratos de servicios. Se trata de la STJUE de fecha 26 de abril de 1994, asunto C-272/91²⁴⁰, que en su considerando 24 sostuvo que: “Como se desprende de los apartados 7 a 11 de la presente sentencia, la introducción del sistema de automatización controvertido no implica ninguna transferencia de responsabilidades al concesionario por lo que se refiere a las distintas operaciones inherentes al juego de la lotería. Por otra parte, consta que el contrato público controvertido tiene por objeto el suministro de un sistema de automatización integrado, que comprende, en particular, el suministro de ciertos bienes a la Administración”.

El considerando 32 señaló: “En efecto, como se desprende de los apartados 7 a 11 de la presente sentencia, la organización del juego de la lotería no se transfiere al concesionario,

²⁴⁰ Comisión Europea Vs. República de Italia.

cuya tarea se limita a actividades de carácter técnico vinculadas con la puesta en práctica y la gestión del sistema de automatización. Esas actividades consisten, por una parte, en la prestación de servicios a la Administración pública y, por otra parte, en la entrega de determinados bienes a ésta”.

Como se puede notar, el fundamento esencial para calificar el contrato como servicios, en vez de una concesión fue la falta de transferencia de responsabilidades, que sería hoy día, la falta de transferencia de riesgos. Tal y como lo señalaba la profesora Mercedes Fuertes²⁴¹ esa falta de transferencia de cualquier responsabilidad o riesgo, como criterio fundamental se repetirá en decisiones posteriores del TJUE, como se expondrá más adelante.

La STJUE de fecha 13 de octubre de 2005, asunto C-458/05²⁴² en su considerando 40 señala que: “En cambio, en la situación a que se refiere la primera cuestión, la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos”.

Esta es una de las decisiones que expresa con mayor contundencia la necesidad de la existencia de una asunción del riesgo de explotación como característica de las concesiones de servicios públicos. Es por así decirlo, el nacimiento del riesgo operacional, conjuntamente con otras decisiones que indicaremos a continuación. Igualmente, dicha aseveración se reiterará casi en las decisiones de relevancia respecto de dicha diferenciación.

En ese mismo sentido, se reitera dicha doctrina en la STJUE de fecha 15 de octubre de 2009, asunto C-196-08²⁴³ que en su considerando 39 indica que: “La diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación del servicio (véase en particular la sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha,

²⁴¹ FUERTES LÓPEZ, M. *Los riesgos...*, Op. Cit., p.205.

²⁴² Parking Brixen GmbH Vs. Municipio de Brixen.

²⁴³ Acoset Vs. Conferencia de Alcaldes y del Presidente de la Provincia Regional de Ragusa.

C-206/08, Rec. p. I-0000, apartado 51). En un «contrato público de servicios» en el sentido de las Directivas 2004/18 y 2004/17, la contrapartida es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del servicio (véase en particular la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartado 39). Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate (véanse, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, C-437/07, apartados 29 y 31, y la sentencia WAZV Gotha, antes citada, apartados 59 y 68)”. Como se puede notar el carácter diferenciador es el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate.

Por otro lado, la STJUE de fecha 10 de septiembre de 2009, asunto 206-08²⁴⁴, es quizás la decisión que con mayor detenimiento expone y detalla los riesgos de explotación, que antecede al riesgo operacional. En ese sentido, en los siguientes considerandos de dicha decisión se detalla el análisis realizado por el Tribunal. Veamos:

“59. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas).

66. A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.

67. Si la entidad adjudicadora sigue soportando la totalidad del riesgo sin exponer al prestatario a las incertidumbres del mercado, la atribución de la explotación del servicio requerirá la aplicación de las formalidades previstas por la Directiva 2004/14 para proteger la transparencia y la competencia.

²⁴⁴ WAZV Gotha Vs. Eurawasser.

68. Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, antes citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, antes citada, apartado 30 y 32 a 35). Tal como se afirma en el apartado 51 de la presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

70. Ahora bien, según algunas de las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable.

77. En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.

78. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la entidad adjudicadora ha transferido la totalidad o una parte significativa del riesgo que corre”.

De dichas consideraciones entiendo se colige lo siguiente: a) para que exista concesión de servicios el prestador debe asumir el riesgo de explotación; b) el riesgo es inherente a la explotación económica; c) si no existe una transmisión de riesgos al prestatario, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios y no una concesión²⁴⁵; d) es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable; e) si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que

²⁴⁵ En ese mismo sentido, se ha pronunciado el TJUE en su sentencia de fecha 13 de noviembre de 2008, asunto C-437/07. Ver considerandos 28-30.

corre para que se considere que existe una concesión de servicios; y finalmente, f) corresponderá al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la entidad adjudicadora ha transferido la totalidad o una parte significativa del riesgo que corre.

Nótese que hasta ese momento las decisiones del TJUE no hacían referencia al riesgo operacional que hoy día se incorpora en la Directiva 23/2014/UE. Por ello, es que entiendo que la referencia a este riesgo de explotación es la pre-concepción del riesgo operacional. Por otro lado, otra cuestión a resaltar es el hecho de que las decisiones hacían referencia a la transferencia de al menos una parte significativa del riesgo, lo que implicaba que en ese momento interpretativo no era obligatorio la transferencia total de los riesgos.

Sobre esta decisión, en el trabajo realizado por la profesora Fuertes López²⁴⁶ indica que el punto principal del conflicto es el entendimiento del concepto de riesgo. Es decir, si se sería el mismo que existe en el mercado; si tiene matices; si ha de ser completamente traspasado al sector privado; si podría ser limitado bajo determinadas circunstancias o sectores. En ese mismo análisis, plantea entre otras cosas que la posición del TJUE estableciendo que existen sectores en donde la regulación puede limitar riesgos económicos a los que podrían quedar expuestas las empresas.

La doctrina del TJUE expuesta anteriormente se vuelve a confirmar en la STJUE de fecha 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09²⁴⁷ establece en su considerando 37 que: “A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C 234/03, Rec. p. I 9315, apartado 22, y Hans &

²⁴⁶ FUERTES LÓPEZ, M. *Los riesgos del riesgo...*, Op. Cit., p.216-217.

²⁴⁷ Stadler Vs. Mancomunidad de Municipios de Passau.

Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74).

38. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de la calificar un contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier tipo de contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios”.

De esta decisión entiendo importante rescatar que es una de las primeras que se detiene a analizar las distintas características o sub-riesgos que se encuentran dentro del riesgo de explotación, como son el de exposición a las incertidumbres del mercado, de enfrentarse a la competencia de otros operadores, de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, la insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Al respecto, considero que todos esos elementos señalados por el Tribunal de Justicia forman parte del riesgo operacional.

Por último, la STJUE de fecha 10 de noviembre de 2011, asunto C-348/10²⁴⁸, señala que: “45. (...) la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (en este sentido véase, en particular, la sentencia *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, antes citada, apartado 29).

48. El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser*, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de

²⁴⁸ Norma-A Vs. Dekom y Consejo Regional Ludza.

responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véase, en este sentido, la sentencia *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, antes citada, apartado 37).

49. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (sentencia *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, antes citada, apartado 38).

50. Si bien, como se ha indicado en el apartado 45 de la presente sentencia, el riesgo económico vinculado a la explotación del servicio puede ser muy limitado desde el primer momento debido a la configuración jurídico pública del servicio, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación que corre.

51. Pues bien, según los datos proporcionados por el tribunal remitente, la normativa aplicable en el procedimiento principal establece que la entidad adjudicadora debe compensar al prestador del servicio las pérdidas derivadas de explotación y, además, debido a las normas de Derecho público y a las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, el prestador no asume «una parte significativa del riesgo de explotación».

En esta decisión, se reitera la doctrina del TJUE respecto de la necesidad de que el sector privado asuma una parte significativa del riesgo de explotación para calificar el contrato como concesión. Es dable considerar, que siendo la concesión una de las formas más utilizadas de colaboración público-privada, la asunción significativa del riesgo de explotación u operacional juega por igual un papel fundamental en los proyectos de CPP. Es tanto así, que en otras jurisdicciones que tienen una legislación especial para proyectos bajo esta modalidad de CPP, existe toda una normativa expresa sobre la distribución de riesgos, tal es el caso de Colombia, así como el anteproyecto de ley APP de República Dominicana.

También ocurre lo propio en Perú, pero en su Ley de Contrataciones del Estado²⁴⁹ respecto de los riesgos previsibles.

En definitiva, me parece que se puede sostener que en una primera etapa, no se hacía referencia expresa al riesgo operacional, sino más bien al riesgo de explotación²⁵⁰, estableciéndose que el sector privado debía asumir una parte significativa de los mismos, pero no su totalidad.

3.3 El riesgo operacional en la Directiva 2014/23/UE

En esta sección se presentará como el legislador comunitario ha configurado el riesgo operacional. A continuación, analizaré los considerandos de la Directiva 2014/23/UE, que son de vital importancia para entender mejor la conceptualización realizada en el cuerpo de la directiva.

El considerando (18) de la Directiva 2014/23/UE establece las principales características de la definición y conceptualización del riesgo operacional. En primer término, la Directiva señala que unas de las principales dificultades de la interpretación de los conceptos de concesión y contrato público están relacionada al concepto de riesgo operacional, al señalar que: “Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo

²⁴⁹ El artículo 32 de la Ley de Contrataciones del Estado No. 30225, artículo modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo No. 1341, publicado el 07 enero 2017, el mismo que entrará en vigencia a los quince (15) días contados a partir de la publicación de las modificaciones al reglamento a que hace referencia la Primera Disposición Complementaria Final, cuyo texto es el siguiente: “(...) 32.2 En los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación. Dicho análisis forma parte del expediente técnico y se realizará conforme a las directivas que se emitan para tal efecto, según los criterios establecidos en el reglamento (...)”.

²⁵⁰ En España hasta ese momento, la principal referencia también era a riesgos de explotación y no operacional. Como ejemplo se puede citar la Resolución de 17 de febrero de 2014, núm. 32/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid que indicó: “El concepto de riesgo de explotación económica del servicio se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las incertidumbres del mercado por nuevas tendencias de éste o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación”.

tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional.

La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador”. (Énfasis añadido)

De esta primera consideración, se desprende que existe una relación fundamental entre el riesgo operacional y los aspectos económicos en la CPP o concesión, que impliquen que el sector privado no pueda recuperar las inversiones realizadas ni pueda cubrir los costos incurridos para explorar las obras o servicios, siempre que existan condiciones normales de funcionamiento. Así pues, una de las primeras características del riesgo operacional será que no puede existir normas o disposiciones contractuales en un proyecto de CPP que alivien o garanticen las posibles pérdidas que pueda existir en una operación de CPP derivado del riesgo operacional.

Por otro lado, cuando en los considerados de la Directiva 2014/23/UE se hace referencia a la característica principal de una concesión o CPP, implicando que siempre se transferirá al sector privado un riesgo operacional, se configura, una ampliación respecto de la concepción que había realizado el TJUE sobre el riesgo de explotación, ya que éste último, como he presentado anteriormente, hacía referencia básicamente a que el sector privado asuma una parte significativa o sustancial del riesgo de explotación, pero no necesariamente una transferencia total, como pareciera implicar el considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE. Me parece que esta cuestión no deja de ser trascendente y pudiera acarrear futuros problemas interpretativos en la medida que se realicen proyectos de CPP y no necesariamente puedan cubrir ese criterio al ser eliminado el calificativo de sustancial.

En ese mismo sentido, cuando la Directiva 2014/23/UE utiliza el adjetivo de “operacional de carácter económico” implica, tal y como afirma el profesor García Rubio²⁵¹ que excluye la hipótesis de que el concesionario deba soportar todos los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo de un proyecto de CPP o contrato de concesión.

Por otro lado, la parte in fine del mismo considerando (18) de la Directiva 2014/23/UE señala que: “La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios”.

Si bien comparto la consideración anterior del legislador comunitario, en el sentido de que la Administración Pública no puede ni debe garantizar ningún tipo de ingreso al sector privado con el objetivo de aliviar posibles pérdidas de las inversiones realizadas como consecuencias de los riesgos asumidos por éste, me ocupa que pueda mal interpretarse que el sector privado no pueda beneficiarse de compensaciones derivadas del equilibrio económico. Mi parecer, es que aun asumiendo ciertos riesgos existe y persiste un equilibrio económico del proyecto o CPP, tal y como desarrollaré al respecto más adelante. Pero además, también cabría la posibilidad de que una Administración Pública dentro de la configuración del proyecto de CPP o concesión pueda establecer ingresos fijos, siempre que los mismos no sean de importancia o sustanciales.

²⁵¹ GARCÍA RUBIO, F. *La Directiva de concesiones y su impacto sobre la contratación local en España*. Artículo publicado en <http://laadministracionaldia.inap.es>, en fecha 6 de febrero de 2015.

En adición, el artículo 18²⁵² de la Directiva 2014/23/UE establece que la concesión o los proyectos CPP no podrán exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas más un rendimiento sobre el capital invertido, con lo cual implica que existe una ecuación económica inicial del proyecto que le permite al sector privado tener una rentabilidad o TIR. Esto es lógico, ya que de lo contrario no realizarían la inversión. Lo importante a tener claro es que al tratarse de un proyecto puede ser que no se configuren los elementos inicialmente pactados que permita que se genere la TIR proyectada. Ahí radica entonces el riesgo operacional.

Es por ello, que entiendo que la Directiva 2014/23/UE, aún sin definirlo expresamente permite la ocurrencia de un riesgo imprevisible para la modificación del contrato, que necesariamente tendría que readecuar las condiciones económicas asumidas por las partes, si se produjeran circunstancias y hechos imprevisibles.

En ese sentido, establece el considerando 76 lo siguiente: “Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras pueden encontrarse con circunstancias exteriores que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución de la concesión se extiende durante un largo período de tiempo. En este caso se necesita un cierto grado de flexibilidad para adaptar la concesión a las nuevas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. Ahora bien, esto no puede aplicarse en los casos en que la modificación acarrea una alteración de la naturaleza del conjunto de la concesión, por ejemplo, si se sustituyen las obras que deban ejecutarse o los servicios que deban prestarse

²⁵² El artículo 18 numeral 2 de la 2014/23/UE establece que: “Para las concesiones que duran más de cinco años, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos”.

por otros diferentes o si se modifica de forma fundamental el tipo de la concesión ya que, en ese caso, puede presumirse una hipotética influencia en los resultados. En el caso de las concesiones adjudicadas a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor que no resulte en un nuevo procedimiento de adjudicación no debe superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no deben tener por objetivo el de eludir lo dispuesto en la presente Directiva”. Sobre este punto entiendo que el ejercicio de la modificación pudiera acarrear también ajustes económicos derivados del riesgo imprevisible en concesiones o proyectos de CPP.

Por otra parte, el considerando (19) señala que: “Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva. El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor”.

Del anterior considerando se puede extraer, cuando no se estará en presencia de una concesión o un proyecto de CPP. Al mismo tiempo indica que ante la existencia de límites del riesgo no impedirá que el contrato se considere una concesión o que puedan existir proyectos de CPP, en donde su ingeniería y estructura de riesgo implica algún tipo de limitación. Así que, interpreto que es posible contractualmente, así como por cuestiones regulatorias limitaciones al riesgo operacional o los otros riesgos que inciden en un proyecto de CPP.

Al principio pudiera parecer una contradicción con el considerando 18 respecto a la transferencia, que parecería fuera total, aunque entiendo no existe tal contradicción, sino una búsqueda de posibilitar o configurar el riesgo operacional y posibles límites y excepciones, como sería la fuerza mayor. Ahora bien, me parece que la redacción no logra su cometido, pudiendo haber tenido el legislador comunitario una oportunidad para realizar distinciones y armonizar un concepto del riesgo operacional que generase menos traumas prácticos.

Por otra parte, el considerando (20) señala que: “Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro.

Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.”

Como se puede observar en esta consideración, se trata de precisar con mayor agudeza el riesgo operacional indicando y estableciendo situaciones concretas. Así se delimita al puntualizar que un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes, excluyendo de dicho concepto aquellos riesgos inherentes a cualquier tipo de contrato para efectos de clasificar la operación como concesión.

La parte donde se efectúa mayor precisión del concepto de riesgo operacional es cuando señala que debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, es decir, a los altos y bajos que puedan existir en un determinado momento, ya sea respecto a la demanda del bien o servicio, así como a la dificultad que se pueda presentar respecto del suministro. En otras palabras, el hecho de que las proyecciones estimadas para prestación de los servicios no se ajusten a la demanda real. Finalmente, establece elementos objetivos para la evaluación del riesgo operacional, estableciendo que se puede considerar el valor actual neto de todas las inversiones, costos e ingresos.

Ahora bien, este considerando trata de generar más claridad, pero incorpora otros aspectos y conceptos que al día de hoy no están del todo claro. Me refiero a las referencias al riesgo de suministro. Al respecto indica Valcárcel Fernández haciendo referencia al considerando 20 que: “(...) parecen emplearse las referencias al <riesgo de oferta> y al <riesgo de suministro> como expresiones sinónimas. Lo segundo que llama la atención es que se excluye toda referencia al denominado <riesgo de disponibilidad> en el que hasta la promulgación de esta Directiva sí se insistía desde las instancias comunitarias considerándose elemento que podía integrar el riesgo operacional. Hasta el punto de que al mismo se aludía en los documentos preparatorios de la Directiva hasta bien avanzado su proceso de aprobación como uno de los riesgos a través de los que podía transferirse el riesgo operacional”²⁵³.

Finalmente, la última referencia al riesgo operacional en las consideraciones de la Directiva 2014/23/UE se encuentra en el considerando 52 cuando indica que: “(...) Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”. Este considerando pretende realizar un análisis y una justificación respecto del tiempo por el cual se adjudique una concesión o un proyecto de CPP. En ese sentido, se concluye que el tiempo debe ser menor al necesario para recuperar las inversiones sin que se elimine completamente el riesgo operacional.

²⁵³ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. *La delimitación de los tipos*, Op. Cit., p. 439.

La recuperación de las inversiones implica también que se obtenga un beneficio sobre el capital invertido. Si esto no fuera posible, no resultaría razonable que el sector privado invierta un capital para solamente recuperar su inversión. El tiempo debe ser lo suficiente para que permita la obtención de un beneficio, asumiendo los riesgos, especialmente el operacional, que impliquen la determinada concesión o la CPP. Asimismo, considera las inclusiones que debe mínimamente existir, estableciendo las inclusiones de inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, tales como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales.

En este sentido, se puede rescatar lo planteado por el profesor Rodríguez-Arana respecto de la prórroga en las concesiones cuando indicaba que en las concesiones de servicios públicos, el principio de continuidad y la necesidad de amortizar las inversiones de capital necesarias pueden aconsejar, con una prudencia, una utilización de “excepcional normalidad” de las prórrogas, de acuerdo, claro está, con el principio de proporcionalidad, o en otras formas de gestión de servicios públicos, sólo será operativa en la medida en que las reclame la exigencia del interés general²⁵⁴.

Con respecto al contenido de la Directiva 2014/23/UE, de manera expresa el artículo 5 sobre las definiciones establece que: “La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

²⁵⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *La prórroga en los contratos administrativos*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1988, p. 171.

Con esta disposición se deja formalmente instaurada la figura del riesgo operacional en las concesiones, incluyendo la CPP en el Derecho de la Unión Europea. La exposición del legislador europeo en las consideraciones transcritas anteriormente servirán de análisis a la aplicación práctica del riesgo operacional.

Me parece que la interpretación de la aplicación práctica respecto de la asunción o no del riesgo operacional devendrá en una cuestión de interesantes debates doctrinarios, cuando se produzcan las primeras decisiones del TJUE analizando la cuestión de cuando se ha asumido efectivamente un riesgo operacional. Otro elemento que considero puede ser muy debatido será la aplicación de las técnicas de equilibrio económico en las concesiones y la CPP y su impacto o influencia en el riesgo operacional. De todas maneras, mientras se producen esas decisiones y se genera esos debates doctrinarios, entiendo que de las decisiones del TJUE sobre el riesgo de explotación, las consideraciones del legislador comunitario y el contenido expreso del artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE, el riesgo operacional implicaría básicamente lo siguiente:

1. Exposición real a las incertidumbres del mercado, que implique la posibilidad de pérdidas sobre las inversiones realizadas;
2. Este riesgo escapa al control o manejo de las partes y conlleva básicamente una referencia al aspecto económico;
3. Desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios o uso de las estructuras;
4. Que no existan garantías que, en condiciones normales de funcionamiento, se vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costos para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión.

Lo anterior puede ser resumido en palabras de Valcárcel que: “la filosofía que subyace a la Directiva puede sintetizarse diciendo que lo que exige es que el concesionario no tenga asegurado el retorno de las inversiones que debe realizar para ejecutar el contrato que se le adjudica”²⁵⁵.

²⁵⁵ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. *La delimitación de los tipos contractuales ...*, Op. Cit., p. 442.

3.3.1 Principales características del riesgo operacional conforme a la Directiva 2014/23/UE

Partiendo de lo que se ha expuesto anteriormente y de la conceptualización establecida en la Directiva 2014/23/UE se pudiera rescatar las principales características del riesgo operacional, las cuales conforme a mi criterio serían las siguientes:

i. Económico

La principal característica del riesgo operacional es su carácter económico, tal y como indica el considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE, cuando señala que *supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados*. Esto implica una exposición real a las incertidumbres del mercado, que puede significar materialmente las pérdidas sobre las inversiones realizadas.

La relación económica del riesgo operacional ha sido generalmente avalada por la doctrina. Al respecto, se ha comentado casi siempre en los distintos artículos académicos sobre el riesgo operacional. La profesora Lazo, el riesgo operacional es económico porque el concesionario puede no recuperar las inversiones ni cubrir los costes que haya realizado. Por tanto, junto a la expectativa de ganancias también existe el riesgo de pérdidas derivadas de la explotación de la obra o del servicio ²⁵⁶.

Asimismo, esta característica económica del riesgo operacional impide que existan garantías que, en condiciones normales de funcionamiento, se vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costos para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión o de un proyecto de CPP. Esto no quiere decir que la Administración Pública no pueda realizar compensaciones o pagos directos por el proyecto de CPP o concesión. La dificultad se presentará en determinar si las mismas serían una garantía que evite una

²⁵⁶ LAZO VITORIA, X. *El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión*. En el libro *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Director GIMENO FELIU, J. M. Thomson Reuters, España, 2018, p. 523.

verdadera exposición a los riesgos económicos del proyecto. Para ello, deberá analizarse la configuración del proyecto y el mecanismo de retribución al sector privado.

Aun cuando la Directiva 2014/23/UE no desarrolla concretamente las distintas implicaciones del riesgo operacional, el TJUE ha ido desencadenando algunos de sus competentes en diversas decisiones algunas de las cuales han sido analizadas en este trabajo como son los casos de Contse y otros, C-234 de fecha 27 de octubre de 2005, Privater Rettungsdiensts, C-274/09, de fecha 10 de marzo de 2011.

En ese sentido, señala la profesora Lazo²⁵⁷ que el riesgo de explotación económica puede traducirse en: a) el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores; b) el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios; c) el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados; d) el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación; y e) el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

ii. Sustancial

La Directiva 2014/23/UE eliminó la referencia a la sustancialidad del riesgo operacional, a diferencia de lo que ocurría en el proyecto de directiva que hacía referencia a dicho adjetivo y que había sido indicado también en las jurisprudencias del TJUE. Si bien esa eliminación no implica que se deba transferir la totalidad de los riesgos, genera una incertidumbre respecto cuánto riesgo operacional se debe transferir. Se requiere el 50%, 70%, 90%?

La situación transitará en lo adelante, en determinar cuánto riesgo equivale a ser sustancial. Será una cuestión de cuantificación y de cómo se determina la misma. Para ello, se deberán tomar en consideración los precedentes del STJUE que he analizado previamente, como serían el caso Norma – A Vs. Dekom y Consejo Regional Ludza, entre otros. De todas maneras, determinar la sustancialidad es una cuestión casuística que dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. No puede existir una fórmula sacramental que sirva

²⁵⁷ LAZO VITORIA, X. *El contrato de concesión de servicios*. En el libro *Tratado de Contratos del Sector Público*. Directores GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CORCOLES, I. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2018, p. 2582.

de manera genérica la determinación de si el riesgo operacional asumido por el sector privado es sustancial.

Tal y como indica la profesora Lazo²⁵⁸, en el ámbito español existen resoluciones de los TARC y dictámenes de los órganos consultivos que han realizado análisis sobre el *quantum* del riesgo operacional asumido. Previamente, he hecho referencia a algunas de estas resoluciones cuando analizaba el riesgo de demanda.

De todas maneras, me parece importante destacar algunas otras sobre este aspecto neurálgico sobre la asignación del riesgo operacional y especialmente sobre qué cantidad de riesgo transferido sería sustancial.

El primer caso a comentar se refiere al Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre 2013 del TACP de Aragón. En este caso el Tribunal descarta que en dicho contrato se haya transferido el riesgo operacional porque los pliegos prevén un pago que consiste en una cantidad fija, procediendo el órgano de contratación a abona la diferencia. Expresa el Tribunal que “tal y como está configurado el objeto contractual, no hay transferencia del riesgo operación, ni se deja indeterminada la demanda del servicio”.

Comentando esta decisión, señala la profesora Lazo que no es tanto que la Administración realice determinadas aportaciones sino que las mismas completan siempre y en todo caso (con total independencia del uso) el pago fijo y mensual al concesionario.

En otro caso, el Informe JCCA del Estado 9/2015 del 15 de diciembre de 2015, se exponen las características y requisitos que ha de tener un contrato de gestión de servicio público para esta calificación, y analiza si en el caso concreto concurren o no. La referencia mayor se enfoca en el riesgo de explotación.

En el caso concreto al existir en el pliego de condiciones un abono del precio por el Ayuntamiento al adjudicatario de forma fija y predeterminada de antemano, implica que el

²⁵⁸ LAZO VITORIA, X. *El riesgo operacional como ...* Op. Cit., p. 525 y siguientes.

contratista no se retribuye con las ganancias que pueda obtener del público, sino con el precio que le pague directamente la Administración. Ello significa que el contratista no asume el riesgo operacional de la actividad, lo que hace que el contrato no se pueda calificar como gestión de servicio público, en su modalidad de concesión, sino como contrato de servicios.

iii. Previsible

En el capítulo II de este trabajo he abordado la cuestión de la previsibilidad de los riesgos para su asignación. Por ello, resultaría razonable y lógico que el riesgo operacional sea previsible a fin de poder asignarlo.

El profesor Hernández González²⁵⁹ sostiene que la previsibilidad se desprende del hecho de que la traslación debe producirse en condiciones normales de funcionamiento. Igualmente indica que eso significa que el riesgo operacional es compatible con el mantenimiento del equilibrio económico. Si bien comparto con la segunda parte de su planteamiento, tal y como expondré más adelante, no creo que la previsibilidad de los riesgos operacionales provenga necesariamente de que existan condiciones normales de funcionamiento, sino más bien de la naturaleza misma de la transferencia de los riesgos. Si el riesgo operacional no fuera posible identificarlo, determinarlo y cuantificarlo no debería ser transferido. Ahora bien, la característica de que sea en condiciones normales de funcionamiento implica que cuando surgen cuestiones imprevisibles y extraordinarias se activan los mecanismos de equilibrio económico, que bien podría ser también la renegociación del contrato.

iv. Escapa al control o manejo de las partes

Según la Directiva 2014/23/UE se exige que el riesgo operacional sea ajeno y escape al control de las partes. Por esa razón, los incumplimientos contractuales, la fuerza mayor y la mala gestión no son considerados para determinar si ha existido una transferencia – sustancial – del riesgo operacional.

²⁵⁹ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. *La delimitación de los contratos ...* Op. Cit., p. 503.

La incertidumbre es un elemento común y normal en los riesgos. Ya lo he señalado en el capítulo II de este trabajo. Ahora bien, lo que pretende incluir el legislador comunitario es que el riesgo operacional no dependa ni tenga incidencia de actuaciones que puedan realizar las partes. También excluye la fuerza mayor para determinar su transferencia. Aún siendo la configuración de un hecho de fuerza mayor no incide en su determinación por ser un elemento excusable

v. Relación entre transferencia del riesgo operación y la duración del proyecto

Una cuestión que creo generará mucho interés y debate futuro es el relacionado al análisis de los proyectos de CPP o concesiones con los contratos incompletos y de larga duración. En ese sentido, bien apunta la profesora Lazo la vinculación que existe entre una adecuada transferencia de riesgos operacionales y la duración de los contratos de concesión. Más adelante ampliaré sobre las cuestiones de la larga duración y la asignación de los riesgos.

Al respecto, el artículo 18.2 de la Directiva 2014/23/UE dispone que: *“Para las concesiones que duran más de cinco años, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos”*. Señala la profesora Lazo²⁶⁰ que dicha previsión pretende evitar el cierre del mercado, así como restricciones injustificadas a la libre competencia por haberse fijado un plazo excesivo.

Si bien una disposición de esa naturaleza es deseada no menos cierto es que los proyectos de CPP y las concesiones por su naturaleza misma conllevan intrínsecamente una duración considerable para que la ecuación económica financiera del proyecto haga sentido al sector privado, por lo que si bien la larga duración es una característica que se debe tomar en

²⁶⁰ LAZO VITORIA, X. *El riesgo operacional como ...* Op. Cit., p. 531.

cuenta para determinar la transferencia del riesgo operacional, la misma a mi entender debe concebirse equilibradamente tanto para el sector privado como el público.

3.3.2 Inconvenientes prácticos del riesgo operacional en la Directiva 2014/23/UE y proyectos de CPP

Como se ha dicho la asunción del riesgo operacional por el sector privado es el elemento definitorio para que exista un negocio concesional, incluyendo los sub-riesgos subyacentes en dicho concepto. A mi parecer, la conceptualización incorporada en la Directiva 2014/23/UE del riesgo operacional pudiera traer inconvenientes prácticos que necesariamente deberán ser clarificados por la jurisprudencia del TJUE. En ese sentido, expondré a continuación lo que entiendo son las dos principales cuestiones que pudieran generar discusiones prácticas ante la redacción adoptada y la falta de esclarecimiento de algunos elementos que pudieron ser incluidos en la normativa comunitaria.

Como bien indica Blanco López ²⁶¹, la Directiva 23/2014/UE ha concentrado sus estipulaciones exageradamente en el traslado al concesionario del riesgo operacional, dejando abandonadas cuestiones que compensan ese factor como son la regulación del necesario equilibrio económico del contrato, el reparto adecuado de riesgos y los sistemas de financiación de las concesiones.

Asimismo, Kitsos señala que: "(...) la eliminación del adjetivo crucial "sustancial" del "riesgo operacional" conduce inevitablemente a un patrón fuertemente problemático en la dirección completamente opuesta a la jurisprudencia del TJUE. (...) el legislador europeo al restar el criterio crucial del "riesgo operativo sustancial", muy confusamente, no puede explicar ni del texto de la definición ni de los párrafos ilustrativos incluidos en los considerandos de la Directiva, la dimensión exacta del "riesgo operacional" que ahora se requiere, es decir, cuánto "riesgo operacional" se necesita actualmente sea transferido al concesionario. Al incorporar el criterio sugerido, la nueva definición de concesión habría sido más clara. Pero incluso ahora, el legislador de la UE no incorpora criterios detallados

²⁶¹ BLANCO LÓPEZ, F. *La directiva 23/2014.....*, Op. Cit, p. 93.

con el fin de verificar con seguridad la extensión deseada del "riesgo operacional"²⁶².

El primer inconveniente práctico que percibo pudiera ser la determinación de la amplitud de la transferencia del riesgo operacional. ¿Debe ser la totalidad? ¿Existiría algún nivel de riesgo operacional que debe ser transferido? ¿Cómo sería determinado dicho *quantum*?

Al respecto, Lazo Vitoria²⁶³, previo a la aprobación de la Directiva 2014/23/UE indicaba que el legislador comunitario incluye en el riesgo operacional sustancial una clara preferencia por retribuir al concesionario con base en estándares de disponibilidad, indicando un informe de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), que los riesgos que se transfieran al operador privado en virtud del contrato no excedan de los que una diligente gestión empresarial pueda prever y asumir, es decir, aquellos que pueda gestionar, y por lo mismo, se ha subrayado la necesidad de flexibilizar el concepto de riesgo operacional sustancial propuesto. Como se puede observar, en vez de flexibilizar el concepto, lo que ha ocurrido con la Directiva 2014/23/UE fue todo lo contrario ampliación del concepto y falta de claridad.

En esa misma línea argumentativa, se indicaba que se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, en caso de atraer la participación del capital y la iniciativa privada en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado²⁶⁴. Lo anterior es obvio en proyectos de CPP. Continuaba analizando Lazo Vitoria que la distribución de los riesgos condiciona muy significativamente el funcionamiento práctico del mercado concesional. Es claro que si existe una inadecuada o exorbitante regulación sobre los riesgos y su asignación puede desincentivar proyectos de CPP, ya que no le resultaría atractivo al sector privado. En estos casos puede dejar de beneficiarse a las personas, si el proyecto en cuestión efectivamente enfrentaba una necesidad pública. Tampoco la cuestión es que exista poca regulación en materia de riesgos o que la Administración Pública garantice o asuma cualquier pérdida derivada del proyecto de CPP o de la concesión, ya que

²⁶² KITSOS, J. *Defining concessions in Directive 2014/23: Conceptual difficulties and practical differentiation*. Public Procurement: Global Revolution VIII, Nottingham, 12-13 junio 2017.

²⁶³ LAZO VITORIA, X. *El futuro del mercado concesional en Europa*. Revista CEFLEGAL. CEF No. 154, 2013, p. 156.

²⁶⁴ IBÍD., p. 154.

como indica la profesora Lazo – y la Directiva 2014/23/UE hizo mucho énfasis en esa cuestión –, los contratistas carecerían de incentivos para efectuar una eficiente gestión empresarial.

En definitiva, me parece que el legislador comunitario perdió una oportunidad de clarificar y regular de manera más precisa en la Directiva 2014/23.UE, no solo el concepto de riesgo operacional, sino también la referencia a otros riesgos que fueron incorporados como por ejemplo el de suministro, así como su determinación frente a determinados proyectos, como por ejemplo la CPP, que si bien es un mecanismo concesional tiene particularidades que se distinguen de aquella, y las principales a mi parecer radican en la estructura de riesgos, su asignación, y los mecanismos de financiamiento. Por otra parte, tampoco se establecieron criterios objetivos para determinar cuando y en que proporción se ha transferido el riesgo operacional. La cuestión de la sustancialidad del riesgo operacional que era el criterio establecido por el TJUE debió ser tratado con mayor precisión y agudeza.

El segundo inconveniente práctico que percibo y quisiera compartir sería la falta de regulación expresa de mecanismos y criterios objetivos de la asignación de riesgos. El legislador comunitario estableció la necesidad de que el sector privado o contratista asumiera al menos el riesgo de demanda o el de suministro o ambos, en adición a la asunción del riesgo económico. Pero la directiva no introdujo ninguna regulación sobre cómo transferirlos. A mi parecer, en esta cuestión, también se perdió una buena oportunidad de esclarecer e incluir ciertos lineamientos respecto del procedimiento de asignación de riesgos que en definitiva constituye una de las cuestiones nodales de las concesiones, y en especial de la CPP.

No obstante lo anterior, coincido con las profesoras Lazo Vitoria y Valcárcel²⁶⁵, en que la transferencia del riesgo operacional se deberá diseñar particularmente para cada proyecto no sólo con los poderes adjudicadores, como afirman las profesoras, sino también con la participación del sector privado, teniendo en cuenta las circunstancias propias del que sea objeto del contrato y de la idoneidad de las partes.

²⁶⁵ En el libro *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Director GIMENO FELIU, J. M. Thomson Reuters, España, 2018.

Sobre este aspecto, se preguntaba la profesora Lazo Vitoria qué impacto tendrá el modelo de transferencia de riesgos diseñado por el legislador comunitario²⁶⁶. Como ya vimos el legislador comunitario optó por indicar expresamente el riesgo de demanda o el de suministro o ambos.

Ahora bien, como indica el profesor Kitsos²⁶⁷ el legislador de la UE crea un riesgo general de carácter financiero o empresarial, el “riesgo operacional”, en lugar de concentrarse en el total de riesgos que amenazan la realización de cada proyecto de autofinanciación correspondiente. Siguiendo esta sugerida dirección legal, nos lleva a un enfoque completamente legalista que cierra los ojos a su realidad misma. Es decir, la experiencia internacional demuestra que ningún inversor privado decide invertir su capital en proyectos de concesión, si tiene que tener en cuenta que debe emprender, en general, sólo un riesgo singular entre aquellos que son inherentes a los respectivos autofinanciados proyectos.

Asimismo, apunta el profesor Hernández González otra dificultad al nuevo criterio, en la medida que obliga a realizar un análisis económico exhaustivo y particularizado de cada contrato, tendente a comprobar la efectiva localización del riesgo de explotación, lo que va a complicar la tarea de deslindar la concesión de servicios del contrato público de servicios²⁶⁸.

Si bien el hecho de que el legislador comunitario no estableciera parámetros precisos o por lo menos orientara a los Estados miembros como transponer la directiva en sus ordenamientos jurídicos, sobre los mecanismos y criterios objetivos de la asignación de riesgos, pudiera ser una oportunidad para aquellos países que pretendan incorporar en sus

²⁶⁶ La profesora Ximena Lazo Vitoria en *El futuro del mercado concesional en Europa*. Revista CEFLEGAL. CEF No. 154, 2013, p. 155 y siguientes indicaba y exponía como había España regulado la cuestión, previo a la Directiva 2014/23/UE, haciendo referencia al Plan Extraordinario de Infraestructuras del Ministerio de Fomento de 7 de abril de 2010, en donde se estableció que se optó por el riesgo de disponibilidad y no por el de demanda (...).

²⁶⁷ KITSOS, J. *Defining concessions* Op. Cit.

²⁶⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. *La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios*. En el libro *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Director GIMENO FELIU, J. M. Thomson Reuters, España, 2018, p. 491-492.

legislaciones criterios más objetivos y prácticos al respecto, que permita generar mayor seguridad jurídica y motivar al sector privado a participar en proyectos de CPP.

Lo que me ocupa es que de la imprecisión en la Directiva 2014/23/UE, especialmente en los dos aspectos anteriormente tratados, se traduzca en un desincentivo del sector privado en participar en proyectos básicamente de CPP. Por esta razón, espero que los estados miembros de la Unión Europea no desaprovechen la oportunidad de aclarar en sus regulaciones internas aspectos operativos, prácticos y procedimentales del riesgo operacional y su asignación tanto en las concesiones como en proyectos de CPP.

Por último, me parece interesante señalar el comentario realizado por el profesor Román Márquez²⁶⁹, indicando que en ciertas circunstancias un contrato de CPP no sería necesariamente una concesión, cuando sostiene que: “puede identificarse a los usuarios como el tercer elemento de la relación concesional, junto a la autoridad concedente y al concesionario privado. Precisamente sería la ausencia de usuarios, entendiéndose como tales los ciudadanos que voluntariamente demandan una obra o servicio público, la que permite negar la naturaleza concesional a aquellas infraestructuras construidas por el sector privado para el uso exclusivo de la Administración contratante (v.gr. edificio destinado a sede administrativa, prisión o instalación militar), y sobre las que la propia Directiva 2014/23 guarda silencio. En definitiva, el riesgo concesional proviene de la explotabilidad de la obra o servicio, y sin usuarios particulares no existe ni lo uno ni lo otro.

3.3.3 La existencia del equilibrio económico dentro del riesgo operacional

Otra cuestión que es de vital importancia indicar y que no fue expresamente establecida en la Directiva 2014/23/UE, que hasta pudiera generar alguno que otro debate doctrinario es el hecho de la existencia del principio de equivalencia y del equilibrio económico incorporado dentro del riesgo operacional.

²⁶⁹ ROMÁN MÁRQUEZ, A. *El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario*, REDA, 182 (2017), p 445-481.

El profesor Gimeno Feliú se hace eco de esta cuestión al resaltar que: “Interesa mucho esta matización a la hora de interpretar el “nuevo” concepto de riesgo operacional y su anclaje en la concepción tradicional del riesgo y ventura de las concesiones. Entender que la nueva normativa incrementa la variable riesgo en estos contratos puede suponer no solo una quiebra de principios tradicionales, sino, principalmente, una limitación no querida por el propio texto ya que las instituciones comunitarias consideran estratégica esta nueva regulación de concesiones. Por ello, las actuales reglas de reequilibrio financiero del contrato no parecen contrarias – más bien lo contrario—al concepto de riesgo operacional. Y ello por la lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad en contratos de larga duración y de complicada relaciones jurídico-económicas (y financieras) que justifica una corrección a la idea del riesgo ilimitado por actuaciones no controladas por el concesionario, ajenas a su correcta gestión o la debida diligencia en la planificación de la concesión²⁷⁰.”

Por otro lado, el profesor Blanco López respecto de la regulación en la Directiva 23/2014/UE afirma que: “ha concentrado sus estipulaciones exageradamente en la regulación del traslado al concesionario del “riesgo operacional”, dejando abandonadas cuestiones que compensan ese factor como son la regulación del necesario equilibrio económico del contrato (art. 258 TRLCSP), el reparto adecuado de riesgos y los sistemas de financiación de las concesiones.”²⁷¹

Me parece que esta cuestión no debe ser pasada por alto, a fin de que no se pretenda establecer que el nuevo concepto operacional implica una especie de inaplicación del equilibrio económico y sus técnicas. De manera particular, entiendo que las técnicas de equilibrio económico aplican tanto para las concesiones como para proyectos de CPP. En especial para los riesgos imprevisibles, tal cual fue explicado en el capítulo anterior. Ahora bien, para los riesgos previsibles que el sector privado ha asumido, aún cuando entiendo que bajo ciertos criterios aplicarían las técnicas de equilibrio económico, las mismas no serían bajo la misma intensidad ni nivel de aplicación que para los riesgos imprevisibles.

²⁷⁰ GIMENO FELIÚ, J. M. *El Nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la Burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Editorial Arazandi, Primera edición, 2014, p. 147.

²⁷¹ BLANCO LÓPEZ, F. *La Directiva 23/2014.... Op. Cit.*, p. 93.

Habiendo aceptado que dentro del riesgo operacional se aplican las técnicas de equilibrio económico del contrato, indica el profesor Gimeno Feliú que la normativa plantea dudas que deberán ser resueltas en la trasposición (de hecho, nuestra actual regulación no las resuelve) pues una deficiente regulación de los riesgos puede ser un impedimento – o sobre coste financiero— a las inversiones que exigen este tipo de contratos²⁷². En ese mismo sentido, plantea el profesó Gimeno Feliú algunas alternativas y sugerencias indicando que se debe concretar legalmente los casos de *factum principis* que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la TIR. Asimismo, plantea que es el principio de equivalencia de prestaciones en las concesiones el que aconseja permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados²⁷³.

Por igual se sostiene que la aplicación estricta y unilateral del criterio del traslado del riesgo operacional al concesionario no podrá aplicarse si no es revisando periódicamente las tarifas, lo que abre un panorama de liberalización del concepto de servicio público y de traslado de los costos de los servicios públicos a la ciudadanía y usuarios de esos servicios. No puede olvidarse que los proyectos concesionales son de larga duración y deben preverse mecanismo de recomposición financiera del proyecto sometidos a los informes y controles necesarios, siempre contando y partiendo de un sector empresarial maduro y una Administración pública bien estructurada²⁷⁴.

Me parece interesante destacar lo comentado por el profesor Pérez Hualde respecto de los contratos de larga duración, que ciertamente tienen una incidencia en la CPP, ya que una de sus características principales es la precisamente la larga duración de los proyectos. En ese sentido, y encadenando la relación con el equilibrio económico en los riesgos, en especial el operacional, señala que: “la naturaleza del contrato ocasiona una permanente dinámica que

²⁷² GIMENO FELIÚ, J. M. *El Nuevo paquete legislativo...*, Op. Cit., p. 148.

²⁷³ IBÍD., p. 151.

²⁷⁴ BLANCO LÓPEZ, F. *La Directiva 23/2014...* Op, Cit., p. 94.

obliga a las partes a prestar atención a los cambios que, lejos de ser imprevistos –ni imprevisibles–, son esperados más allá de la imprecisión de su contenido, carácter y magnitud. Es por ello que la normativa prevé, conforme lo recomienda la doctrina, mecanismos de sostenimiento del equilibrio dinámico de las prestaciones durante la ejecución del contrato”²⁷⁵.

Asimismo, indicaba la Comunicación de la Comisión Europea sobre servicios de interés general y el Libro Blanco en Derecho Comunitario 2004/C 221/04 que: “(...) la existencia de una cláusula evolutiva que permita adaptar las exigencias en función de las necesidades e inquietudes cambiantes de los consumidores y usuarios y de la variación del entorno económico y tecnológico”²⁷⁶. La cuestión de la adaptación o equilibrio progresivo y permanente en proyectos de CPP, en especial cuando existan importantes cambios tecnológicos, como los que se han experimentado en los últimos 20 años, implicarían a mi entender la aplicación de lo expuesto anteriormente, es decir, el equilibrio económico o por lo menos una renegociación, aún cuando dicho riesgo haya sido asumido por el sector privado.

En definitiva, de lo que se trata a mi entender, es aplicar la equivalencia o equilibrio económico de la ecuación o matriz de riesgos asumidos por las partes, que en la práctica se traduce que la mayoría de los riesgos los asumiría el sector privado, pero no todos. Luego, el reparto de riesgos acordado no debe alterarse o modificarse, pero ello no implica que algún riesgo asumido por el sector privado se pueda desequilibrar por circunstancias y hechos extraordinarios e imprevisibles, con lo cual a mi parecer se deberían aplicar las técnicas de equilibrio económico, no para modificar la matriz o reparto de riesgos, sino adecuar o reequilibrar el mismo a la ecuación que inicialmente fue acordada por las partes de los riesgos previsibles que debe contemplar necesariamente la asignación de riesgos. Sobre este último punto, me remito a las consideraciones expuestas al respecto en el capítulo II.

²⁷⁵ HUALDE, A. *Los Contratos Públicos “Incompletos” y los de “Larga Duración”*, Jornadas de Mariñan, España, 2017.

²⁷⁶ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas (COM) (2005/C 221/04), de fecha 9 de febrero de 2005.

3.3.4 De la aplicación del riesgo imprevisible en la Directiva 23/2014/UE

El primer elemento a resaltar sobre la cuestión de la imprevisibilidad en la Directiva 23/2014/UE, es la disposición del artículo 5 cuando hace referencia a la transferencia del riesgo operacional, indicando que debe ser en “condiciones normales de funcionamiento”. Me parece que esa aclaración o distinción implicaría que cuando existan o sobrevengan circunstancias o eventos extraordinarios o imprevisibles no se podría mantener el riesgo operacional de la misma manera que en el caso del mantenimiento de condiciones normales.

Por otro lado, como ya se ha indicado, el considerando 76 establece la posibilidad de una modificación contractual por riesgo imprevisible en concesiones o proyectos de CPP. Si bien, la intención no ha sido expresamente la aplicación de esta técnica para fines de equilibrio económico no menos cierto es que entiendo dicho sustento pudiera aplicarse para tal fin y la modificación serviría en ese caso concreto para equilibrar la ecuación del contrato. La regulación en la nueva directiva ha quedado configurada en el artículo 43 relativo a la modificación de los contratos durante su período de vigencia. De manera puntual, el artículo 43.a.1 dispone que: “cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Estas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. No contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión”. Lo primero es que esta posibilidad debe establecerse expresamente en la documentación inicial del proyecto. Asimismo, lo recomendable también es que se incluya expresamente en el contrato correspondiente.

Por otro lado, el literal c del artículo 43 establece las condiciones necesarias para habitar la posibilidad de modificación, consistiendo en las siguientes:

- i) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever,
- ii) que la modificación no altere el carácter global de la concesión,
- iii) en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir lo dispuesto en la presente Directiva.

El carácter de imprevisibilidad queda expresamente configurado en el primer requisito que habilita la posibilidad de modificación, cuando establece que: “(...) se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever”, y con mayor explicación en el considerando 76 de la Directiva. Es aquí, que entiendo se puede aplicar en toda su extensión la teoría del riesgo imprevisible. Interesante es la redacción que establecer obligaciones de diligencia, las cuales deberán ser analizadas individualmente, para determinar si la Administración Pública fue diligente o no. Ahora bien, la normativa ha establecido limitantes a esta posibilidad, indicando que la modificación no puede alterar el carácter global de la concesión, estableciendo para ello umbrales o si se debe sustituir las obras o servicios en su totalidad.

Ahora bien, el ejercicio de la modificación, conforme al artículo 43.4 apartado b no puede alterar el equilibrio económico de la concesión o CPP a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial.

En conclusión, si bien la Directiva 23/2014/UE no establece técnicas de equilibrio económico, a través del mecanismo de modificación de la concesión o proyecto de CPP, por circunstancias imprevisibles – riesgo imprevisible –, se pudiera readecuar el equilibrio económico – financiero si por hechos extraordinarios e imprevisibles o incluso, por el propio ejercicio de la modificación, se desestabilizara la TIR.

No obstante lo anterior, esta es una interpretación y consideración que pudiera ser contestada. Particularmente, creo que pudiera ser elementos para que en el proceso de trasposición se puedan incluir estas técnicas de equilibrio económico, muy especial, la del riesgo imprevisible que a mi entender, tiene un campo de aplicación interesante, en proyectos de CPP, por su larga duración. Por ejemplo, los cambios tecnológicos que se puedan producir en el futuro jugaran un papel importante al respecto. Así pues, creo que el riesgo imprevisible se encuentra implícitamente incluido en las disposiciones del artículo 43, y en el considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE, aún cuando no se analizan desde una perspectiva de equilibrio económico sino de la modificación, entiendo que se pudiera aplicar para adecuar un proyecto de CPP que se haya desequilibrado por la ocurrencia de un riesgo imprevisible, y se pudieran tomar como parámetros esas consideraciones.

3.3.5 El riesgo operacional como criterio diferenciador de una concesión con otros tipos de contratos públicos

Como ya se ha ido estableciendo en esta investigación, el riesgo operacional de la Directiva 2014/23/UE en lo adelante juega un papel fundamental en la contratación pública europea. En ese contexto, el riesgo operacional sirve de criterio diferenciador, conforme a la Directiva 2014/23/UE entre algunos tipos de contratos públicos. En ese contexto, me parece importante presentar aunque sea brevemente algunas diferencias entre ciertos tipos de contratos, en especial concesiones de servicios.

Desde el año 2000, a través de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario del 12 abril del 2000 se incluyen diversas disposiciones respecto de lo que se entendía que eran las concesiones de servicios. Al respecto señalaba dicha comunicación que “se designarán en adelante como «concesiones», independientemente de su calificación jurídica en el Derecho nacional”. Asimismo, en el punto 2.2 se indicaba que “la concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza por una transferencia de la responsabilidad de explotación”.

Así pues, existiría concesión de servicios *cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión, cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario*. De ello se deduce que en esta comunicación lo que se consideraba esencial para identificar una concesión de servicios era el modo de remuneración y la asunción del riesgo de explotación.

Luego la Directiva 2004/18/CE²⁷⁷ definió la concesión de servicios como un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

Ahora en la Directiva 2014/23/UE en el considerando 11 se establece que: “Las concesiones son contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios”.

La definición expresa de concesiones se establece en el artículo 1 que señala que se entenderá por «concesiones»: las concesiones de obras o de servicios, con arreglo a las definiciones contempladas en las letras a) y b). Definiendo la «concesión de obras»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago; y la «concesión de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos,

²⁷⁷ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 31 de marzo de 2004.

cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

Como se puede observar de dicha definición la variante concesional radica primero en la forma de pago que se prevea en el negocio, así como en la transferencia o no del riesgo operacional. Como señala la profesora Valcárcel²⁷⁸ lo que queda claro es que el aspecto relativo a la transferencia del riesgo operacional se convierte en esencial y del que se hace depender la existencia o no de un contrato de concesión, ya sea de obras o servicios.

Para el caso Español, como bien se ha indicado previamente en este trabajo, así como lo indica la profesora Valcárcel, hasta ahora ha primado mucho a la hora de calificar un contrato como de gestión de servicios públicos, en cualquiera de sus cuatro modalidades, que a través del mismo se ponga en manos de un tercero una competencia de titularidad del poder adjudicador, un servicio público, pero no se exige que tal asunción se haga asumiendo por dicho tercero los riesgos totales o mayoritarios que se deriven de la gestión que realice de esa actividad, que es el aspecto que, como hemos visto, principalmente tiene en cuenta el Derecho Comunitario para entender que existe una concesión de servicios²⁷⁹.

Por ello, en la práctica se encuentran informes de Juntas Consultivas, resoluciones y acuerdos de los Tribunales administrativos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación que rectifican la tipificación de contratos promovidos por distintos poderes adjudicadores. En esos casos, los poderes adjudicadores habían calificado los negocios como contratos de gestión de servicios públicos, sin embargo, los tribunales de recursos rectificaron la calificación entendiendo que se trataba de contratos de servicios al no haberse transferido el riesgo operacional al contratista.

En definitiva, el riesgo operacional y su transferencia al sector privado será en lo adelante el elemento diferenciador para categorizar un contrato como una concesión, sea esta de obras o de prestación y gestión de servicios. Allí radica, entre otras cosas, la importancia del

²⁷⁸ VALCARCEL FERNANDEZ, P. *Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos*". En BOCKMANN MOREIRA, E. (Coordinador). *Contratos Administrativos, Equilibrio Económico-Financiero...* Ob. Cit., p. 231.

²⁷⁹ IBÍD., p. 243.

estudio y análisis de la transferencia de riesgos. De todas maneras, como apunta la doctrina, en especial la profesora Lazo, esta nueva interpretación abre posibilidades en el Derecho Español respecto de las concesiones de gestiones y prestación de servicios.

3.4 La transposición del riesgo operacional en la Directiva 2014/23/UE al ordenamiento jurídico español

Uno de los aspectos que considero interesante, que tienen los integrantes de la Unión Europea, a diferencia de aquellas jurisdicciones como la de la República Dominicana, es las trasposiciones de las normativas comunitarias a sus ordenamientos internos, ya que me parece dependiendo de la adopción de la norma interna se puede aclarar algunos aspectos o generar confusiones en la aplicación de ciertas normativas.

En ese sentido, y antes de analizar la manera en que ha sido incorporado al ordenamiento jurídico español el riesgo operacional establecido en la Directiva 2014/23/UE, me parece interesante recordar lo que planteaba el profesor Gimeno Feliú cuando comentaba acerca de las condiciones y cláusulas de reparto de riesgos del contrato de CPP que se incorporó en el ordenamiento español en el 2011, pero que será eliminado en la reforma a la LCSP.

Al respecto indicaba la necesidad de incluir cláusulas en los contratos respecto del reparto o distribución de riesgo, cuando señalaba que: "(...) las condiciones del reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones (artículo 136 b), es una de las cláusulas que necesariamente se deben incorporar a estos contratos. La posibilidad de un nuevo reparto de riesgos entre el operador privado y la Administración, junto con la estructuración de la financiación, es el aspecto más importante del nuevo contrato desde un punto de vista financiero y de eficiencia. Tras el concepto 'reparto de riesgos' lo que subyace es la transferencia al operador privado de riesgos que habitualmente soporta el sector público. (...). Y a este aspecto deberá prestar especial atención el órgano de contratación a la hora de dejar claramente definido en el documento descriptivo y en el contrato que adjudique después del diálogo que se transfieren al contratista el riesgo de

construcción y el de demanda o/y el de disponibilidad, para asegurar que la operación no el computa a la Comunidad. Los criterios para entender transferidos esos riesgos son los establecidos por la comisión Europea, en la decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004 ya citada.²⁸⁰

El análisis en esta sección de la nueva normativa española sobre contratos del sector público se limitará básicamente a la transposición del riesgo operacional en la Directiva 2014/23/UE al ordenamiento jurídico español. Para comentarios y aspectos generales de la nueva normativa se puede consultar entre otros a Gimeno Feliú²⁸¹, González García²⁸², Rodríguez Martín-Retortillo y Luis Jaime Rodríguez²⁸³.

En ese sentido, desde las primeras versiones del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el cual finalmente, fue aprobado y publicado en el BOE número 272, el 9 de noviembre de 2017, aprobando así la Ley 9/2017, en cuanto la delimitación de los diferentes tipos de contratos, indica que una de las principales novedades en este ámbito se han introducido en la regulación del contrato de concesión, en el contrato mixto y en el contrato de colaboración público privada que se suprime.

Es oportuno indicar que la Ley 9/2017 deroga de modo expreso, el TRLCSP, pero no la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que continuará vigente hasta tanto no se apruebe la nueva legislación por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014), la cual se encuentra todavía en tramitación en el Congreso de los Diputados.

²⁸⁰ GIMENO FELIÚ, J. M. *Delimitación conceptual...* Op. Cit., p. 49.

²⁸¹ GIMENO FELIÚ, J. M. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública*, octubre 2017, en <http://www.obcp.es>.

²⁸² GONZÁLEZ GARCÍA, J. *Nueva Ley de Contratos del Sector Público.*, noviembre 2017 en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/04/nueva-ley-contratos-sector-publico/>

²⁸³ RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M. C. y RODRÍGUEZ, L. J. *Análisis de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.* Noviembre 2018, en <https://www.redicop.com/wp-content/uploads/2017/11/Novedades-introducidas-por-la-Ley-9-2017-de-8-de-noviembre-2017-de-Contratos-del-Sector-Publico.-Una-primera-aproximación.pdf>

Retomando el análisis de la transposición del riesgo operacional en la Directiva 2014/23/UE al ordenamiento jurídico español, la supresión de la figura del contrato de colaboración público privada, en la Ley 9/2017, se produce como consecuencia de la escasa utilidad de esta figura en la práctica. La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es fundamentalmente el contrato de concesión. Aún cuando esta aseveración pudiera ser una realidad en España, considerado con la CPP, si bien es una modalidad de concesión, posee ciertas características que la diferencian, por lo menos en otras jurisdicciones, lo que implica que existan en esas jurisdicciones una regulación particular para proyectos bajo modalidad de CPP de la concesión.

En lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional.

De manera expresa el artículo 14 numeral 4 sobre contrato de concesión de obras de la Ley 9/2017 dispone que: “El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos

transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 9/2017²⁸⁴ relativo al contrato de concesión de servicios establece que la explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

Como se puede notar de la lectura de los artículos propuestos, la Ley 9/2017 traspone exactamente lo que había sido previamente dispuesto por la Directiva 2014/23/UE, así como las consideraciones que habían sido expuestas por las decisiones adoptadas por el TJUE previo al dictado de la Directiva 2014/23/UE, respecto del riesgo operacional. Si bien en estos artículos establecen que tanto las concesiones de obras como las de servicios implican la transferencia al concesionario del riesgo operacional, me parece que no era necesario incluirlo separadamente para cada uno de esos contratos o realizar precisiones particulares para cada uno de ellos. Comparto las propuestas expresadas por el Observatorio de Contratación Pública²⁸⁵ respecto de que no parece justificable introducir diferenciaciones entre la concesión de obras y la concesión de servicios ya que el legislador europeo exige en ambos casos la transferencia del riesgo.

Tal y como señala el profesor Hernández González²⁸⁶, el legislador se limita a reiterar el concepto de riesgo operacional recogido en la Directiva 2014/23/UE, sin ninguna otra precisión. Sin embargo, al regular las contraprestaciones económicas a las que tiene el concesionario, mantuvo la referencia de que la retribución se fijará en función de la

²⁸⁴ Artículo 15 de la Ley 9/2017 sobre Contrato de concesión de servicios que dispone: “1. *El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.* 2. *El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.*”

²⁸⁵ Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto LCSP realizado por el Observatorio de Contratación Pública en fecha 30 de enero de 2017. El documento fue elaborado por los siguientes miembros del Observatorio de Contratación Pública: José María Gimeno Feliú y José Antonio Moreno Molina (Directores); Carmen de Guerrero Manso; Rafael Fernández Acevedo; Isabel Gallego Córcoles; Ximena Lazo Vitoria; Teresa Moreo Marroig; Teresa Medina Arnáiz y Patricia Valcárcel Fernández.

²⁸⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. *La delimitación de los contratos ...* Op. Cit., p. 513.

utilización del servicio contratado, que se podrán percibir directamente de los usuarios o de la propia Administración; las cuales estarían sujetas al equilibrio económico-financiero. De esta forma, indica el referido autor que, el legislador estatal parece vincular la concesión sólo con el riesgo de demanda, dejando vacía de contenido la distinción que introduce la Directiva 2014/23/UE entre riesgo de demanda y el de oferta o suministro.

Particularmente, hubiese regulado la cuestión estableciendo un articulado expreso y preciso sobre el riesgo operacional, el cual incluyese de manera más específica toda su regulación que abarcaría las características esenciales para determinar que un concesionario ha asumido efectivamente un riesgo operacional. También, habría indicado y establecido en ese acápite las excepciones y hubiese regulado de manera expresa la existencia del equilibrio económico en la asunción de riesgos. Creo que de esta manera hubiera sido más claro y preciso la regulación del riesgo operacional.

El profesor Jiménez López²⁸⁷ indica que del precepto se deduce que el riesgo operacional abarca: el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores económicos; riesgo de desajuste de la oferta y la demanda. En términos cuantitativos o en términos cualitativos. Respecto al riesgo de demanda indica que se debe la demanda real de las obras sujetas a explotación, el uso efectivo por los consumidores finales, y riesgo de suministro de las obras objeto del contrato, también llamado de oferta, de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda, a sus preferencias.

Como ya se ha indicado el riesgo de suministro, presenta una confusión con el riesgo de disponibilidad, asociado a la calidad de la prestación del servicio. En ese sentido, cuando se hace referencia al suministro, no necesariamente está asociado a la falta de usuarios, sino más bien a la provisión de la obra y al cumplimiento o no de ciertos estándares de calidad.

²⁸⁷ JIMÉNEZ LÓPEZ, J. *El contrato de concesión de obras en Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo III*. GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLES, I. Directores. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2018, p. 2539.

Al respecto, ha indicado el profesor Huergo Lora²⁸⁸ que si aceptáramos «riesgo de disponibilidad» como equivalente a «riesgo de suministro» y, por tanto, como una forma de asunción de riesgos suficiente para que el contrato sea una auténtica concesión, estaríamos al límite del concepto de concesión. ¿Por qué? Porque si alguna diferencia ha de existir entre el contrato de concesión y los contratos de obra o servicio, ésta consiste en que al concesionario, a diferencia de lo que sucede con los contratistas de obras o de servicios, no le basta, para cobrar, con ejecutar bien su prestación.

Continúa señalando que el cobro de la prestación requiere algo más, que no depende de su voluntad sino de hechos ajenos a la misma. El ejemplo más claro es el riesgo de demanda: no basta construir y gestionar bien la autopista, hace falta que los usuarios quieran circular por ella. En cambio, el «riesgo de disponibilidad» supone que basta tener la autopista en condiciones de ser usada (con las características fijadas en el contrato). Parecería que, en el riesgo de disponibilidad, el único riesgo que asume el concesionario es el de que el contrato no sea rentable porque no le permita cubrir costes, pero ese riesgo lo asume cualquier contratista, público o privado (en el contrato de obra, pero también en el de servicios, por ejemplo). La única forma de entender el riesgo de suministro como una forma de riesgo operacional (es decir, concesional) consiste en interpretarlo en el sentido de que el concesionario asume el riesgo de que, como consecuencia de un posible exceso de demanda, se agote el servicio o las posibilidades de uso de la obra concedida, de forma que, aunque él esté cumpliendo correctamente la prestación, se produzca una denegación de uso o no se cumplan los estándares de calidad. Por ejemplo, el concesionario asumiría el riesgo de que se produjeran embotellamientos en la autopista concedida, y en ese caso dejaría de cobrar la remuneración.

Por otra parte, el artículo 247 de la Ley 9/2017 sobre estudio de viabilidad de la concesión incorpora algunas disposiciones relativas a los riesgos. De manera puntual, el artículo 247.2.g que se deben incluir los riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras.

²⁸⁸ HUERGO LORA, Al. *El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Documentación Administrativa: Nueva Época No. 4, 2017, p. 31-51.

Asimismo, el artículo 250 de la Ley 9/2017 sobre los pliegos de cláusulas administrativas particulares establece cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras de entre otras cosas disposiciones sobre plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación, la tasa interna de rentabilidad o retorno estimada, y las obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de las obras y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta.

El profesor Huergo Lora²⁸⁹ analizando la trasposición del riesgo operacional en la Ley 9/2017 señalaba que curiosamente, en múltiples preceptos de la Ley se exige la asunción por el concesionario del riesgo operacional, sin matices, no de un riesgo operacional [artículos 250.1.m), 258.b), 265.2, 285.1.c)], sin tener en cuenta esa posibilidad reconocida en la Directiva y subrayada, por ejemplo, en Alemania, de que la transferencia del riesgo al concesionario sea sólo parcial.

Asimismo, indica que como no es necesario que el concesionario asuma todo el riesgo, incluido el de demanda, siendo suficiente la asunción del riesgo de suministro, la LCSP permite expresamente que el concesionario sea retribuido mediante «pagos por disponibilidad» independientes de la demanda (art. 267, para la concesión de obra) 60. En cambio, no está prevista para la concesión de servicios (art. 289). Como se ha dicho, ese diferente trato carece de justificación, porque tanto en las concesiones de obras como en las de servicios es suficiente la asunción del riesgo de suministro. Puede que el origen de esta diferencia normativa se encuentre en las reglas SEC-2010, que, como he explicado, están pensando siempre en contratos con un «activo» (una obra) que es necesario financiar. Sin embargo, la Directiva incorpora la regulación del riesgo de demanda y el de

²⁸⁹ IBÍD., p. 31-51.

disponibilidad a todas las concesiones, sin distinción alguna, y no cabe distinguir allí donde la norma que se está tratando de incorporar no lo hace.

De igual manera establece expresamente que deberán existir disposiciones sobre la distribución entre la Administración y el concesionario de los riesgos relevantes en función de las características del contrato, señalando que el riesgo operacional le corresponderá siempre al contratista.

La Ley 9/2017 incorpora el principio clásico de riesgo y ventura²⁹⁰, ahora incluyendo mención sobre el riesgo operacional. Así, el artículo 254 de la Ley 9/2017 sobre principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras establece que: “1. Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 197 y 239, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apartado 2 del artículo 252, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras. 2. Si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros”. En lo adelante, este principio clásico contiene un contenido de exigencia respecto al riesgo operacional, tal y como se desprende de la redacción del artículo transcrito anteriormente.

Sobre este aspecto indica el profesor Fernández Astudillo que el riesgo que asume el empresario en la construcción, conservación y explotación de la obra pública es considerado como consustancial al contrato de concesión; es decir, la esencia de la concesión reside en el hecho de que el propio concesionario soporta el riesgo económico principal o, cuando menos, sustancial, pues la adjudicación del contrato concesional implica la transferencia al

²⁹⁰ Este principio también se encuentra establecido en el artículo 197 de la Ley 9/2017 que dispone: “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239”.

concesionario del riesgo operación de la explotación de la obra, abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos, considerándose que el concesionario asume el riesgo operacional cuando no esté garantizado, que en consideraciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras objeto de la concesión²⁹¹.

Como se puede observar de las disposiciones contenidas en la Ley 9/2017, básicamente lo que se ha incorporado es la mención expresa del riesgo operacional, derivado de la Directiva 2014/23/UE, lo que cumple a mi entender, la obligación de transposición. Ahora bien, como ya he señalado anteriormente en esta investigación, se pierde una oportunidad en establecer mecanismos aclaratorios y de aplicación práctica del riesgo operacional. Esto creo que se traduciría en mayores costos transaccionales al momento de estructurar concesiones o proyectos de CPP.

En todo caso, es imposible prever escenarios imprevisibles, razón por lo cual soy de opinión que es mejor regular expresamente cómo se trataría la ocurrencia de eventos extraordinarios e imprevisibles que impacten los riesgos asumidos por el sector privado, incluyendo por supuesto, el riesgo operacional. Es ahí, que estimo pudo haberse incluido disposiciones expresas y directas respecto a ese escenario, que generalmente es uno de los más controvertidos en la ejecución de proyectos concesionales.

La Ley 9/2017 en todo su articulado resalta la obligación que tiene el sector privado de asumir el riesgo operacional. Así se establece en el artículo 258 sobre las obligaciones del concesionario, particularmente en el literal (b) que señala como obligación la explotación de las obras, asumiendo el riesgo operacional de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación.

Por otra parte, respecto a la financiación de las obras, el artículo 265 del Proyecto LCSP introduce disposiciones expresas respecto de la asunción del riesgo operacional por parte

²⁹¹ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M. *El nuevo régimen de contratación pública. Comentarios a la luz de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*. Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, España, Enero 2018, p. 1329.

del concesionario, al establecer que las obras objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo operacional.

Particular interés, entiendo suscitará la disposición incluida en ese artículo respecto de los aportes económicos que pueda realizar la Administración Pública. En ese sentido, dispone el artículo 265.2 que: “Cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de las obras objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, de acuerdo con lo establecido en el artículo 252 y en esta Sección, y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción del riesgo operacional por el concesionario”. Lo que entiendo será interesante y pudiera generar discusiones sería la manera en que esas aportaciones de recursos públicos no afecten de manera directa el riesgo operacional asumido por el sector privado. La ingeniería y estructura legal de los proyectos, en especial los de CPP jugarán un rol primordial en dichas estructuras.

Otro elemento que merece ser comentado es la disposición contenida en el artículo 267.4 de la Ley 9/2017 relativo a la retribución por la utilización de las obras en las concesiones. Al respecto indica dicha disposición que: “La retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o su utilización por los usuarios, en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En caso de que la retribución se efectuase mediante pagos por disponibilidad deberá preverse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la inclusión de índices de corrección automáticos por nivel de disponibilidad independientes de las posibles penalidades en que pueda incurrir el concesionario en la prestación del servicio”.

En ese mismo sentido, dispone el artículo 289.1 de la Ley 9/2017 sobre prestaciones económicas que: “El concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas

previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración”.

Al respecto se señala que, la diferencia entre ambas disposiciones es palmaria y también lo es con respecto a la terminología que, a su vez, emplea la Directiva 2014/23/UE, (en su considerando 20 y artículo 5). La profesora Lazo²⁹² entiende que ello no es atribuible a una falta de coordinación entre las distintas partes del nuevo texto legislativo, sino que podría atribuirse, en principio, a una decisión querida o, cuando menos conocida por parte del legislador. Continúa indicando, que no se entiende bien la razón por la cual no se ha procedido del mismo modo en el ámbito de las concesiones de servicio donde, por la propia peculiaridad de determinados servicios públicos (con riesgo de demanda reducido o inexistente), el riesgo de disponibilidad podría encontrar su campo natural de aplicación.

Otro aspecto que me parece importante destacar son las disposiciones o actuaciones preparatorias en el contrato de concesión regulado en el artículo 285 de la Ley 9/2017. De manera particular, el literal (c) dispone que se regulará la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, resaltando que en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista. No obstante, establecer dicha disposición no se produjeron disposiciones concretas de cómo realizar la distribución de riesgos. Por ejemplo, no estableció si sólo se distribuirían los riesgos previsibles, ni cuales serían los parámetros objetivos mínimos? O como se trataría la cuestión de los riesgos imprevisibles.

Se sostiene que a efectos de la transferencia o no de riesgo operacional, parece distinguirse entre la retribución asociada a la existencia de elementos externos, frente a las penalidades asociadas a comportamientos externos, de incumplimiento de obligaciones contractuales²⁹³.

Finalmente, dentro de las referencias al riesgo operacional de la Ley 9/2017 se establece disposiciones relativas a la oficina nacional de evaluación (en lo adelante “ONE”), que sería

²⁹² LAZO VITORIA, X. *El riesgo operacional como ...* Op. Cit., p. 541 y siguientes.

²⁹³ ROMÁN MÁRQUEZ, A. *El riesgo en las concesiones....* Op. Cit., p. 445-481.

un órgano colegiado integrado en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación²⁹⁴, tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios, y entiendo que bajo ese principio también los proyectos de CPP.

Las disposiciones contenidas en el artículo 333 de la Ley 9/2017 me parecen interesantes e importantes para las concesiones y proyectos de CPP, ya que este órgano previo a la licitación de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios realizará informes obligatorios en los casos indicados en dicho artículo.

Especial mención requiere, debido a la relevancia de esta investigación, los informes sobre rentabilidad del proyecto, obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida, es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario. Como se puede observar la oficina realizará una labor técnica informativa respecto del impacto que pueden tener la inversión versus las ayudas y flujos esperados, en relación con el riesgo de demanda, así como otros riesgos distintos que debe asumir el concesionario.

Asimismo, la normativa prevé que la ONE en los contratos de concesión de obras cuando exista abono de la tarifa concesional por el poder adjudicador, evalúe previamente la transferencia del riesgo de demanda al concesionario. Si este no asume completamente dicho riesgo, el informe evaluará la razonabilidad de la rentabilidad conforme al artículo 333 de la Ley 9/2017.

Con estas disposiciones se concluye un breve análisis de las novedades y disposiciones contenidas en la recién aprobada Ley 9/2017 respecto de la trasposición del riesgo operacional al ordenamiento jurídico español. Antes de pasar a analizar las disposiciones relativas a los riesgos que dispone el Anteproyecto APP para la República Dominicana, me

²⁹⁴ La Ley 9/2017 en su artículo 332 crea la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación como órgano colegiado de los previstos en el artículo 19 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública. La Oficina actuará en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional.

parece importante revisar las disposiciones de la Ley 9/2017 respecto al equilibrio económico por guardar una directa relación con el tema de esta investigación.

3.4.1 Las disposiciones del equilibrio económico en la Ley 9/2017

Las disposiciones y técnicas del equilibrio económicos se encuentran directamente relacionada con los riesgos. Es por ello que considero importante presentar las principales disposiciones que prevé la nueva Ley 9/2017.

El artículo 270 de la Ley 9/2017 sobre mantenimiento del equilibrio económico del contrato contiene las principales disposiciones relativas a la aplicación de este principio. El primer aspecto que contiene es que en las concesiones de obra se deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con las reglas contenidas en las normativas.

Dichas reglas serían las siguientes:

- a) Posibilidad de que sea restablecido para cualquiera de las partes, es decir, tanto la Administración Pública como el concesionario.
- b) Los presupuestos facticos para su ejercicio serían los siguientes:
 - i. Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262;
 - ii. Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato;
 - iii. Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la

economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239.

De esta disposición se desprenden la existencia de algunas de las técnicas de equilibrio económico que se han examinado en el capítulo II del presente trabajo. Sin embargo, la disposición, al igual que la derogada LCSP no establece disposición expresa ante riesgos imprevisibles. Creo que se pudo aprovechar la oportunidad para incorporar disposiciones expresas sobre la ruptura del equilibrio económico por riesgos imprevisibles. De hecho, mi opinión es que de manera indirecta la Directiva 23/2014/UE hace referencia al riesgo imprevisible, por lo que entiendo que el restablecimiento del equilibrio económico por hechos extraordinarios e imprevisibles rompen con la ecuación económica inicial de la concesión o proyecto de CPP.

Por otra parte, el artículo 270 de la Ley 9/2017 dispone que no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario. Esto implica en otras palabras, que el concesionario asume el riesgo de demanda, y que consecuentemente el no cumplir con esas previsiones no podrá implicar un ajuste económico.

Las medidas del restablecimiento del equilibrio económico del contrato son similares a las que existían en la LCSP. Ellas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

El plazo de la concesión podría prorrogarse por un período que no exceda de un 15 por ciento de la duración inicial, siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, esto como mecanismo de reequilibrio económico del contrato, para los casos previstos en la letra b), numeral 2 del artículo 270 de la Ley 9/2017.

Una novedad en la Ley 9/2017 es el derecho del concesionario a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso. No obstante lo anterior, cuestiono la solución propuesta dentro del mantenimiento del equilibrio económico, ya que lo lógico hubiera sido que se restableciera el equilibrio, en vez de desistir el contrato. Esta opción pudiera perjudicar no sólo al interés público sino también a los particulares. El desistimiento pudiera ser una opción para el concesionario, pero no enmarcada como mantenimiento del equilibrio económico, ya que sin hacer un análisis profundo al respecto, me inclino a pensar que si un empresario le restablecen las condiciones económicas del contrato desequilibrado, optaría en la mayoría de los casos por continuar con la ejecución del mismo.

La posibilidad de desistir del contrato se encuentra regulada en el artículo 270.4 de la Ley 9/2017 y aplicaría cuando ocurra una de las siguientes circunstancias:

- a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
- b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Particularmente, no logro entender el razonamiento de la disposición sobre avances tecnológicos. Ese es precisamente uno de los riesgos imprevisibles que pueden ocurrir, y es la cuestión que entiendo pudiera ocurrir en el futuro. Creo que la normativa propuesta va en contra del interés público y de las personas al permitir la salida del contrato, sin que la primera opción sea mantener la ejecución del mismo, que implica el mantenimiento de la obra o el proyecto para beneficio de los particulares. Claro está dicho mantenimiento deberá restablecer el equilibrio económico por las inversiones requeridas por los avances tecnológicos, siempre y cuando sea beneficioso para las personas.

La norma presenta una consideración de cuando un contrato deviene extraordinariamente oneroso, estableciendo que ocurre cuando la incidencia de las disposiciones de la Administración o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costos de, al menos, el 5% del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

La disposición que también me parece confusa sobre el mantenimiento del equilibrio económico es que si el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido anteriormente, es decir, avances tecnológicos, la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes. Para mí, más que una opción o salida en beneficio del equilibrio económico, esas disposiciones implican una imposición al sector privado o concesionario respecto de los avances tecnológicos. En todo caso, considero que estas disposiciones no me parecen razonables que se encuentren incluidas en el apartado de mantenimiento de equilibrio económico, ya que el efecto práctico de dichas disposiciones, a mi modo de ver, no implica mantenimiento alguno, por el contrario, pudiera incluso ser perjudicial para el sector privado. Lo idóneo hubiera sido en el proceso de revisión del Proyecto LCSP se hubiera incluido dichas disposiciones en algún otro apartado.

Finalmente, se dispone que en el caso de que los acuerdos que dicte el órgano de contratación respecto al desarrollo de la explotación de la concesión de obras carezcan de trascendencia económica el concesionario no tendrá derecho a indemnización o compensación por razón de los mismos.

Por último, sobre el mantenimiento del equilibrio económico, se establece que el informe de la ONE respecto de los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, evalúe y establezca si las compensaciones financieras establecidas mantienen una rentabilidad razonable según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 333.4.

3.5 La Responsabilidad Patrimonial Administrativa y el Riesgo Operacional en la Ley 9/2017

La responsabilidad patrimonial administrativa (en lo adelante “RPA”) constituye un mecanismo de seguridad y hasta de garantía de relevancia para los inversionistas y el sector privado que realizaría un proyecto de CPP. La RPA funcionaría como un mecanismo de garantía de parte del proyecto, bajo ciertos supuestos, más allá de los riesgos asumidos por éste.

Se sostiene que la RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto pues se diluiría el elemento del riesgo operacional²⁹⁵. El profesor Gimeno Feliú sostiene que de conformidad con los criterios establecidos en la SEC 2010, aconsejan una limitación de la RPA en los modelos concesionales, que también incluiría los proyectos de CPP, ya que de no ser así se pudiera interpretar que se ha excluido la transferencia de riesgos, y en consecuencia, los activos estarían incluidos dentro del perímetro de endeudamiento de la Administración Pública, por lo que dentro del riesgo operacional no se podría aplicar la RPA²⁹⁶.

La Ley 9/2017 contiene disposiciones respecto de la RPA que asumen el criterio establecido por la SEC. La primera disposición que encontramos al respecto es el artículo 152 del sobre la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración.

Al respecto dispone la normativa que la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

²⁹⁵ GIMENO FELIÚ, J. M. *Concesiones y Colaboración* Op. cit., p. 14.

²⁹⁶ IDEM.

Por otra parte, el artículo 280 de la Ley 9/2017 sobre los efectos de la resolución, dispone el mecanismo de aplicación de la RPA, en primer término indicando como se aplicación en el supuesto de resolución por causa imputable a la Administración, indicando que: “En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará en todo caso al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de tres meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares”. Esto implica que el sector privado tendría una certeza que ante la resolución imputable a la Administración Pública sería compensada conforme a los criterios indicados anteriormente. Un aspecto que es inexistente en esta disposición es la rentabilidad esperada y el costo de oportunidad, aunque más adelante la norma hace referencia a ella, de acuerdo al mecanismo para determinar la indemnización. Preferiría para evitar confusiones una referencia expresa en esta disposición. En toda caso, lo que subsiste es la remuneración integral.

Para el caso de que la resolución se produzca por causas no imputables a la Administración, la nueva ley dispone que: “En los casos en que la resolución se produzca por causas no imputables a la Administración, el importe a abonar al concesionario por cualquiera de las causas posibles será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme lo dispuesto en el artículo 281. En todo caso, se entenderá que la resolución de la concesión no es imputable a la Administración cuando obedezca a alguna de las causas previstas en las letras a), b) y f) del artículo 211, así como en las letras a) y f) del artículo 279”.

Me parece un avance y acierto de la Ley 9/2017 establecer criterios objetivos para determinar la cuantía de la indemnización. Los criterios indicados serían:

- a) los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período

de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.

- b) la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquella, considerando su grado de amortización.

Estos criterios son objetivos y aun cuando se pudiera pretender utilizar otros parámetros o indicar que no sería suficiente constituye a mi entender un avance que implica previsibilidad y seguridad jurídica para el sector privado al momento de realizar cuantiosas inversiones en concesiones y proyectos de CPP.

Los pliegos de las licitaciones y proyectos son los instrumentos ideales para indicar y establecer los mecanismos objetivos, incluso con determinados supuestos ejemplificados sobre la RPA. Aún cuando ya se encuentra instaurados criterios objetivos mínimos en la Ley 9/2017, hubiera sido más saludable incluir los criterios de la RPA para cada proyecto en los pliegos. Esto se convierte en una garantía adicional para la inversión que realizará el sector privado y coopera para mejores ofertas, proyectos e involucramiento del sector privado en la consecución de los proyectos públicos, que en definitiva benefician a todos los particulares.

En definitiva, la RPA constituye otro elemento fundamental que contribuye al fortalecimiento de la contratación pública, en especial en las concesiones y proyectos de CPP. Este modelo favorece la recuperación de las inversiones e incluso pudiera hasta cierto punto reducir la TIR ofertada o presenta por el sector privado en la etapa pre-contractual. Ahora bien, la RPA no puede ni debe ser utilizado para tratar asegurarse en contra de determinados riesgos que ha asumido el sector privado, en especial, el riesgo operacional.

3.6 Los riesgos en el Anteproyecto de APP en la República Dominicana

En la República Dominicana, como ya había indicado en el capítulo I, luego de haberse introducido una serie de proyectos para regular las concesiones y la CPP, se ha optado por promover el Anteproyecto APP, el cual implica avances sustanciales respecto de los proyectos que existían anteriormente; lo que me parece interesante analizar el tratamiento otorgado en dicho anteproyecto a los riesgos.

El primer aspecto que quiero indicar es que el Anteproyecto APP enumera una serie de principios por los cuales se debe regir la Administración Pública en la estructuración, selección y ejecución de proyectos de iniciativas de APP. En ese sentido, se establece un principio de transferencia efectiva de los riesgos indicando que los proyectos de APP implican la transferencia efectiva y sustancial de riesgos a los contratistas, así como también la asignación de facultades que les permitirán controlar y gestionar dichos riesgos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad del bien o servicio público para todo el ciclo de vigencia de las alianzas. La principal conclusión es que no existe una transferencia total de riesgos.

Dentro de las principales características que establece el Anteproyecto de APP que deben tener las Alianza Público-Privada General, son la distribución de riesgos entre los miembros de la Alianza. Es por ello, que el proyecto normativo dedica un título al tema de los riesgos. A continuación, presentaré los principales aspectos. A saber:

El título IV del Anteproyecto de APP regularía el riesgo en las APP en República Dominicana. La definición que establece es la siguiente: “se entiende como riesgos aquellos factores de amenaza más relevantes que pueden afectar el normal cumplimiento y la calidad del bien o servicio público objeto del contrato. Estos riesgos deben ser identificados en el contrato y asignados a la parte contractual que mejor los pueda gestionar, controlar y administrar para beneficio del bien o de interés público”.

El aspecto que quiero destacar de esta definición es que se excluyen los riesgos imprevisibles, por lo que toda la estructura de riesgos debe estar basada en los riesgos previsibles, tal y como los he analizado en el capítulo II de este trabajo. En consecuencia, éstos deben poder ser identificados, valorizados y asignados, a la parte que mejor los pueda gestionar, controlar y administrar.

Otra cuestión que me parece relevante señalar es que la normativa ha indicado que la asignación debe realizarse para beneficio del bien o de interés público. En este sentido, se deberá prestar especial atención a dicho precepto en la aplicación práctica, debido a que se pudiera desvirtuar y utilizar caprichosamente el interés público para justificar la asignación inadecuada o ineficientemente de los riesgos.

El Anteproyecto de APP realiza una clasificación de riesgos a regularse en la estructuración de proyectos de APP indicando que se deben tener en cuenta los riesgos económicos, sociales y políticos, operacionales, financieros, de naturaleza, ambientales, tecnológicos y particulares. El anteproyecto no conceptualiza dichos riesgos, sino que los remite al reglamento de aplicación que se dictaría para definirlos.

La identificación y valoración de los riesgos ha sido expresamente incluida. Sobre el primer aspecto se ha indicado que en cada proyecto de CPP que se estructure, se deberá identificar, previo a la firma del contrato y en los términos que establezca el reglamento, las posibles causas y efectos de eventuales riesgos que pudieran afectar el normal desarrollo del proyecto.

Con respecto a la valoración de riesgos se deberá contar con una evaluación de la materialidad de los riesgos que pudieran afectar el normal cumplimiento del contrato, en los términos y condiciones que establezca el reglamento, identificando aquellos factores que afectan el impacto esperado, y la probabilidad de ocurrencia en diferentes escenarios.

Finalmente, sobre la mitigación de riesgos el Anteproyecto de APP indica que se deberá integrar en el contrato un plan de mitigación para cada riesgo identificado, ya sea mediante

cláusulas específicas y/o mecanismos particulares que se determinen como necesarios para su control y gestión, en los términos y condiciones que establezca el reglamento. Como se puede ver, si bien el proyecto no establece disposiciones específicas sobre estas cuestiones, indica que el reglamento de aplicación definirá las características particulares de los riesgos y los mecanismos de identificación, evaluación, valoración y mitigación para cada tipo de proyecto CPP.

La aproximación es correcta. No debería definirse y adentrarse mediante leyes cuestiones muy técnicas. Creo que otorgarle la potestad a un órgano administrativo para emisión de normas que aún siendo muy técnicas son las que tendrán una incidencia e impacto sustancial en la ejecución de un proyecto de CPP, pudiera tener implicaciones prácticas indeseables. Es por ello, que la adopción de estas normas a través del reglamento serían razonables para una primera generación de normativas de esta naturaleza. Más adelante cuando exista experiencia y cultura de este tipo de proyectos se pudiera realizar un balance entre la agilidad de las normas técnicas y el dictado de las mismas.

Luego de haber analizado el riesgo operacional en la Directiva y su tratamiento en el ordenamiento jurídico español, así como las posibles regulaciones que existirían en la República Dominicana sobre los riesgos, analizaré a continuación como se han contabilizado los proyectos de CPP, en vista de su estrecha relación con los riesgos analizados, se presentará algunas ideas en este capítulo.

3.7 Breve reseña sobre la contabilización de proyectos de CPP en la Unión Europea

El tratamiento contable y presupuestario que reciben los proyectos de CPP son de vital importancia, ya que una de las virtudes que se resaltan de la CPP es el respiro que pudieran tener las Administraciones Públicas en términos presupuestarios, lo que les permitiría realizar otros tipos de obras y proyectos. La Eurostat realiza varias recomendaciones respecto de los activos envueltos en un proyecto de CPP. Su clasificación dependerá de ciertas características que serán revisadas a continuación.

Antes de analizar el criterio adoptado por la Eurostat, me parece útil, establecer algunos precedentes sobre este aspecto, conforme lo expuesto por el profesor Ridao²⁹⁷, quien señala que las técnicas de la PFI se generalizarían en muchas partes del mundo, lo que indujo al *International Accounting Standards Board (IASB)* a elaborar una primera norma internacional en el 2001, llamada SIC-29, en donde se instaba a las empresas, a revelar en sus informes contables, los acuerdos de concesión de servicios en los que fueran adjudicatarias.

En vista de que esa norma no fue suficiente, el Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF) emitió en el 2006 una nota provisional para la contabilización de los contratos de concesiones de servicios, conocida como IFRIC 12, la cual fue adoptada por la Unión Europea mediante el Reglamento 254/2009, de 25 de marzo de 2009. Estas normas tienen un alcance limitado a las concesiones de servicios cuando ocurran dos condiciones: a) la entidad pública regula los servicios que el operador debe prestar con la infraestructura, a qué precio y a quién; y b) la entidad pública recibe la infraestructura al finalizar el acuerdo, momento en el que conserva aún un valor económico significativo.

Según lo indicado por el profesor Ridao, en España, las normas de contabilidad a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas, toman como referente la norma IFRIC 12, con ciertas peculiaridades, respecto de la capitalización de los gastos financieros devengados desde el momento en que la infraestructura se encuentra en condiciones de ser explotada²⁹⁸.

Una de las primeras disposiciones expresas sobre contabilización de la CPP se realiza a través de la Decisión 18/2004 de Eurostat, de fecha 11 de febrero de 2004 (en lo adelante “SEC 95”), la cual ha sido sustituida como expondré más adelante. Para abundar más sobre

²⁹⁷ RIDAO, J. *La colaboración público-privada* Op. cit., p. 190.

²⁹⁸ IBÍD., 191.

los distintos modelos de acuerdos de CPP que contemplo la SEC 95, se puede consultar a Rosario Martínez Manzanedo²⁹⁹.

Como indicaba Martínez Manzanedo, la primera decisión de Eurostat sobre CPP no tenía por objeto realizar un análisis contable de todas las formas de colaboración del sector privado con la Administración pública, sino que implicaba un marco de referencia explícita y exclusiva a la contabilización de ciertos contratos con determinadas características.

En esa primera regulación se establecían las características esenciales de la CPP para clasificar y registrar como activos del socio privado o de la Administración Pública. En resumen, se podría indicar que, los activos vinculados a una CPP no se registraban en el balance de la Administración Pública si concurrían estas condiciones: a) el sector privado asumía el riesgo de construcción; y b) el sector privado asumía al menos uno de los dos siguientes riesgos: disponibilidad o la demanda.

Lo anterior suponía una novedad para las finanzas públicas, en tanto que no se contabilizaba dentro del balance del sector público. Como se puede ver, el elemento fundamental para determinar la contabilización de la CPP en las cuentas públicas era la asignación de riesgos.

Ahora bien, las disposiciones contenidas en la SEC 95 fueron sustituidas por el nuevo Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea a través del Reglamento UE No. 549/2013, de fecha 21 de mayo de 2013 (en lo adelante “SEC 2010”), que entró en vigencia el 1 de septiembre de 2014.

Se puede sostener que la preocupación principal de Eurostat es la transparencia de las cuentas, es decir, que éstas reflejen los auténticos compromisos financieros asumidos por los Estados (en lugar de ocultarlos, como se sostiene que puede ser logrado a través de mecanismos de CPP) y que las cifras de déficit y de deuda pública sean creíbles y se puedan establecer comparaciones adecuadas entre unos Estados y otros, y tenga sentido afirmar

²⁹⁹ MARTÍNEZ MANZANEDO, R. *La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95)*. Revista Presupuesto y Gasto Público No. 45, 4/2006, España, p. 187 y siguientes.

que un Estado cumple los objetivos marcados por la normativa europea de estabilidad presupuestaria. En consecuencia, las normativas sobre contabilización no están dirigida al valor del dinero o la eficacia de fórmulas asociativas con el sector privado, sino básicamente a la adecuada y transparente contabilización de los compromisos reales asumidos por los Estados.

Las profesoras Macho Pérez y Marco Peñas³⁰⁰ indican que la CPP se presenta como una alternativa al endeudamiento público tradicional, permitiendo financiar obras y servicios públicos mediante fórmulas que no incrementan los niveles actuales de déficit y deuda públicos. Ahora bien, la cuestión medular para que pueda producirse ese respiro financiero es una correcta distribución de riesgo, de acuerdo a las reglas contenidas en la SEC 2010.

Como se analizará a continuación, la SEC 2010 presta especial atención en la optimización de la transferencia de riesgos al sector privado, con el objetivo de que el sector público obtenga el mejor valor posible por su inversión (Best Value for Money), así como indican Macho y Marco de que también se busca compartir los beneficios.

La SEC 2010 establece en la disposición 20.279 que los contratos de APP que entran en esta definición implican que el concedente pague al operador comisiones de “disponibilidad” o “demanda” y, por lo tanto, constituyen una modalidad de contratación. A diferencia de otros contratos de servicios a largo plazo, se crea expresamente un activo. Así, un contrato de APP implica la compra por parte de las administraciones públicas de un servicio producido por un socio mediante la creación de un activo. Pueden producirse muchas variaciones en los contratos de APP en lo relativo a la enajenación de los bienes al final del contrato, el funcionamiento y el mantenimiento necesarios de los activos durante el contrato, el precio, la calidad y el volumen de los servicios producidos, etc.

Asimismo, respecto a la prestación de servicios señala la disposición 20.280 que cuando la sociedad vende los servicios directamente al público a través, por ejemplo, de una carretera de peaje, el contrato se considera una concesión y no una APP. Normalmente, el precio está

³⁰⁰ MACHO PÉREZ, A. B. y MARCO PEÑAS, E. *El impacto de las colaboraciones público-privadas* Op. Cit., p. 446.

regulado por las administraciones públicas y se establece en un nivel con el que la sociedad espera recuperar sus costes y obtener una tasa de rentabilidad adecuada sobre su inversión. Al final del período del contrato, las administraciones públicas pueden obtener la propiedad legal y el control operativo de los activos, posiblemente sin pago.

Conforme a estas disposiciones, así como a la 20.281, en el contrato de APP, la sociedad adquiere el activo fijo y es la propietaria legal de los activos durante el período del contrato, en algunos casos con el respaldo de las administraciones públicas. A menudo el contrato exige que los activos tengan la forma, la calidad y la capacidad especificadas por las administraciones públicas, se utilicen de la manera especificada por las administraciones públicas para producir los servicios requeridos por el contrato, y se mantengan de acuerdo con los estándares definidos por las administraciones públicas.

La SEC 2010 respecto de la propiedad económica y asignación del activo en la CPP indica en la disposición 20.283 que para determinar quién es el dueño económico de los activos es preciso averiguar, quien dentro del sector privado o público asume la mayor parte de los riesgos y quien de ellos espera recibir la mayor parte de los beneficios de los activos.

Si la Administración Pública asume el riesgo de construcción, o si el socio privado soporta sólo el riesgo de construcción y ningún otro, los activos se clasifican como activos de la Administración Pública. Esto tiene importantes consecuencias para las finanzas de la Administración Pública tanto para el déficit como para el endeudamiento. El gasto en capital inicial relativo a los activos será contabilizado como formación fija de capital de la Administración Pública, produciendo un impacto negativo en su déficit/superávit³⁰¹.

Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse para determinar donde estará ubicado el activo son los siguientes:

- a) Riesgo de construcción: que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de

³⁰¹ BLANCO LÓPEZ, F. *La directiva 23/2014*..... Op. Cit., p. 93.

condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

- b) Riesgo de disponibilidad: que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.
- c) Riesgo de demanda: que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.
- d) Riesgo de valor residual y obsolescencia: que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.
- e) Existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador.

Dependiendo de que tanto dichos riesgos sean asumidos por el sector público o privado se asignará el activo dentro de las cuentas públicas o privadas. Se debe tomar en consideración, lo indicado por la Eurostat, respecto del riesgo de construcción de que puede ser más significativo en aquellos proyectos de CPP que impliquen importantes niveles de investigación y desarrollo o de innovación técnica; y, con carácter general, será más limitado en el caso de estructuras convencionales.

Al respecto, resulta interesante el planteamiento y conclusión del profesor Miguez Macho sobre la contabilidad y la efectiva asunción del riesgo al sostener que: “es muy difícil que en estas fórmulas de colaboración Público-Privada haya auténtica asunción del riesgo de disponibilidad o del vínculo a la demanda por parte del colaborador privado. Así emerge con claridad que la contabilización del activo como no público deviene una pura ficción contable”³⁰². Lo anterior ha sido criticado por algunos técnicos de organismos

³⁰² MIGUEZ MACHO, L. *Fórmulas de Colaboración* Op. Cit., p. 194 y 195.

internacionales que entiende que pretender contabilizar en proyectos de CPP, la infraestructura como un activo privado no sería del todo cierto, ya que en algún momento el activo pasará a ser público. De lo que se trata en definitiva, sería de diferir dicho efecto.

Por otro lado, como indican las profesoras Macho Pérez y Marco Peñas³⁰³ al referirse al riesgo de disponibilidad, si la retribución del sector privado no resulta significativamente afectada por el incumplimiento de los estándares de calidad fijados, dicho riesgo podrá considerarse inexistente, toda vez que el sector privado tendrá escasos incentivos para invertir en mejoras del nivel de calidad, puesto que dicha inversión no será rentable en términos económicos.

Finalmente, continúan indicando las profesoras Macho Pérez y Marco Peñas que para determinar la calificación de los activos y pasivos de la operación de CPP como públicos o privados en términos de Sistema Europeo de Cuentas, dependerá como he indicado de la asignación de riesgos que se realice entre el sector público y el privado. Asimismo, esta cuestión tiene un interés práctico importante, toda vez que los Estados miembros de la UE pudieran utilizar la estructura de la CPP para eludir las restricciones europeas sobre el déficit y deuda pública. Así pues, si la CPP es calificada como pública implicará un incremento en los niveles déficit y deuda públicas, afectando al cumplimiento por parte del Estado de los criterios establecidos en el artículo 126 del TFUE y en el artículo 135 de la Constitución española.

La SEC 2010 establece parámetros respecto de ciertas cuestiones contables. En ese sentido, la disposición 20.287 dispone que: “si se considera que la sociedad es el propietario económico y, como es habitual, las administraciones públicas obtienen la propiedad jurídica y económica al final del contrato sin que se produzca un pago explícito, se registra una operación para la adquisición de los activos por parte de las administraciones públicas”.

Esto implica que las administraciones públicas generan gradualmente un derecho financiero y la sociedad contrae gradualmente el pasivo correspondiente de tal manera que el valor de

³⁰³ MACHO PÉREZ, A. B. y MARCO PEÑAS, E. *El impacto de las colaboraciones público-privadas* Op. Cit., p. 452.

ambos será equivalente al valor residual esperado de los activos al término del contrato. Señala la misma disposición que: “La aplicación de este enfoque exige que las operaciones monetarias existentes se reorganicen o se realicen nuevas operaciones utilizando los supuestos sobre los valores de los activos y las tasas de interés esperados. Esto implica el reparto de los pagos de la APP, cuando el activo de la APP no figura en el balance de las administraciones públicas, en un componente que represente la adquisición de un activo financiero”.

La SEC 2010 en su disposición 20.288 presenta un enfoque alternativo sobre el registro contable del activo creado por la CPP, registrando el cambio de titularidad jurídica y económica al final del contrato como una transferencia de capital en especie. Señala esta misma disposición que: “el enfoque de la transferencia de capital no refleja también la realidad económica subyacente, las limitaciones de los datos, la incertidumbre sobre el valor residual esperado de los activos y las disposiciones contractuales que permiten que alguna de las partes ejerza varias opciones hacen que la utilización de un enfoque de transferencia de capital sea lo más prudente”.

Las explicaciones de la SEC 2010 examinan otros problemas de registro contable de las operaciones de CPP al señalar en el apartado 20.289 que: “cuando se considera que las administraciones públicas son el propietario económico de los activos, pero no realizan un pago explícito al comienzo del contrato. Para llevar a cabo la adquisición debe registrarse una operación. La sugerencia más común es que la adquisición se realice con un contrato de arrendamiento financiero imputado dada su similitud con los contratos de arrendamiento financiero reales. La aplicación de esa elección, sin embargo, depende de las disposiciones contractuales específicas, la forma en que se interpretan, y posiblemente de otros factores. Por ejemplo, podría imputarse un préstamo y los pagos reales de las administraciones públicas a la sociedad, si existen, se podrían reorganizar de manera que una parte de cada pago represente el reembolso del préstamo. Si no existen pagos reales de las administraciones públicas, podrían registrarse operaciones no monetarias para los pagos del préstamo. Otro medio de pago de las administraciones públicas para el activo podría ser el pago anticipado de un arrendamiento operativo, si se imputa un arrendamiento operativo o

un activo intangible por el derecho de la sociedad a acceder a los activos para la producción de servicios”.

Como se puede ver la SEC 2010 establece directrices precisas de cómo sería el tratamiento de proyectos de CPP. El objetivo de esas disposiciones es determinar donde será contabilizado el activo, si en el sector privado o público. Debido a la complejidad y diversidad de proyectos que se pueden presentar, así como las formas de evaluación, se establecen parámetros para determinar, cuando no existan suficientes elementos concluyentes, qué unidad (público o privada) tiene una influencia decisiva sobre la naturaleza del activo y de qué manera las condiciones de los servicios producidos con el activo están determinadas, sobre todo, por lo siguiente:

- a) el grado en que las administraciones públicas determinan la forma, calidad, tamaño y mantenimiento de los activos, y,
- b) el grado en que las administraciones públicas pueden determinar los servicios producidos, las unidades a las que se prestan los servicios y los precios de los servicios producidos.

Finalmente, la disposición 20.286 establece que: “Se evaluarán las disposiciones de cada contrato de APP con el fin de decidir qué unidad es el propietario económico. Dada la complejidad y variedad de APP, deben tenerse en cuenta en primer lugar todos los hechos y circunstancias de cada contrato, y después el tratamiento contable seleccionado que mejor refleja las relaciones económicas subyacentes”.

Ahora bien, se ha indicado que las normas SEC-2010 no están pensando en cualquier tipo de concesiones, sino fundamentalmente en las concesiones de obra y las de servicio que incluyen la ejecución de obras, puesto que es en ellas donde se realizan importantes inversiones (construcción de una autopista, un edificio público, etc.) cuya contabilización puede plantear problemas, puesto que no es lo mismo contabilizar todo el costo de la inversión en un año, lo que supone un fuerte incremento del déficit público y deuda, que

contabilizarlo en forma de concesión o de proyecto de colaboración público-privado, lo que supone contabilizar únicamente en cada año el costo de los pagos que la Administración debe hacer al concesionario, con un impacto muy limitado sobre el déficit público³⁰⁴.

Por ello, se ha sostenido que estas SEC-2010, que tanto influyen en la regulación sustantiva de los contratos públicos, se basan en unas categorías que no necesariamente se ajustan a las que utilizan las Directivas. Así, para estas normas, sólo hay “concesión” cuando el peaje por la utilización de la obra lo paga el usuario, no en el caso del “peaje en sombra”³⁰⁵. Por ello, las normas sobre riesgo operacional, riesgo de demanda y riesgo de suministro, que han pasado a la Directiva 2014/23, no proceden de la regulación que contienen las normas SEC-2010 sobre las concesiones, sino de la regulación de los proyectos de colaboración entre el sector público y el privado (PPP), que son el correlato financiero del antiguo contrato de colaboración público-privado³⁰⁶.

Comparto lo indicado por el profesor Huerga Lora de la importancia de lo expuesto anteriormente, ya que en proyectos de CPP, puede que no existe riesgo de demanda, por la configuración del proyecto, por ejemplo si se trata de un proyecto de construcción y administración de cárcel, donde el único usuario sería la Administración Pública. En ese caso no existiría riesgo de demanda, razón por la que se exigen que el sector privado asuma otros riesgos (operacional, disponibilidad, etc.).

El resultado práctico según el profesor Román Márquez³⁰⁷ es que, por influencia de las reglas SEC, en la Directiva 2014/23/UE, así como en la Ley 9/2017 ya no se exige que el sector privado o concesionario asuma el riesgo de demanda, ni siquiera en los contratos en los que sí existe ese riesgo.

Asimismo, otro inconveniente jurídico que se indica, por lo menos en Europa, para proyectos de CPP es distinguir el riesgo de disponibilidad, que en las normas SEC-2010 es suficiente para que un contrato de CPP no compute como déficit y deuda pública (siempre

³⁰⁴ HUERGO LORA, A. *El riesgo operacional en ...* Op. Cit., p. 41.

³⁰⁵ Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010, Eurostat, 2016.

³⁰⁶ HUERGO LORA, A. *El riesgo operacional en ...* Op. Cit., p. 42.

³⁰⁷ ROMÁN MÁRQUEZ, A. *El riesgo en las concesiones*, Op. Cit., p 445-481.

que el contratista asuma también el riesgo de construcción), del normal riesgo y ventura que afecta a todo empresario y que en la contratación pública está expresamente colocado a cargo del contratista.

En otras palabras, lo que ha ocurrido con la configuración y trasposición de la Directiva 2014/23/UE, así como con la supresión en la Ley 9/2017 del antiguo “contrato de colaboración público privada”, es básicamente una reconducción a las concesiones. Habiendo autores que se manifiestan a favor de dicha equivalencia, estando la minoría en desacuerdo o negando dicha equivalencia. Me parece que más que señalar una equivalencia o desacuerdo con respecto a las concesiones respecto de los proyectos de CPP, que evidentemente las tiene, existen características particulares que desde mi perspectiva sería de buena administración regularlas específicamente. De todas maneras, esto dependerá de la configuración jurídica de cada país, así como los objetivos detrás de impulsar proyectos de esta naturaleza. En definitiva, me parece saludable que existan distinciones prácticas entre las concesiones habituales de aquellos proyectos (que probablemente la mayoría tengan aspectos concesionales) de CPP cuyos objetivos sean específicos o beneficien directamente a la Administración Pública (prisiones, hospitales públicos), aunque tengan una incidencia directa en las personas o usuarios.

3.8 Algunas ideas sobre la contabilización de proyectos de CPP en la República Dominicana

Las ideas que presentaré a continuación se circunscriben a las disposiciones del Anteproyecto de APP, sin examinar las disposiciones existentes en la República Dominicana sobre concesiones. Las razones son las siguientes: la primera, el Anteproyecto de APP es el proyecto más acabado existente a la fecha sobre el tema; y la segunda por que las normas existentes sobre concesiones son dispersas y no contienen generan mayores dificultades sobre la contabilización de los activos, que son públicos.

En sentido general el Anteproyecto APP no tiene mayores disposiciones sobre la contabilización y registro de los activos que existan dentro de un proyecto de CPP. Ahora

bien, dentro de sus definiciones define lo que sería activos públicos señalando lo siguiente: “para los efectos de esta ley se entiende activos públicos aquello que suponga el uso de recursos presupuestarios o enajenación de activos de propiedad del Estado, incluyendo el otorgamiento de garantía ilimitada del Estado Dominicano o un aval de una institución del Estado Dominicano”. Es así, que conforme a dicha definición, si fuese aprobada bajo esa redacción, cuando un proyecto de CPP utilizare recursos presupuestarios o enajenase activos propiedad del Estado o se otorgara algún tipo de garantía del Estado Dominicano se estaría en presencia de un activo público, con lo cual debería registrarse dentro de las cuentas públicas y no privadas.

Por otro lado, las principales leyes que pueden tener impacto en proyecto de CPP y que fueron aprobadas durante el proceso modernización³⁰⁸ de la administración financiera del Estado Dominicano, de ese proceso se encuentran la Ley de Crédito Público No. 6-06, de fecha 20 de enero de 2006, Ley Orgánica de Presupuesto para el Sector Público No. 423-06, de fecha 17 de noviembre de 2006, Ley de Planificación e Inversión Pública No. 487-06, de fecha 28 de diciembre de 2006, Ley 5-07 sobre Administración Financiera del Estado, de fecha 8 de enero de 2007, Ley de Contraloría No. 10-07, de fecha 8 de enero de 2007.

El artículo 31 de la Ley No. 498-06 sobre planificación e inversión pública señala que: “Inversión pública es todo gasto público destinado a ampliar, mejorar o reponer la capacidad productiva del país con el objeto de incrementar la producción de bienes y la prestación de servicios. Incluye todas las actividades de preinversión e inversión de las instituciones del sector público, y se corresponde con el concepto de inversión bruta de capital fijo definida en el Manual del Sistema de Cuentas Nacionales de la Organización de las Naciones Unidas”.

³⁰⁸ El proceso de modernización, se realiza a raíz del Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y la República Dominicana (DR-CAFTA), así como de otros acuerdos institucionales de apoyo tanto del Banco Interamericano de Desarrollo, como de otras instituciones, se iniciaron los procesos para reformar la administración financiera del Estado, que abarcaba los sistemas de presupuesto, tesorería, crédito público y contabilidad gubernamental, así como mecanismos de controles tanto internos como externos. Desde el año 2004 se aprobaron leyes cuyo objetivo era la transformación y modernización de dichos sistemas con el objetivo de que fuera uniforme.

Asimismo, el artículo 32 define lo que sería un proyecto de inversión cuando señala que: “Proyecto de inversión es la creación, ampliación o rehabilitación de una determinada actividad productiva. Incluye, entre otras, las obras públicas en infraestructura, la construcción y modificación de inmuebles, las adquisiciones de bienes muebles e inmuebles asociadas a estos proyectos, y las rehabilitaciones que impliquen un aumento en la capacidad y vida útil de los activos.

PÁRRAFO: Los proyectos de inversión incluyen tanto los estudios que se requerirán en la fase de pre-inversión como la puesta en marcha de los mismos”.

De estas disposiciones, lo importante a rescatar es que la norma que vaya a regular la CPP debe tomar en consideración la categorización del proyecto como inversión pública o no, a fin de que no tenga algún tipo de incidencias en las cuentas públicas y que impacte las partidas presupuestarias. De no ser contemplado pudiera significar que toda la ingeniería de la CPP no descargue las partidas presupuestarias, por lo menos cuando se trate de proyectos de CPP de financiamiento privado sin ningún tipo de garantía pública.

Otra ley que impacta las operaciones presupuestarias y de contabilización y que pudiera afectar proyecto de CPP, es la Ley No. 6-06 sobre crédito público. Esta norma establece como una operación de crédito público: “la ejecución de contratos de bienes, obras o servicios cuyo pago total o parcial se estipule realizar en más de un ejercicio financiero posterior al que se haya efectuado el devengamiento del gasto”. Por ende, entrarán dentro de esta categoría los contratos de obras o servicios cuyo pago se deba realizar en diferentes ejercicios financieros, y se regirán por el sistema creado al efecto.

Así pues, será necesario encarar cuál sería el tratamiento de cara a operaciones de crédito público en el Anteproyecto de APP. ¿Constituirían estas excepciones a las operaciones de crédito público? Lo importante en la etapa que se encuentra la discusión de la norma de APP es que se tengan en cuenta todos estos aspectos, a fin de que la regulación sea lo más clara y efectiva posible.

Por otro lado, y para concluir el análisis sobre los aspectos de contabilidad, se ha discutido y cuestionado si los proyectos de CPP efectivamente liberan recursos públicos. Algunos sostienen que el ahorro de no pagar por la inversión, en valor presente, equivale a los costos de capital incluidos en los pagos que hace el gobierno (o deja de recibir de los usuarios por tarifas/peajes) durante la concesión. Incluso algunos llegan a expresar que la CPP “esconden” la verdadera contabilidad pública y por ello suelen ser muy populares por los gobiernos porque precisamente “adelantan” las inversiones sin que las mismas suelen ser contabilizadas como gastos del gobierno.

Me parece que esas críticas pudieran tener mayor o menor cabida, dependiendo de la configuración del ordenamiento jurídico. Ahora bien, considero que conforme a la definición propuesta en el Anteproyecto APP de las APP de tipo privada sin transferencia de activos públicos parecería efectivamente liberar recursos públicos, por lo que el Gobierno los pudiera reorientar o utilizar en otras necesidades públicas. De todas maneras, creo que es un tema que generará debate al momento de su aplicación, ya que, si bien el activo del proyecto CPP formaría parte del patrimonio del sector privado, ¿qué pasaría y como se registraría al concluirse el contrato, y consecuentemente transferirse al Estado Dominicano? Esas cuestiones entre otras contables y financieras deben ser abordadas en el Anteproyecto APP.

CAPÍTULO IV: MECANISMOS DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.

4.1 Preámbulo

Con la reciente aprobación de la Ley 9/2017, debido a la trasposición de la Directiva 2014/23/UE, así como el Anteproyecto de APP en la República Dominicana, una nueva ingeniería legal en la contratación pública inicia en ambos países: la eficiente asignación y distribución de los riesgos.

En la práctica dominicana, la DGCP hace sus mejores esfuerzos por examinar el procedimiento de selección, a los fines de que se realice apegado a la normativa vigente, pero las entidades contratantes e incluso la propia DGCP, ejercen una muy deficiente gestión en la preparación de los pliegos y documentos de licitación. De igual forma, se configura hasta el momento una deficiente, por no decir inexistente, gerencia del contrato público durante su ejecución, obviando ejercer una correcta supervisión y fiscalización, lo que implica que las obras y servicios no son ejecutados conforme a una buena administración, derivándose consecuencias negativas para la sociedad.

En este nuevo contexto será necesario identificar clara y específicamente los posibles riesgos previsibles de un determinado proyecto de CPP o concesión y establecer quien asumiría dicho riesgo, así como otras particularidades al respecto, como posibles mecanismos de mitigación del mismo.

La expresión “asignación de los riesgos” alude a la determinación contractual de cuál de las partes en un determinado proyecto debe soportar las consecuencias de que ocurran ciertos hechos que hayan sido definidos como riesgos del mismo³⁰⁹. El objetivo de este capítulo es

³⁰⁹ MAIRAL, H. *La asignación de riesgos ...* Op. Cit., p. 154.

presentar algunos mecanismos o técnicas que permitan poder realizar una asignación de riesgos efectivas entre el sector público y privado.

Por ello, una de las cuestiones primordiales es tratar de responder a la interrogante de ¿cómo se aplicaría una adecuada distribución de riesgos en proyectos de CPP conforme al principio de la buena administración?

Una correcta, eficiente distribución y asignación de riesgos puede tener un impacto positivo para la ejecución de un proyecto de CPP, tomando en consideración que son contratos de larga duración. No obstante, no se puede obviar que este elemento pudiera generar revisiones y renegociaciones de esta importante cuestión.

Asimismo, si bien los proyectos de CPP pudieran no ser el objetivo inicial de las PYMES, el establecimiento de prácticas y medidas eficientes para una buena asignación de riesgos pudiera impulsar a las PYMES a que tengan mayor impacto en la contratación pública, contribuyendo a que éstas desarrollen su potencial de crecimiento e innovación y puedan desarrollarse al punto de optar por concesiones y proyectos de CPP. Como es sabido las PYMES usualmente son las más afectadas por la ineficiencia de la Administración Pública, así como por los desequilibrios económicos que se presentan en los contratos de larga duración. Lo anterior se refuerza cuando vemos que en muchos países iberoamericanos, como España³¹⁰ y República Dominicana³¹¹ existen políticas públicas para impulsar las PYMES en la contratación pública.

Por otra parte, y para finalizar este capítulo también presentaré y analizaré ejemplos tanto de España como de República Dominicana de proyectos de concesión o de CPP, enfocándome en la distribución de riesgos realizada en los mismos.

³¹⁰ La Ley 9/2017 recoge una serie de novedades sobre las PYMES para facilitar el acceso de las mismas a la contratación pública, pudiendo tener más acceso a contratos que, en el pasado, solo podían permitirse a grandes empresas.

³¹¹ En los últimos años el Gobierno dominicano ha tratado de impulsar las PYMES, aprobando la Ley No. 488-08, que establece un Régimen Regulatorio para el desarrollo y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES), de fecha 30 de diciembre de 2008. Existen disposiciones particulares en el Reglamento de la Ley LCCP, para impulsar la contratación pública con las PYMES. Asimismo, mediante el Decreto No. 164-13, de fecha 10 de junio de 2013 se crearon disposiciones sobre compras para la micro, pequeñas y medianas empresas de producción nacional.

4.2 Limitantes a la asignación de riesgos

La primera cuestión que considero importante para poder estructurar una adecuada distribución de los riesgos es realizar un análisis de los posibles límites que puedan existir en el ordenamiento jurídico al momento de realizar dicho proceso. En ese sentido, dentro de la investigación que he realizado, en la República Dominicana no existen disposición alguna ni jurisprudencia al respecto. Por igual, no he encontrado disposiciones ni jurisprudencia española que expresamente indiquen cómo realizar un proceso de asignación de riesgos o que lo limiten.

Dicho de otra manera, son muy pocas normas expresas, por lo menos en las jurisdicciones señaladas anteriormente, que den instrucciones o pautas para distribuir los riesgos, a diferencia, de lo que ocurre por ejemplo en Colombia que existen disposiciones normativas expresas y vinculantes, así como lineamientos generales dictados por jueces y árbitros, que han generado una especie de teoría de asignación y distribución de riesgos en dicho país.

En ese sentido, se analizará las posibles limitantes que pueden existir sobre la asignación de riesgos desde dos perspectivas. La primera desde una visión constitucional y la segunda analizando las posibles limitantes legales. Al realizar este análisis se observarán los ordenamientos jurídicos de España y República Dominicana.

No obstante, previo a realizar dicho análisis, quisiera presentar algunos comentarios sobre esta cuestión que ha sido indicado por la guía referencia³¹² sobre alianzas públicos privadas con el auspicio de varias entidades internacionales³¹³ que indican que existen algunos límites sobre cómo se pueden asignar riesgos en un proyecto de CPP.

³¹² Public-Private Partnerships. Reference Guide. Version 3. International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2017.

³¹³ Las entidades que lo auspician son: African Development Bank (AFDB), the Asian Development Bank (ADB), the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), the Inter-American Development Bank (IADB), the Islamic Development Bank (IsDB), and the World Bank Group, with the support of the Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), the European Investment Bank (EIB), the Global Partnership on Output-Based Aid (GPOBA), the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), the United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP), and the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE).

Dentro de ese análisis señalan que el nivel de detalle en la asignación de riesgos pudiera ser una limitante, ya que al identificar y asignar cada riesgo a la parte más capaz de soportarlo, el costo de hacerlo sería alto, y probablemente superan los beneficios en el caso de riesgos menos significativo.

Por otro lado, indican que existen ciertos riesgos que no se pueden transferir a través de un contrato de CPP. Al respecto indican que el sector privado siempre tendrá ciertos riesgos políticos que soportar, en particular el riesgo de que el gobierno incumpla el contrato o expropié los activos. No obstante lo anterior, particularmente entiendo que el incumplimiento del contrato, si bien es una posibilidad de que ocurra, como ya se ha indicado en el Capítulo II del presente trabajo se excluye como un riesgo dentro del análisis de asignación de los riesgos.

Otra limitante que se encuentra comentada en la guía, es el grado de transferencia de riesgo a la parte privada. Considero que esta referencia como limitante se debe más bien a una cuestión práctica que una limitante real, ya que en un proyecto de CPP los financistas generalmente solo aceptarán un nivel relativamente bajo de riesgo, concomitante con sus rendimientos esperados. Dicho de otra manera, el grado en que el riesgo puede ser transferido está limitado por el nivel de equidad en la empresa del proyecto. Si las pérdidas se deben a un riesgo resulta ser mayor que la participación en el capital, los accionistas pueden alejarse del proyecto. Dado que el gobierno es en última instancia responsable de asegurarse de que se brinden los servicios.

La última limitante presentada en la guía se trata sobre los contratos incompletos, al cual me referiré y abundaré más adelante. Sobre este aspecto, indica la guía que los contratos incompletos, incluso los contratos bien diseñados pueden sufrir de la ausencia de ciertas disposiciones. Así pues, un proyecto de CPP y su correspondiente contrato no puede ofrecer soluciones para todas las situaciones posibles, por lo que proporcionarían reglas o fórmulas para los escenarios previsibles y una metodología de toma de decisiones para cualquier otra situación.

Luego de haber observado los comentarios señalados en la guía del Banco Mundial, retomo el análisis sobre las posibles limitantes en los ordenamientos jurídicos de España y República Dominicana, tomando en consideración, como ya he indicado, los aspectos constitucionales y legales.

4.2.1 Aspectos Constitucionales

La Constitución Española, a nuestro parecer, no contiene disposiciones que impliquen una limitación expresa a los mecanismos de asignación de riesgos en los contratos públicos. No obstante lo anterior, entiendo que sería importante indicar algunas consideraciones de la configuración constitucional Española sobre la iniciativa pública – privada. En ese sentido, se indica³¹⁴ que la Constitución Española delimita un sistema económico de co-iniciativa entre el sector privado y el público.

De manera particular, el artículo 128.2 de la Constitución Española indica que: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

Asimismo, el artículo 130.1 dispone que: “Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles”.

Por último, el artículo 131.1 establece que: “El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”.

³¹⁴ GIMENU FELIU, J. M. SALA SANCHEZ, P. QUINTERO OLIVARES, G. *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada*. Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, España, 2017, p. 20.

Del análisis de dichas disposiciones, se ha sostenido que la Constitución de 1978 sustituye el principio de subsidiaridad por el principio de complementariedad del sector público, lo que significa la implantación de un sistema paritario en la actuación pública y privada, que comporta que ambos están sometidos a los mismos límites, deberes y responsabilidades establecidos por nuestra Constitución³¹⁵.

Por ello, las Administraciones Públicas están constitucionalmente legitimadas para intervenir en actividades económicas al igual y sin mayores restricciones con el sector privado, comportándose como un agente empresarial más, pero debiendo, en todo caso, enmarcar su actuación bajo los principios constitucionales que rigen las Administraciones Públicas. Esto constituye una aproximación diferente de algunas jurisdicciones, como la de República Dominicana, donde por la configuración constitucional debería imperar el principio de subsidiaridad para la actividad económica pública o estatal.

Ahora bien, esto no significa que las Administraciones Pública no tengan que regirse por ciertos principios al intervenir en actividades de índole económica. Así pues, el artículo 103.1 de la Constitución Española que establece que la: “Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

De la lectura de estas disposiciones constitucionales españolas se puede concluir que la principal limitante que pudieran tener las Administraciones Públicas al realizar una adecuada distribución de riesgos es actuar bajo los principios de eficacia y de buena administración. Sobre estos aspectos abundaré más adelante.

Por su parte, la Constitución de la República Dominicana³¹⁶ tampoco contempla disposiciones específicas que pueda implicar una limitante a la asignación de riesgos. Con

³¹⁵ IDEM.

³¹⁶ Constitución de la República Dominicana. Proclamada el 26 de enero de 2010 y modificada el 13 de junio de 2015. Gaceta Oficial No. 10885.

respecto a la configuración constitucional dominicana sobre la iniciativa pública – privada, me permito realizar algunas puntualizaciones.

El artículo 50.3 de la Constitución Dominicana sobre la Libertad de Empresa, establece que: “El Estado puede otorgar concesiones por el tiempo y la forma que determine la ley, cuando se trate de explotación de recursos naturales o de la prestación de servicios públicos, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público y al equilibrio medioambiental”.

Este artículo habilita al Estado Dominicano a otorgar concesiones para la prestación de servicios públicos, pero requiere una contraprestación adecuada al interés público que recaerá al sector privado.

Asimismo, otra disposición de la Constitución Dominicana que habilita el desarrollo de fórmulas asociativas con el sector privado es el artículo 147 sobre la finalidad de los servicios públicos, que establece que: “Los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo. Serán declarados por ley. En consecuencia: 1) El Estado garantiza el acceso a servicios públicos de calidad, directamente o por delegación, mediante concesión, autorización, asociación en participación, transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual, de conformidad con esta Constitución y la ley; 2) Los servicios públicos prestados por el Estado o por los particulares, en las modalidades legales o contractuales, deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria”.

Ahora bien, el artículo 219 de la Constitución Dominicana establece la configuración constitucional respecto de la intervención pública en actividades económicas al sostener que: “El Estado fomenta la iniciativa económica privada, creando las políticas necesarias para promover el desarrollo del país. Bajo el principio de subsidiaridad el Estado, por cuenta propia o en asociación con el sector privado y solidario, puede ejercer la actividad empresarial con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y

promover la economía nacional”. La configuración del principio de subsidiaridad por la normativa constitucional pudiera implicar que el Estado solo pudiera participar en ciertas actividades empresariales y esto implica una configuración distinta a la existencia de un principio de complementariedad.

No obstante lo anterior, se resalta en este artículo la posibilidad de realizar asociaciones entre el sector público y privado para realizar proyectos de bienes y servicios básicos que promuevan la económica nacional, y como resultado se pueda traducir en beneficio de las personas. Es mi entender que esto sería uno de los objetivos fundamentales de proyectos de CPP.

Al igual que en España, la Administración Pública de la República Dominicana tiene que regirse por ciertos principios. Específicamente, el artículo 138 de la Constitución indica que: “La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado”.

En definitiva, de la lectura de las disposiciones constitucionales dominicanas, sin analizar el impacto del principio de subsidiaridad estatal, se puede concluir que la principal limitante al realizar la distribución de riesgos, al igual que como ocurre en España, es no violentar los principios de eficacia, de buena administración y por supuesto el de razonabilidad.

4.2.2 Aspectos Legales

La recién aprobada Ley 9/2017, como era de esperarse al trasponer la Directiva 2014/23/UE contiene disposiciones sobre los riesgos, en especial sobre el riesgo operacional y su transferencia al concesionario o sector privado. Sin embargo, no hace referencia expresa a cuestiones que limiten el proceso de asignación de riesgos en los contratos públicos.

No obstante lo anterior, entiendo que de la nueva redacción de las disposiciones de la Ley 9/2017 se pueden derivar algunas cuestiones que pudieran indicarse como limitaciones al

proceso de asignación de riesgos. En ese sentido, el artículo 14.4 dispone entre otras cosas que: “(...) Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”. Al respecto, se puede sostener que un límite en la asignación o transferencia de los riesgos es que no exista ningún tipo de garantía sobre los mismos, es decir, que exista una real y verdadera exposición a los riesgos.

Asimismo, el artículo 259.5 dispone que: “La Administración podrá incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a este en función de los mismos. En todo caso esta opción no podrá ser utilizada para limitar el riesgo operacional de la concesión”. De nuevo, una limitante en la transferencia del riesgo operacional es que en los pliegos no existan disposiciones que de alguna manera impliquen limitación a dicho riesgo asumido por el sector privado.

Asimismo, el artículo 285.1.c sobre pliegos y anteproyecto de obra y explotación establece que: “Regularán también la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista”.

Me parece que la ONE podría tener un papel importante respecto de la evaluación de los mecanismos de asignación de riesgos en los contratos de concesión y proyectos de CPP, debido a que esta institución evaluará si la rentabilidad del proyecto, obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida, es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario. Asimismo, deberá tomar en cuenta la mitigación que las ayudas otorgadas

puedan suponer sobre otros riesgos distintos del de demanda, que habitualmente deban ser soportados por los operadores económicos.

Asimismo, para el caso de contratos de concesión de obras en los que el abono de la tarifa concesional se realice por el poder adjudicador o entidad contratante, la ONE evaluará previamente la transferencia del riesgo de demanda al concesionario. Si este no asume completamente dicho riesgo, el informe evaluará la razonabilidad de la rentabilidad del proyecto.

Estas disposiciones tienen un impacto al mecanismo de asignación de riesgos, ya que la ONE evaluará el nivel de riesgo asumido por el sector privado y su impacto en la razonabilidad de la rentabilidad del proyecto, lo que pudiera traducirse en cuestiones prácticas en que se determine que no se ha efectuado una verdadera transferencia de riesgo con su correspondiente implicación, que pudiera ser, entre otras que no sea considerado el contrato como una concesión.

En el caso de la República Dominicana existen muy escasas normas relativas a la asignación de riesgos. La Ley LCCP sólo establece pocas referencias sobre riesgos. Específicamente el artículo 46, incluye y establece el principio clásico de que las concesiones son realizadas por riesgo y ventura del contratista.

Por su parte, el numeral (6) del artículo 55 de la LCCP dispone que: “Definición de políticas de asignación de riesgos (legal, comercial, construcción, ambiental, financiero) por las partes y mitigación de contingencias”. Asimismo, el numeral 4 del párrafo II del artículo 56 de la LCCP sobre evaluación de ofertas dispone que: “Que se haya comprendido y no se presenten cambios en la distribución de riesgos del pliego de condiciones”.

Es por ello, que puedo concluir que la normativa de contratación pública en República Dominicana no contiene disposiciones que impliquen una limitación expresa a los mecanismos de asignación de riesgos en los contratos públicos.

Ahora bien, es importante hacer referencia, algunos anteproyectos de modificación del régimen de contratos públicos que incluyen expresamente referencia a los riesgos previsibles, limitando su asignación a éstos. Veamos.

El primero se trata de un borrador de trabajo del anteproyecto de Ley que modificaría la LCCP liderado por el Ministerio de Hacienda. Por tratarse de un borrador de trabajo, no realizaré un análisis profundo, pero me parece interesante hacer referencia al numeral 2 del artículo 14 sobre planeación de los procedimientos de selección que establece lo siguiente:

“(...) Todo procedimiento de selección deberá soportarse en estudios previos, con el alcance que señale el Reglamento, así como a las regulaciones especiales aplicables al desarrollo del objeto contractual. En todo caso, como mínimo, en ellos se deberá especificar la necesidad a atender, el costo estimado del bien, obra o servicio a contratar de tal forma que se establezca el presupuesto máximo de la contratación y se identifique la partida presupuestal a afectar. Igualmente deberán contener la determinación del tipo de contrato a celebrar, describiendo su objeto y las prestaciones que se espera recibir del contratista, así como la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación y las garantías requeridas para el proceso de selección y para la ejecución del contrato”.

Lo interesante de esta propuesta sería la referencia expresa a la asignación de los riesgos previsibles, lo que implicaría por análisis contrario que aquellos riesgos imprevisibles o no determinados no estarían sujetos a un proceso de asignación. Aunque una disposición de esa naturaleza sería un avance sobre el tema en República Dominicana, el anteproyecto se queda corto, ya que no indica mayores disposiciones sobre los aspectos necesarios para la identificación de riesgos previsibles. Por esta razón, es importante realizar propuestas para que en el proceso de discusión se pueda regular y establecer disposiciones más precisas sobre los riesgos previsibles.

Por otro lado, se encuentra el Anteproyecto APP del cual ya he hecho referencia anteriormente. Este proyecto contiene toda una sección dedicado a los riesgos. Las

disposiciones propuestas establecerían las bases de discusión para una buena identificación y asignación de los riesgos.

De manera expresa, la definición propuesta de riesgo abarca entre otras cosas que: “los riesgos deben ser identificados en el contrato y asignados a la parte contractual que mejor los pueda gestionar, controlar y administrar para beneficio del bien o de interés público”. (Énfasis añadido)

Asimismo, el artículo 46 del Anteproyecto APP sobre identificación de riesgos establece que: “En relación con cada Alianza Público–Privada que se estructure, se deberá identificar, previo a la firma del contrato y en los términos que establezca el reglamento, las posibles causas y efectos de eventuales riesgos que pudieran afectar el normal desarrollo del proyecto”.

El artículo 47 del Anteproyecto APP sobre valoración de riesgos dispone que: “En relación con cada Alianza Público–Privada que se estructure, se deberá contar con una evaluación de la materialidad de los riesgos que pudieran afectar el normal cumplimiento del contrato, en los términos y condiciones que establezca el reglamento, identificando aquellos factores que afectan el impacto esperado, y la probabilidad de ocurrencia en diferentes escenarios”.

Como se puede observar, de aprobarse estas disposiciones para proyectos de CPP se instauraría un verdadero régimen de riesgos previsible y su asignación. Lo que implicaría una regulación precisa sobre la identificación y valoración de los riesgos que por interpretación a contrario, significa que aquellos riesgos que no cumplan con esas características no podrían ser asignados entre las partes, lo cual constituye una verdadera limitante y restricción a la asignación de riesgos.

En resumen, aún cuando en España ni en República Dominicana existe un régimen preciso sobre riesgos, del análisis del principio de razonabilidad, eficacia y de buena administración derivado de sus respectivas Constituciones, así como de los anteproyectos que existen,

entiendo que existen o deberían existir las siguientes limitantes respecto de la asignación de riesgos:

- a) Los riesgos que superen el álea normal ordinaria del contrato. En otras palabras, no se pudieran asignar los riesgos extraordinarios o imprevisibles ni irrazonables.
- b) Identificación y valoración del riesgo. Si no existe dicha información los riesgos no podrían ser asignados. Por ello, se sostiene que los riesgos que no se encuentran debidamente especificado en los pliegos de condiciones tampoco podrían ser asignados.
- c) No se puede trasladar el incumplimiento de las obligaciones del sector privado ni de la entidad contratante.
- d) Las circunstancias o hechos extraordinarios que generen un desequilibrio económico.
- e) La asignación de todos los riesgos a un parte tampoco sería posible.

De todo lo anterior, puedo concluir que elemento crítico es determinar cuales serían los riesgos derivados del alea normal del contrato. Aunque ese aspecto puede ser discutido, subjetivo y casuístico, la matriz de riesgos del contrato o proyecto CPP es fundamental para determinar aquellos riesgos asignables o trasladables de un determinado proyecto.

4.3 La buena administración en la asignación de riesgos

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³¹⁷ del año 2000 establece en su artículo 41 el Derecho a una buena administración en los siguientes términos:

³¹⁷ Proclamada el 7 de diciembre de 2000, posteriormente modificada y ratificada el 12 de diciembre de 2007, la que sustituyó a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, pero mantuvo en los mismos términos el artículo 41.

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

En Iberoamérica, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del ciudadano³¹⁸, conceptualiza la buena administración pública, como: “una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”.

Como bien ha dicho, el profesor Rodríguez-Arana, la buena administración, viene a reforzar la actual concepción de que el Derecho Administrativo debe ser concebido desde la centralidad del ciudadano y sus derechos fundamentales, y por ende, desde la participación democrática, abierta y plural de los ciudadanos en toda la actividad administrativa. Asimismo, ha indicado el mismo profesor que: “Tratar sobre buena Administración pública constituye una tarea que ha de estar presidida por los valores cívicos, y correspondientes

³¹⁸ Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013.

cualidades democráticas, que son exigibles a quien ejerce el poder en la administración pública a partir de la noción constitucional de servicio objetivo al interés general. Poder que debe moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo y atento a la opinión pública”³¹⁹.

Asimismo, se ha sostenido que a través de este derecho se “debe asegurar que los asuntos de los ciudadanos sean gestionados con imparcialidad, de manera justa y dentro del marco temporal establecido y en el marco de una administración funcional y eficaz”³²⁰.

La jurisprudencia de la Unión Europea ha considerado que la buena administración cumple la doble finalidad de permitir los derechos de defensa del ciudadano al conocer los motivos que están detrás de la actuación de la Administración, así como hacer viable el posterior control judicial de la actuación de la Administración por los Tribunales. Señala expresamente la jurisprudencia, que la motivación de una actuación “debe mostrar, de manera clara e inequívoca, el razonamiento de la autoridad comunitaria de la que emane el acto impugnado, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y que el juez comunitario pueda ejercer su control”³²¹.

Asimismo, se ha sostenido que los principios de una buena administración o de una administración correcta han sido reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia desde hace tiempo³²².

En el caso Dominicano, la buena administración se incorpora por primera vez en el año 2013. Sin embargo, creo oportuno señalar que, uno de los pioneros y maestro del derecho público dominicano, el profesor Manuel de Jesús Troncoso de la Concha, en sus cátedras de

³¹⁹ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ponencia sobre el Derecho Fundamental a la Buena Administración*. Mayo 2013, Universidad UNIBE, República Dominicana.

³²⁰ MAGIERA, S. *El Derecho a una Buena Administración en la Unión Europea* (Baden-Baden, 2011) en Jürgen Meyer (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NomosKommentar*, Baden-Baden, 3era edición 2011, p. 518- 528.

http://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/col_leccio_materials/26_les_administracions_en_perspectiva_europea/8_magiera/08-magiera_tradcast.pdf.

³²¹ Delacree.a. v. Comisión, 14 febrero 1990 (C-350/88).

³²² MAGIERA, S. *El derecho a una buena administración ...*, Op. Cit., p. 519 y siguientes.

Derecho Administrativo³²³, en los años 1930 hablaba de buena administración, aunque sin la dimensión y concepción actual.

El derecho a la buena administración queda configurado en el artículo 4 de la Ley 107-13, estableciendo una enumeración de derechos que se aplican a toda la actuación de la Administración Pública, incluyendo por supuesto la contratación. Los derechos subjetivos de una buena administración concretados en esta norma que contiene un catálogo de 32 derechos debidamente especificados. Estableciendo también la buena administración como un derecho fundamental de los ciudadanos, haciendo expresa referencia al aumento de la calidad de los servicios y actividades que realiza la Administración Pública. Sin dudas, la actividad de contratación pública presenta una relevancia importante, por lo que es necesario que la Administración Pública la ejerza aumentando su eficiencia y calidad. Una de estas formas es aplicando una buena administración en la contratación pública, particularmente, en la asignación de riesgos del contrato público.

El Tribunal Constitucional dominicano ha establecido expresamente que el derecho a la buena administración se encuentra implícitamente contenido en nuestra Constitución, al señalar que: “(...). Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad y evitar dilaciones indebidas. Este mandato normativo da existencia actual a lo que se ha configurado como un derecho fundamental nuevo entre nosotros, denominado “derecho al buen gobierno o a la buena administración.”

Este derecho se encuentra implícitamente en el texto de nuestra Constitución, específicamente en los artículos 138, 139, y 146, los cuales se han concretizado legalmente en la referida ley orgánica, plasmando de forma más concreta en nuestro ordenamiento este principio constitucional”.

Los mandatos precedentemente resumidos configuran el denominado «derecho a la buena administración», designación que hace taxativamente la Ley núm. 107-13, cuya vigencia ha

³²³ Cátedras de Derecho Administrativo del Profesor Manuel de Jesús Troncoso de la Concha, publicadas y convertidas en tratado, bajo el título de Elementos de Derecho Administrativo con aplicación a las Leyes de República Dominicana, editado en 1938, manteniéndose como obra única en su género en el país durante décadas, siendo un trabajo reconocido internacionalmente, en la Universidad de La Habana.

sido postergada hasta el dos mil quince (2015), pero que debe considerarse, en relación con el asunto de que se trata, como un derecho actualmente dimanante de las obligaciones puestas a cargo de la Administración Pública por la Constitución de la República y otras normas”³²⁴ (Énfasis añadido).

De lo anterior, podemos concluir que el principio de buena administración y su catálogo de derechos es un derecho fundamental tanto en España como en la República Dominicana. Lo interesante ahora es determinar cómo aplicar cada vez una buena administración en la asignación de riesgos.

Respecto a disposiciones expresas sobre asignación de riesgos, se ha determinado en el presente trabajo de investigación que tanto en la legislación española como en la dominicana, existen escasas normas expresas sobre este proceso. En vista de lo anterior, entiendo, que resulta necesario una regulación más efectiva sobre la asignación de riesgos en las concesiones y proyectos de CPP. Si se opta por la alternativa de no hacer nada, es decir que se mantenga el *status quo* actual, es probable que no se desarrollen efectivamente proyectos bajo esta modalidad. Parafraseando a Peter Drucker³²⁵, en relación a las decisiones efectivas: se toman decisiones o acciones cuando una condición se degenera o agrava. Sin embargo, mientras se produzca dicha revisión, la Administración Pública puede eficientizar la asignación de riesgos, aplicando una buena administración.

Así pues, por ejemplo, y sobre esta cuestión se abundará más adelante, pero se puede hacer uso del análisis económico o del mejor valor posible del dinero (*value for money*) en la asignación de riesgos, lo que implicaría que en un proyecto CPP, entre otras cosas que un parámetro inicial se deban asignar los riesgos a la parte que está mejor capacitada para administrarlos y se trate de obtener el mayor beneficio por el dinero invertido en un determinado proyecto.

Luego, siguiendo esa lógica, en lo que se refiere al riesgo de diseño, quien elaboró el correspondiente estudio de ingeniería debe asumir la responsabilidad por su idoneidad y

³²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, de fecha 22 diciembre 2014. TC/0322/14.

³²⁵ DRUCKER, P. *The Effective Executive*. Harper Business, Estados Unidos de América, 2004.

consistencia. En ese sentido, si el concesionario o el sector privado elaboró el estudio de ingeniería luego de suscrito el contrato, resulta razonable que dicho sector asuma el riesgo por cualquier defecto que posteriormente sea encontrado en el estudio.

En este contexto, entiendo que una buena administración, ante la falta de regulación expresa, implicaría acordar un documento, preferiblemente vinculante de políticas de distribución y asignación de riesgos por la Administración Pública. La preparación de este documento deberá contar con la participación activa de los agentes que participan en concesiones y particularmente en proyectos de CPP.

Asimismo, también la buena administración en el proceso de asignación de riesgos implicaría establecer algún procedimiento previo a la presentación de proyectos formales sobre CPP, a fin de que los interesados puedan presentarle a la Administración Pública su propuesta respecto de la asignación de los riesgos y que inicie de esa manera un dialogo conducente a establecer una matriz o mapa de riesgos entre los principales agentes y sectores envueltos en un determinado proyecto de CPP.

También, una buena administración en proyectos de CPP implica una comunicación a la comunidad de los riesgos asociados con no realizar el proyecto, a fin de que sea debidamente analizada la factibilidad del mismo por todos los actores envueltos en el proceso. Cuando la Administración Pública opta por no transparentar a la comunidad o los particulares, que son en definitiva quienes se beneficiarían del proyecto, los riesgos envueltos con la no realización del proyecto de CPP, a veces para evitar evidenciar la urgencia o necesidad de que se realice, impide que la ciudadanía, actores o agentes comparen los riesgos del proyecto con los derivados de la inactividad.

Me parece que, si se inicia el proceso sin expresar los peligros derivados de la inactividad (sin importar cual sea su causa), pudiera generar un efecto adverso en la opinión pública para la materialización de un proyecto de CPP. A diferencia, de lo que pudiera ocurrir, cuando existe transparencia y se reconoce la necesidad pública de la materialización o ejecución del proyecto de CPP, lo que permite que el mismo reciba un apoyo público por la

ciudadanía, actores o agentes, siempre y cuando el mismo se encuentra debidamente planificado y sustentado. Estos aspectos para mí son fundamentales en una CPP, e implican un ejercicio de una buena administración.

En definitiva, la buena administración manda que existan y se establezcan mecanismos objetivos y claros desde el inicio y concepción de un proyecto de CPP, hasta la parte capital de la presente investigación que es la asignación de riesgos, realizando una diferenciación entre riesgos previsible e imprevisibles. Entonces, la aplicación de una buena administración en la asignación de los riesgos en la CPP es fundamental, ya que de esa manera sería más efectivo determinar quien estaría en mejor posición de soportar el riesgo, por los diferentes agentes que intervienen en un proyecto de CPP agregando de esa forma mayor valor.

Hasta tanto se produzca una actualización en la normativa vigente, las entidades públicas que pretendan realizar proyectos de CPP pueden realizar actuaciones para aplicar el principio de buena administración respecto de la asignación de riesgos, como serían las siguientes:

- a) Comunicar transparentemente cuáles serían los riesgos asociados con la inactividad o no ejecución de un determinado proyecto de CPP, para que le permita a los actores del proceso determinar si conviene o no realizar el mismo
- b) Creación de políticas de distribución y asignación de riesgos vinculantes. La preparación de este documento deberá contar con la participación activa de los agentes que interactúen en un determinado proyecto.
- c) Establecer un procedimiento previo a la presentación de ofertas o proyectos bajo esta modalidad, a fin de que los interesados puedan presentar a la Administración Pública su proposición respecto de la asignación de riesgos.
- d) Adoptar como criterio para asignar un riesgo, quien se encuentre en mejor posición de

evaluarlo, prevenirlo, controlarlo y administrarlo, así como quien disponga de mejores instrumentos de protección y mitigación, tomando en consideración los costos que esto implique.

- e) Establecer mecanismos transparentes y de participación durante el proceso de asignación de riesgos.

4.4 La Administración del Riesgo

La administración de riesgos que incluye su asignación es un proceso que no es sólo jurídico. De hecho, el componente jurídico que incluye es el de menor relevancia. En este campo, el análisis metodológico, económico y de gestión adquiere mayor relevancia que el jurídico. Por ello, a veces creo que la distribución de riesgos entre el sector público y privado muchas veces es inadecuada, al no prestarle la debida atención a este proceso. Al respecto indican Jin y Dolo³²⁶ que el reparto de riesgos es conceptualizado como un intercambio de la responsabilidad en la administración de riesgos entre el gobierno y la compañía del proyecto. Indican que la cantidad de riesgos que una parte debe asumir dependerá de la responsabilidad en la administración del riesgo³²⁷.

Asimismo, la administración del riesgo es definido por el profesor Katz³²⁸ como un arte de determinar, analizar, responder y controlar los factores de riesgo de un proyecto de la manera que mejor asegure a todos los interesados que el proyecto se está administrando efectivamente.

En ese mismo sentido, se evidencian unas conclusiones del reciente informe especial del TCE relativo a las Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados (presentado con arreglo al artículo 287 TJUE, apartado 4, párrafo

³²⁶ JIN, X.H. and DOLOI, H. *Interpreting risk allocation mechanism in public-private partnership projects: an empirical study in a transaction cost economic perspective*. Construction Management and Economics, 2008, citado por CHANG, Chen-Yu.

³²⁷ CHANG, C.Y. *A critical review of the application of TCE in the interpretation of risk allocation un PPP contracts*. Construction Management and Economics, 2013, Vol. 31, No. 2. Routledge, Taylor & Francis, p. 100.

³²⁸ KATZ, G. I. *Contract risk allocation*. Conferencia sobre transferencia de riesgos contractuales en el Instituto Internacional de Riesgos, 29 octubre 2001.

segundo) al indicar que: “La distribución de riesgos entre los socios públicos y privados fue por lo general inadecuada, incoherente e ineficaz, mientras que los elevados índices de remuneración (hasta el 14 %) que ofrece el capital de riesgo de los socios privados no siempre reflejaban los riesgos asumidos. Además, la mayoría de los seis proyectos TIC auditados no eran fácilmente compatibles con la larga duración de los contratos, al estar sujetos a rápidos cambios tecnológicos.”³²⁹

Al tratarse de un proceso y de una gestión o administración del riesgo, entiendo que un parámetro para medir que este proceso es realizado efectivamente y con calidad pudiera ser la utilización de las Normas ISO 9001:2015 sobre sistemas de gestión de la calidad. No debemos de olvidar que uno de los principios que rigen las contrataciones públicas es el de eficiencia y calidad, por que lo resultaría recomendable que existan procesos claros, precisos y medibles.

Algunas guías sobre riesgos indican que la gestión del riesgo se refiere a los principios y metodología para la gestión eficaz del riesgo, mientras que gestionar el riesgo se refiere a la aplicación de estos principios y metodología a riesgos particulares.

En definitiva, de lo que se trata es de que existan unas reglas y procesos para la administración del riesgo que comprendería establecer elementos para su identificación, análisis, asignación y control, con el objetivo de que las concesiones o proyectos de CPP puedan ejecutarse de manera positiva. La administración del riesgo contribuye a que este tipo de proyectos, a través de los correspondientes sistemas de control, puedan ser ejecutados de manera más satisfactoria.

El profesor Klee³³⁰ señala que en general, en el análisis de riesgos, se pueden distinguir cuatro estrategias, las cuales las señala como las “4 Ts”: tomar; tratar; transferir y terminar. Veamos brevemente cada uno de ellos.

³²⁹ Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo (TCE) relativo a las Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados, 2018, No. 9.

³³⁰ KLEE, L. *International Construction Contract Law*. Wiley Blackwell, Oxford, Reino Unido, 2015, p. 16.

Tomar (take): Este enfoque de gestión de riesgos se basa en la voluntad de las partes; ausencia de precauciones e implica la aceptación de la pérdida (o beneficio de la ganancia), de un riesgo cuando ocurre. Esta es una estrategia que pudiera resultar razonable o viable cuando los riesgos potenciales son mínimos, de remota ocurrencia o si los costos de asegurarse serían mayores a lo largo del tiempo que cualquier pérdida potencial sostenida. Lo mismo puede decirse de los riesgos que son tan grandes que no son asegurables o las primas son imposiblemente altas. Una contingencia presupuestaria sólida es la única forma posible de protegerse contra este tipo de riesgo. Entiendo que esta estrategia no sería eficiente para proyectos de CPP.

Tratar (treat): Esta estrategia de gestión de riesgos se basa en la prevención y asignación de riesgos, y es la que desde la perspectiva de Klee se está analizando en este trabajo. Esta estrategia sigue el principio de "la prevención es mejor que la cura" y adopta enfoques proactivos y reactivos. La primera regla da preferencia a la gestión proactiva que se centra en evitar riesgos para que no se realicen. La prevención completa puede no ser siempre factible, por lo que, en este caso, el peligro debe mitigarse efectivamente. La materialización de riesgos siempre tendrá un impacto adverso sobre el proyecto, ya que puede aumentar los precios, causar retrasos o interrupciones y afectar potencialmente la calidad del producto. Se puede tomar un enfoque reactivo donde la administración proactiva es imposible. En este caso, es necesario prepararse adecuadamente para la realización de peligros potenciales para mitigar posibles consecuencias adversas.

El tratamiento al riesgo también implica una distribución eficiente del riesgo entre los participantes del proyecto. Aquí se pueden distinguir dos principios. El primero es el principio de centralización donde el riesgo corre a cargo de una sola parte y, en segundo lugar, el principio de descentralización en el que el riesgo corre a cargo de la parte más capaz de gestionarlo de manera eficiente.

Transferir (transfer): El riesgo se transfiere a un tercero contra el pago, generalmente en forma de seguro. De hecho, el riesgo siempre permanece con el participante del proyecto y el asegurador proporciona una indemnización acordada. El riesgo también puede ser

compartido, como con un socio en un consorcio o empresa conjunta.

Terminar (terminate): Es fácil rechazar un proyecto debido a un potencial peligro pendiente. Como señala el profesor Klee “el que no arriesga nunca llega a beber champagne”, referenciando que todo proyecto tiene un potencial de riesgo o de peligro, pero también tiene un potencial de obtener grandes beneficios.

Luego de presentar el enfoque de las diversas estrategias que indica el profesor Klee, analizaré las estrategias que creo serían convenientes su aplicación consciente en los proyectos de CPP, no sin antes reiterar que los riesgos en una CPP varían según el país donde se implementa el proyecto, la naturaleza del mismo, y los bienes y servicios involucrado.

No obstante, ciertos riesgos son comunes a muchos proyectos de CPP, los cuales se han presentado en el Capítulo II del presente trabajo de investigación, agrupándolos en categorías de riesgo asociados comúnmente con una función particular como construcción, operación, o financiamiento y cuestiones económicas.

Finalmente, se sostiene que para enfocar los esfuerzos al asignar los riesgos, a menudo es útil considerar su importancia. Algunos riesgos serán más importantes que otros en términos de probabilidad y severidad de impacto en los resultados del proyecto, o ambos³³¹.

4.4.1 Identificación del riesgo

El primer aspecto que se debe realizar para una eficiente asignación del riesgo es identificarlo. La identificación de los riesgos que comprende un proyecto de CPP debe analizarse en forma previa a la realización de la convocatoria o recepción de propuestas de iniciativa privada, toda vez que los términos del proyecto deben establecer la distribución propuesta de los riesgos. Se pudiera sostener que el punto de partida para que un proyecto de CPP sea exitoso es la correcta identificación de los riesgos asociados al mismo.

³³¹Public-Private Partnerships. Reference Guide. Version 3. Op. Cit. p. 140.

Como ya se ha indicado, en el ordenamiento actual tanto en España como en República Dominicana, no hay mayores disposiciones expresas sobre la identificación de los riesgos. Me parece que sería de buena administración, que la entidad contratante realice mediante un estudio previo a la concesión o proyecto de CPP una primera aproximación a la identificación y clasificación de los riesgos que se pueden presentar durante la ejecución del proyecto.

El proceso de identificación y clasificación de los riesgos es el primer paso para continuar con la asignación de los riesgos. El segundo sería, tal y como se analizará a continuación, la valoración económica del riesgo de acuerdo a la probabilidad de ocurrencia y al impacto económico en el proyecto.

En la actualidad existen pocas disposiciones sobre la identificación de riesgos, por ejemplo, si bien en España la Ley 9/2017 establece en los artículos 259.5 y 285.1.c disposiciones que permitirían derivar que en los pliegos y anteproyectos de obras y explotación se podrían identificar riesgos, no se establece algún mecanismo o procedimiento expreso al respecto, por lo que considero que dichas disposiciones no son lo suficientemente precisas.

En el caso dominicano, la ley actual hace referencia a las políticas de asignación de riesgos que se establecerían en los pliegos de condiciones, sin hacer mayores aclaraciones. Como ya he indicado, en la práctica ese proceso es muy pocas veces ejercido, y cuando se ejerce no se realiza con la suficiente consciencia. En ese sentido, se dirigen las disposiciones y propuestas de modificación en el ordenamiento jurídico dominicano, a fin de que se consagre como una obligación la identificación y asignación de los riesgos previsibles en los pliegos de condiciones.

En definitiva, la identificación de los riesgos se realiza mediante el proceso de tipificar los mismos, es decir, realizando un listado de los posibles riesgos que pueden presentarse y que su ocurrencia impactaría económicamente el proyecto de CPP o la concesión. Asimismo, sería recomendable indicar en dicho listado el nivel de gradualidad que tendría el riesgo de

ocurrir. Si sería un riesgo alto, medio o bajo, tomando en consideración el impacto económico y la probabilidad de ocurrencia.

En otros países, como Colombia que ha adquirido una interesante experiencia realizando matrices de riesgos en la contratación pública, existen políticas y lineamientos específicos para el entendimiento del concepto de “riesgo previsible” en el marco de las adquisiciones sometidas al estatuto general de contratación de la Administración Pública, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios³³².

Creo que un proceso de identificación de riesgos llevado a cabo con consciencia o dicho de otra manera aplicando una buena administración debe analizar las causas, tomando en consideración los factores internos y externos que puedan afectar el proyecto. Me parece que la participación de los interesados en este proceso es fundamental y necesaria. De lo contrario, la Administración puede fallar en el proceso de identificación y este sería el inicio del fracaso del mismo.

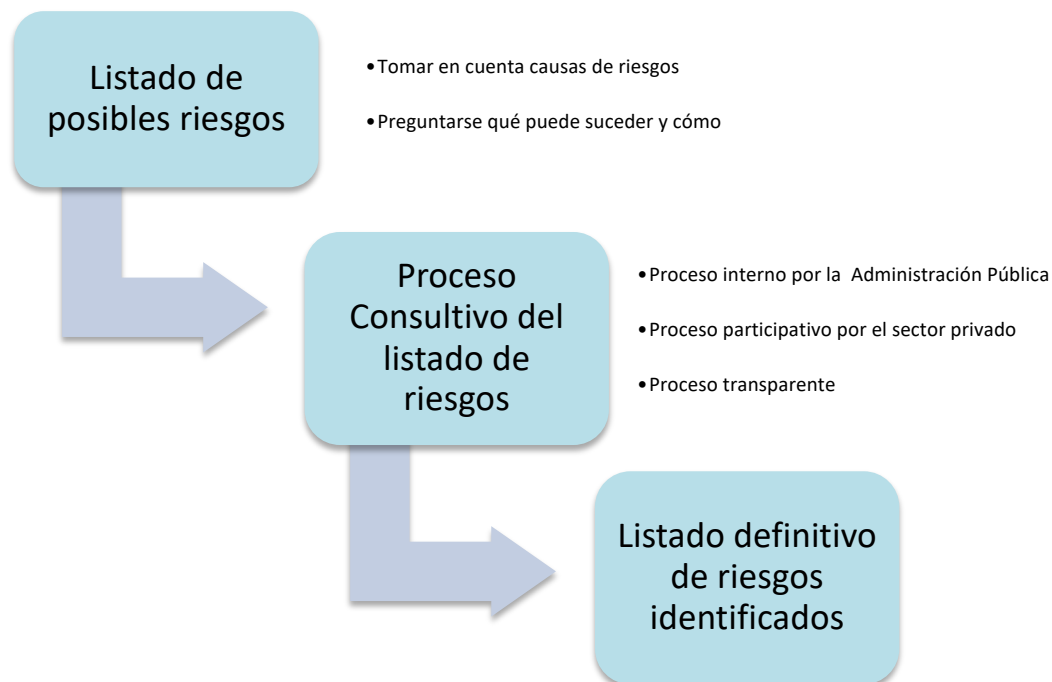
En la mayoría de los proyectos de CPP que se realizan en Canadá, la identificación de los riesgos se hace mediante la intervención de los interesados y de los eventuales oferentes en etapas anteriores a la convocatoria de licitación.

Como indica Delmon, un método para la identificación del riesgo es el desarrollo de un “checklist” o listado (catalogo) de los riesgos. Adicionalmente, algunas maneras de categorización de los riesgos del proyecto son necesarias si se tienen un entendimiento claro acerca de los riesgos a ser repartidos entre las partes³³³.

El proceso de identificación de riesgo que entiendo debería aplicarse sería el siguiente:

³³² Me refiero al Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia (CONPES) 3714, sobre el Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública, de fecha 1 de diciembre 2011.

³³³ Delmon, J. *Projects in Infrastructure:...*, Op. Cit., p. 26. Asimismo, este autor indica la clasificación propuesta por LI basada en tres niveles de factores de riesgos basados en niveles de compromisos que serían el nivel macro de riesgo; nivel meso de riesgos y nivel micro de riesgos.



Un posible ejemplo del listado o checklist de los riesgos pudiera ser algo como esto:

Factores de riesgos identificados	Asignación del Riesgo		
	Público	Privado	Compartido
Intervención Gubernamental	*		
Expropiación – Nacionalización	*		
Cambio legislativo o regulatorio	*		
Adquisición o ubicación de terrenos	*		
Retrasos en el proyecto por aprobaciones administrativas o permisología	*		
Inflación		*	
Financiamiento		*	
Culminación o conclusión del proyecto		*	
Demanda del servicio		*	
Disponibilidad		*	

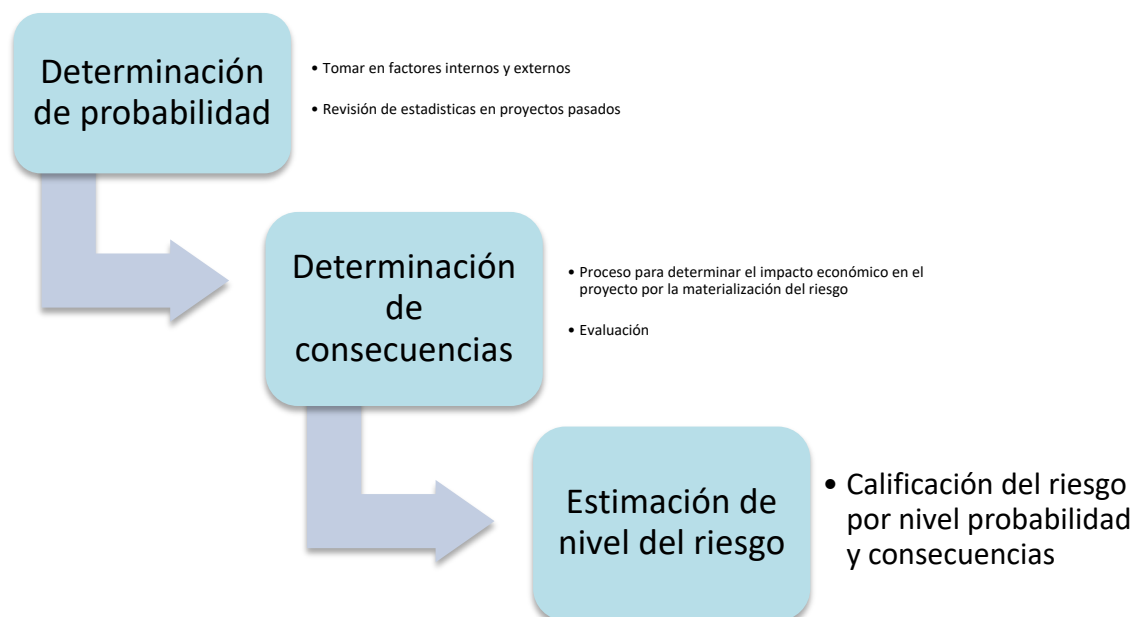
Operacionales		*	
Riesgos residuales		*	
Económicos		*	
Guerras, invasiones, revolución, terrorismo			*
Oposición pública			*
Ambientales			*

4.4.2 Análisis del riesgo

El segundo elemento que se debe realizar en un proceso de asignación y administración del riesgo es su análisis que básicamente busca establecer la probabilidad de ocurrencia del mismo y sus consecuencias, indicando el nivel de riesgo en un determinado proyecto de CPP o concesión. Por ejemplo, lo ideal sería que luego de identificado el checklist se incluya la probabilidad de ocurrencia.

Las informaciones obtenidas en la fase de identificación de riesgo condicionarán esta fase de análisis del riesgo. Si las informaciones obtenidas no fueron veraces, pues toda la configuración de la administración, gestión y asignación del riesgo probablemente no sea la más adecuada. Por ello, cada etapa, iniciando por la identificación de los riesgos requiere uso de informaciones veraces y estadísticas de proyectos anteriores que puedan ser útiles en la concesión o CPP.

El proceso de análisis de riesgo, si bien es un proceso técnico que implica evaluaciones económicas y de probabilidad más que una cuestión jurídica, entiendo que debería contener por lo menos los siguientes elementos:



La probabilidad sería la medida cuantitativa de la posibilidad que existe de que se produzca un determinado suceso³³⁴. Es decir, no es más que determinar la posibilidad de ocurrencia del riesgo que previamente ha sido identificado. En este aspecto, se puede utilizar como criterio la frecuencia de la ocurrencia del mismo en otros proyectos similares. Para ello, se requiere contar con las informaciones y estadísticas veraces.

4.4.3 Valoración del riesgo

Como ya se ha indicado previamente, la valorización del riesgo sería uno de los elementos de mayor utilización para una correcta asignación de los riesgos. En ese sentido, una vez en un determinado proyecto de CPP se hayan identificado y analizado los riesgos que pueden afectar el mismo, se debería realizar un proceso de determinación económica ante la ocurrencia del evento (riesgo) al momento de materializarse en el transcurso de la ejecución del proyecto. En otras palabras, se debe proceder a determinar el impacto económico del mismo en caso de que ocurriera el riesgo.

³³⁴ ANDERSEN, Arthur. *Diccionario de Economía ...*, Op. Cit., p. 522.

Al momento de realizar la valoración económica, debe considerarse como también indica el profesor De Vivero³³⁵, la probabilidad de ocurrencia del evento y, por otro lado, evaluar la consecuencia económica que tendría para el proyecto, en caso de que se concretará la ocurrencia del riesgo. Como ya se ha indicado, dicho proceso se realizaría durante la etapa de análisis.

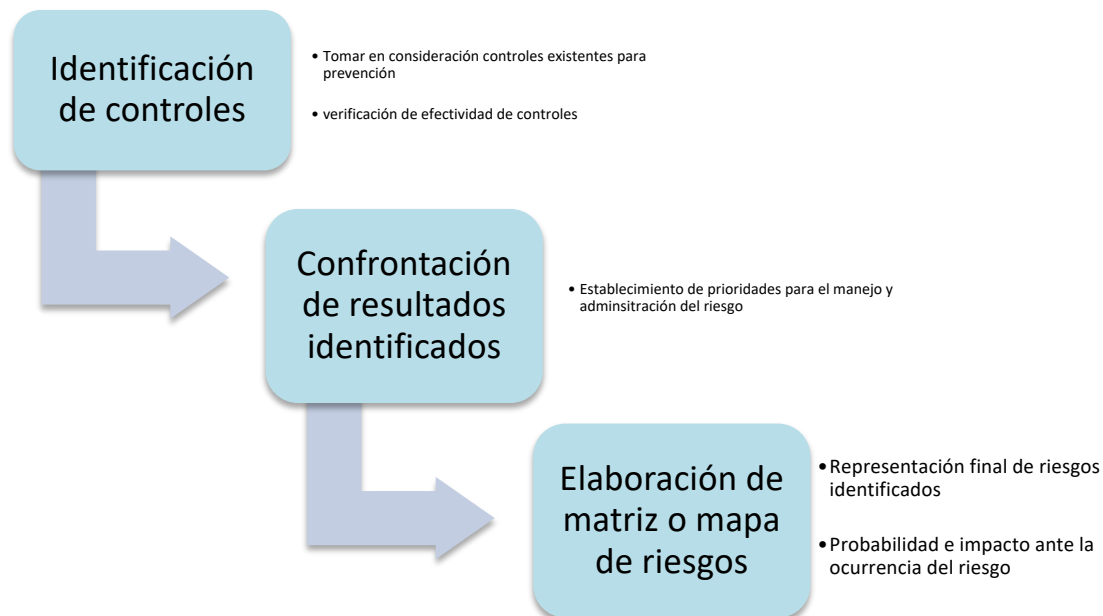
Asimismo, al momento de realizar la valoración, es importante tomar elementos objetivos y tener conocimiento directo de las circunstancias que envuelven el riesgo y su ocurrencia, a fin de evitar especular y realizar valoraciones puramente subjetivas, lo cual generaría dificultades y perjuicios para cualquiera de las partes, ya sea que se valore elevadamente el riesgo o por el contrario estableciendo un costo bajo a un riesgo que podría conllevar un impacto económico elevado de ocurrir el mismo durante la ejecución del proyecto.

El profesor Benavides, haciendo referencia al caso Colombiano indica que es criticable el hecho de que los riesgos se estimen como de probabilidad e impacto altos, altos medios, altos bajos o bajos, pero no se establece el porcentaje de éstos, es decir, en qué medida pueden suceder, ni hay criterios previamente definidos para ello³³⁶.

Sin entrar en un nivel de detalle exhaustivo, por ser la valoración de riesgo una cuestión económica, entiendo que el proceso debería contener por lo menos los siguientes aspectos:

³³⁵ DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Comp. Reforma al Régimen de Contratación Estatal. *La valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía Bogotá*, Universidad de los Andes, 2010, p. 235.

³³⁶ BENAVIDES, Jose Luis. *Riesgos contractuales*. Video en contratacionenlinea.co.



La valoración o estimación cuantitativa del riesgo puede ser expresada a través de ecuaciones o fórmulas matemáticas tomando en consideración informaciones existentes de proyectos parecidos, para utilizar algunas de esas variables para generar una ecuación. Algunas de esas variables pueden ser los eventos que se puedan producir, la probabilidad de ocurrencia, la cuantía o el valor de impacto, entre otros.

Dentro del proceso de administración del riesgo probablemente la elaboración de una matriz o mapa de riesgos sería el último paso. Esta matriz sería una representación final de los estudios y análisis realizados previamente en los distintos procesos. Como se puede observar estas actividades conllevan un riguroso proceso y entiendo que realizarlo mediante procesos normativos de calidad agregarían valor e implicarían un muy buen ejercicio de buena administración por parte de la Administración Pública como también del sector privado que quiera participar en un proyecto de CPP o concesión. Al respecto, entiendo que utilizar las Normas ISO 9001:2015 sobre calidad sería una buena opción.

Luego de haber visto los distintos procesos de la administración del riesgo, se comparte el criterio del profesor Bockmann de que la identificación y la evaluación de cada riesgo en el

marco del contrato, así como la determinación de la responsabilidad sobre los riesgos extracontractuales, no deben estar limitadas u orientadas por categorías genéricas de riesgos abstractamente concebidas. La formación de las matrices de riesgos, que pueden ser complejas, máxime cuando se traten de CPP o de contratos a largo plazo, que configura la formación de su ecuación económico-financiera, no está limitada por la teoría de las áleas, sino por criterios de otra naturaleza, que consideran las especificidades de cada riesgo y la repercusión de su prevención y materialización en el marco de la economía de un proyecto de CPP o de los contratos.

La matriz o mapa de riesgos puede adoptar diversas formas. Lo importante es que existan informaciones detalladas y resumen concreto que muestre cada uno de los pasos llevados a cabo para su levantamiento y elaboración. Un ejemplo de una matriz de riesgo se puede encontrar en el Anexo 1 del presente trabajo de investigación.

El mayor detalle que exista en la matriz o mapa de riesgos, menores serán los espacios generados para interpretaciones diversas sobre la responsabilidad de las partes acerca de los riesgos que podrían interferir en la ejecución del contrato. En un mundo ideal, en que los riesgos pudieran ser identificados y asignados indudablemente a la responsabilidad de cada una de las partes, el margen para disputas y litigios sería mínimo, siendo que la valoración de sus ofertas estaría libre de los costos de transacción asociados a estas inseguridades. Pero es evidentemente imposible eliminar completamente la susceptibilidad del contrato a la materialización de riesgos no catalogados. Como indica el profesor Bockmann no sólo hay un problema de conocimiento de los riesgos, que humanamente es imposible alcanzarse un grado de detalle absoluto, sino también un problema económico, ya pueden incrementar a tal punto los costos de transacción de la contratación pública que la tornen ineficiente³³⁷.

4.5 Análisis económico del derecho en la asignación de riesgos

Hasta hace relativamente poco, los abogados no interactuaban mucho con la economía. Recuerdo que algunos de mis compañeros de estudio de grado indicaban que estudiaron

³³⁷ BOCKMANN MOREIRA, E. *Contratos Administrativos de Longo Prazo...*: Ob. Cit., p. 92.

Derecho huyéndole a las cuestiones matemáticas o económicas, preferían no entender los fundamentos básicos de la economía, que es la ciencia de la elección racional en un mundo en donde los recursos son escasos en relación a la voluntad humana³³⁸, para adentrarse en estudios que no tuvieran que ver con números.

Se pudiera sostener que el estudio del análisis económico del derecho como disciplina académica tiene su origen en la década de los sesenta en los Estados Unidos con el trabajo realizado por Ronald Coase sobre el costo social, y posteriormente por los trabajos de Guido Calabresi sobre los accidentes de tránsito y Gary Becker sobre los delitos y las penas. A partir de entonces el análisis económico se ha utilizado en las diferentes áreas del derecho como son la responsabilidad civil, los contratos, el derecho penal, el derecho constitucional y hasta el derecho procesal, entre otros. Sin embargo, creo que ha sido sub-utilizado por el Derecho Administrativo, siendo este elemento de mucho ayuda para algunas actuaciones de la Administración Pública y se ve reforzado por principios como la buena administración, eficacia y eficiencia.

La utilización del análisis económico para el reparto de riesgo me parece que es una cuestión fundamental y de buena administración por quienes interactúan en una concesión o proyecto de CPP. Lo anterior se refuerza, luego de haber examinado los distintos procesos técnicos que conlleva la identificación, análisis y valoración del riesgo, para posteriormente proceder a una asignación racional y eficaz del mismo.

Los profesores Posner y Rosenfield³³⁹ indican algunos principios para la asignación eficiente de los riesgos entre las partes. Algunos de esos principios son: a) Debe asumir el riesgo la parte que está en mejor posición para prevenir la materialización del mismo; b) Debe asumir el riesgo la parte que está en mejores condiciones para minimizar la pérdida antes de que ocurra; c) Debe asumir el riesgo la parte que está en mejores condiciones para mitigar la pérdida una vez esta haya ocurrido, aún si no puede prevenir la ocurrencia del

³³⁸ POSNER, R. *Economic Analysis of Law*; New York; Aspen Publishers; 6th Ed., 2003, p. 3.

³³⁹ POSNER, R. y ROSENFELD, A. *Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis*, en V. Goldberg Ed. *Reading in economics of contract law*, 1997, p. 211.

siniestro; d) Debe asumir el riesgo la parte que está en mejores condiciones para tomar un seguro o para auto asegurarse contra el riesgo residual o remanente.

Como se puede observar estos criterios son perfectamente compatibles con el proceso de estudio sobre la asignación de riesgos en los proyectos de CPP o concesiones. Por esto creo que su aplicación práctica es deseable.

4.5.1 Análisis económico del derecho de contratos

Me parece oportuno señalar en que consiste el Teorema de Coase, llamado así por Stigler, debido a que este teorema es el fundamento básico del análisis económico en el derecho. En síntesis, establece que en ausencia de costos transaccionales las partes convendrán la solución mas eficiente, sin importar como sea realizada la distribución de los derechos, mediante las normas jurídicas. Es decir, que cuando la distribución de recursos realizada a través de una norma jurídica (así ocurre en la mayoría de los casos) sea ineficiente, también pudiera ocurrir en la asignación de riesgos, cuando existen políticas y lineamientos para los mismos, las partes en ausencia de razones que imposibiliten un acuerdo optaran por un medio alternativo que sea eficiente para éstas. A estas ideas, se le suman los trabajos sobre los contratos incompletos y renegociación de los profesores Hart y Moore³⁴⁰ del cual abundaré más adelante.

4.5.1.1 Teoría económica del contrato

Esta teoría tiene sus bases en el siguiente enunciado los contratos son imperfectos, por lo que el derecho de contrato debe establecer pautas jurídicas para elegir lo que sea más eficiente. Así pues, las acciones por incumplimiento de obligaciones contractuales tienen como objetivo hacer que las partes actúen eficientemente. Asimismo, promueve que un bien X se encuentre en las manos de quien más lo valora. Este análisis no sería aplicable a la asignación de riesgos, ya que como se ha indicado en capítulos previos, no se pueden establecer como riesgos los incumplimientos de las obligaciones contractuales de las partes.

³⁴⁰ HART, O. y MOORE, J., *Incomplete contracts and renegotiation*, Working Paper Department of Economics, number 367, January 1985, Massachusetts Institute of Technology.

Adicionalmente, indica esta teoría que cuando el cumplimiento de una obligación para una de las partes exceda su incumplimiento, tomando en cuenta todos los costos envueltos por no cumplir, esa parte, de acuerdo al análisis económico no cumplirá con el contrato. No lo ejecutara. Es decir, que en algunos casos sería más eficiente no ejecutar el contrato. Posner agrega en ese sentido que: “la mayoría de los incumplimientos de contrato no son oportunistas, la mayoría son involuntarios; cumplir es imposible a un costo razonable. Otros son voluntarios pero eficientes³⁴¹”.

4.5.1.2 Teoría de la inejecución por ineficiencia o incumplimiento eficiente

La llamada teoría de inejecución por ineficiencia o incumplimiento eficiente es una creación jurisprudencial estadounidense, cuyo fundamento es el siguiente: cualquiera de las partes contratantes puede inejecutar sus obligaciones contractuales cuando eventos imprevisibles hacen que la ejecución del contrato sea ineficiente. Como indica el profesor Bullard esta teoría surge por la búsqueda de cada una de las partes obtener un beneficio propio con la celebración de dicho acuerdo de voluntades, pues “(...) el rompimiento del contrato es más eficiente que el cumplimiento del mismo cuando el costo de su cumplimiento excede los beneficios para todas las partes involucradas³⁴²”, y se basa en ciertos presupuestos: “(i) el indifference principle, (ii) que la decisión de incumplir se efectúa en un contexto carente de costos de transacción, (iii) la prevalencia del remedio resarcitorio y (iv) que el monto a desembolsarse por concepto de daños se limitará al perjuicio que resultaba previsible al momento de la celebración del contrato.”³⁴³. De lo que se trata es acercarnos al Óptimo de Pareto³⁴⁴: “alguien está mejor y nadie está peor que antes. Se ha alcanzado un resultado eficiente.”

³⁴¹ POSNER, R. *Economic ...*, Op. Cit., p. 119.

³⁴² BULLARD GONZALEZ, A. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. 2° Edición. Palestra, Lima, Perú, 2010, p. 319.

³⁴³ SAAVEDRA VELAZCO, R. *Apuntes comparativos sobre la teoría del incumplimiento eficiente: Incumplir, o no incumplir, he allí el dilema*. En Latin American and Caribbean Law and Economics Association, Marzo 2011, p. 69-93.

³⁴⁴ Para abundar sobre los conceptos de los diferentes tipo de eficiencia Pareto o eficiencia Paretiana y eficiencia potencia o Kaldor-Hicks, ver entre otros a Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*, Guestrin, Sergio. Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho.

Para ilustrar mejor de cómo ha sido acogida esta teoría por los tribunales estadounidense, presentemos dos casos uno en donde se acogió la inejecución eficiente y en el otro donde se rechazó. El caso es *Eastern SS Lines, Inc. V. United States*³⁴⁵. El caso fue el siguiente, los Estados Unidos arrendaron un buque para traer de regreso tropas de la segunda guerra mundial. En el contrato de arrendamiento suscrito con Easter, los Estados Unidos se comprometieron a reacondicionar el buque para su uso original antes de entregarlo a su propietario. No obstante, ocurrieron enormes variaciones en el mercado con relación a los buques, la reparación ascendería a unos cuatro millones de dólares, mientras que el valor del buque después de restaurado en el mercado sería de dos millones. El gobierno estadounidense se negó a restaurar el buque bajo esas condiciones, y el contrato no establecía nada al respecto. La corte fallo a favor del gobierno y ordeno a pagar los dos millones que el buque costaba en el mercado, acogiéndose a una cláusula de pérdida que se encontraba prevista en el contrato. Dentro de las consideraciones de la decisión se estableció que “no gastar cuatro millones para producir un buque de dos tenía sentido económico”, y que “si el contrato mandaba ese resultado nunca debió haber sido hecho”.

El caso en el cual no se acogió esta teoría es el siguiente: *Campbell Soup Co. V. Wentz*³⁴⁶. Los hermanos Wentz contrataron con Campbell producirles una cierta cantidad de zanahorias chantenay, que es una variedad de zanahorias, que Campbell utilizaba en distintas recetas de sus sopas. Debido al mal tiempo la producción de zanahorias se redujo, lo que provocó un gran incremento del precio originalmente pactado por las partes. Los Wentz decidieron inejecutar el contrato y vender las zanahorias a Lojeski un granjero vecino a un mayor precio.

Posteriormente, Campbell tuvo que comprar a éste las zanahorias, pero sospechaba que compraba las zanahorias que los Wentz debieron entregarles y los demandó (tanto a los Wentz como a Lojeski). En síntesis, la Corte fallo a favor de Campbell ordenando a los Wentz a que vendieran las zanahorias restantes a éste en el precio originalmente pactado, y pagarle la diferencia de precio, que Campbell tuvo que pagar a Lojeski por las zanahorias adquiridas.

³⁴⁵ United States Court of Claims, 112 F.Supp. 167, 125 Ct.Cl. 422.

³⁴⁶ United States Court of Appeals, Third Circuit, 1948; 17525 F. 2d 80.

¿Por qué en este caso el tribunal no acogió la inejecución o incumplimiento eficiente? Se baso en los siguientes argumentos. El primero, los jueces consideraron que los costos de producción no habían aumentado desde la contratación inicial. En ese sentido, los Wentz actuaron de manera oportunista, dicho de otra manera, de mala fe, ellos se aprovecharon de la situación de escasez para obtener un beneficio mayor, aún cuando el precio pactado originalmente era suficiente para que obtuvieran un beneficio³⁴⁷.

En segundo lugar, consideraron que los Campbell eran quienes más valoraban las zanahorias, ya que terminaron adquiriendo las mismas por parte de Lojeski. Tal y como expresa el profesor Melo analizando dicha jurisprudencia “como Campbell pudo haber quedado con las zanahorias por mucho menos, sin perjudicar la posición de los Wentz, el resultado era ineficiente”³⁴⁸, razones por las cuales la Corte no acogió la teoría.

Estas teorías son recientes y se aplican generalmente en países con tradiciones del civil law o anglosajona. No obstante, existen críticas³⁴⁹ especialmente por la inseguridad jurídica que se pudiera generar con la aplicación de esta teoría, así como por el problema que generaría el resarcimiento de los daños por el incumplimiento respecto de su posible sobrevaloración o subvaloración.

En definitiva, si bien estas teorías no sustentarían o complementarían el proceso de asignación de riesgos, me parece interesante analizar y observar su sentido económico y racional al momento de realizar la asignación de los riesgos, ya que en definitiva, al tratarse de proyectos de larga duración se generarán situaciones que requerirían la revisión y negociación de algunas cuestiones que aún siendo previstas en la asignación de riesgos no sería eficiente para el sector público y privado ni tampoco para la continuidad del proyecto, que en definitiva implica beneficiar a las personas. Si no es eficiente mantener la asignación de riesgos realizada, las teorías sobre análisis económico del derecho, así como las de los

³⁴⁷ De lo contrario no hubieran pactado por el precio inicial. Uno de los principios que sustenta este análisis es que las personas racionales contratan para obtener beneficios económicos, exceptuando las liberalidades.

³⁴⁸ MELO GUERRERO, L. *La estructura económica del sistema jurídico, taller sobre análisis económico del derecho*, gaceta judicial, 24 abril de 2004.

³⁴⁹ Para encontrar argumentos en contra de esta teoría ver entre otros a DODGE, William. *The Case for Punitive Damages in Contracts*.

contratos de larga duración, implicarían una revisión o renegociación de dicho proceso.

Es como afirma Posner: “la tarea de un tribunal al cual se le pide que interprete un contrato a fin de que cubra una contingencia que las partes no estipularon consiste en imaginar cómo habrían prevenido las partes la contingencia si hubiesen decidido hacerlo. Algunas veces habrá algunas claves en el lenguaje del contrato. Pero a menudo no las habrá, y entonces el tribunal debe recurrir al pensamiento económico a fin de decidir cuál es la manera más eficiente para afrontar la contingencia³⁵⁰”.

4.6 El mejor valor posible del dinero (Value for Money) y la asignación de riesgos

La obtención de un mejor valor posible por el dinero ha sido una de las bondades que se indican en la realización de proyectos de CPP. La idea principal radica en el uso eficaz de los recursos, en este caso de los recursos públicos en un proyecto de capital, partiendo varias variables como son los costos, calidad, eficiencia y eficacia. Así pues, los proyectos de CPP, en principio deberían proporcionar una mejora respecto a los mecanismos tradicionales para la provisión de servicios públicos y prestación directa de infraestructuras. De lo que se trata es del uso eficiente de los recursos públicos, ya que existirán riesgos que serán mejor manejados por el sector público y otros por el sector privado.

Dicho de otra manera, se busca evitar transferir el riesgo cuando quiera que esto implica desmejorar la relación precio-calidad³⁵¹ o el mejor valor posible del dinero “value for money”.

El Reino Unido define el mejor valor posible del dinero como: “la combinación óptima de costo y calidad de toda la vida (o idoneidad para el propósito) para cumplir con los requisitos del usuario³⁵²”. Una buena relación calidad-precio es el uso óptimo de los recursos para lograr los resultados previstos. Óptimo significa las restricciones o restricciones expresadas o implícitas más posibles. La relación calidad-precio no se trata de

³⁵⁰ POSNER, R. *Economic ...*, Op. Cit., p. 96.

³⁵¹ BARRERO CIFUENTES, S. e IBAGÓN IBAGÓN, M. *Introducción a las asociaciones ...*, Op. Cit., p. 108.

³⁵² HM Treasury 2003 y 2004.

lograr el precio inicial más bajo.

La NAO del Reino Unido utiliza tres criterios para evaluar la relación calidad-precio del gasto público, es decir, el uso óptimo de los recursos para lograr los resultados previstos:

- a) Economía: minimizando el costo de los recursos utilizados o requeridos (insumos) - gastando menos;
- b) Eficiencia: la relación entre el producto de los bienes o servicios y los recursos para producirlos: gastar bien; y;
- c) Eficacia: la relación entre los resultados previstos y reales del gasto público (resultados) - gasto sabio.

Como señala el profesor San Miguel, “el reparto óptimo de riesgos entre los sectores público y privado es importante para darse cuenta de la mejor relación del valor por el dinero de cualquier acuerdo PFI. Sin embargo, hay ciertos riesgos que son mejor administrados por el Gobierno. Transfiriendo estos riesgos a el sector privado no sería viable o no resultaría en el mejor valor por el dinero al sector público (...)”³⁵³.

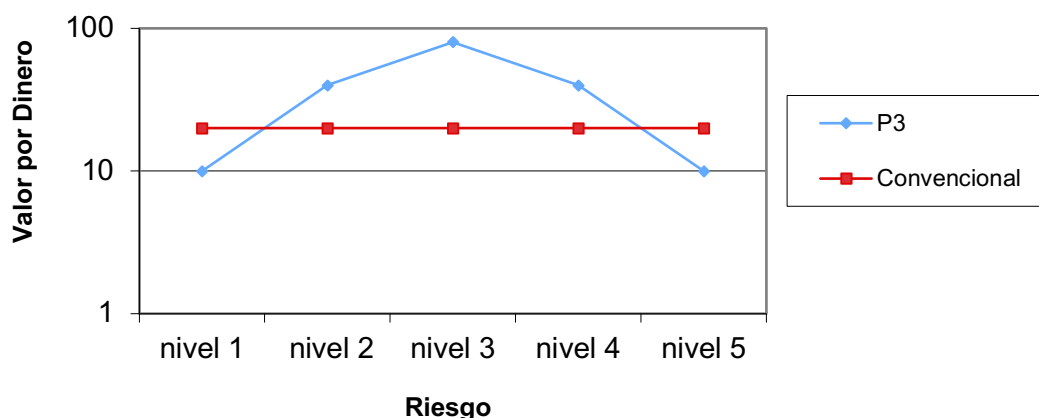
La asignación eficiente del riesgo tiene una relación directa con el mejor valor posible del dinero, ya que al distribirse los riesgos a la parte que puede asumirlo de la mejor manera, el costo de administración del riesgo (prevenirlo, afrontarlo o mitigarlo) sería menor y se optimizarían los recursos. Dicho de otra manera, el mejor valor posible del dinero se da en el caso en que se obtenga el mayor rendimiento en términos de servicio e infraestructura por cada monto invertido.

Si una parte en una concesión o proyecto de CPP asume un riesgo que su contraparte podría haber asumido con un menor costo o administrarlo, mitigarlo o prevenirlo mejor, el mejor valor posible del dinero disminuye. Por el contrario, si la parte que asume los riesgos es la que se encuentra en mejor condición de asumirlo, tomando en cuenta las variables indicadas anteriormente, se obtendría un mayor rendimiento de la inversión.

³⁵³ SAN MIGUEL, J. y SUMMERS, D. *Public-private Partnerships for Government Financing, Controlling Risk, and Value-for-money: The UK Experience*, September 1, 2006.

Así pues, si se gasta dinero superfluo en que una parte asuma un riesgo que no debería asumir (por no poder afrontarlo eficazmente), el mejor valor posible del dinero disminuye. Si por el contrario el costo asociado a los riesgos es el menor posible porque se distribuyó de manera óptima, entonces estamos frente a la hipótesis de un mejor valor posible del dinero.

La función existente entre el grado de riesgo asumido por el sector privado y el mejor valor posible del dinero, se puede representar en la siguiente gráfica³⁵⁴. Esta representa el aumento de valor por dinero que se obtiene de una atribución racional de riesgos al sector privado de una CPP, y la disminución de dicho valor en función de la atribución de riesgos que no puede mitigar en forma correcta.



Es tal y como señala el profesor Echevarría³⁵⁵, como se puede observar en la gráfica, por ejemplo, en un esquema tradicional de contrato de obra pública, el valor por el dinero obtenido por el Estado (o el usuario) no varía puesto que el riesgo en estos contratos no varía esencialmente. En cambio, en un esquema de contrato de concesión o de CPP, los riesgos se distribuyen entre las partes. De la experiencia Canadiense, se desprende que hay

³⁵⁴ En el eje vertical se representa el valor obtenido por el dinero y en el horizontal el nivel del riesgo asumido por el sector privado. En este caso, el valor por el dinero estaría siendo utilizado a favor del Estado.

³⁵⁵ ECHEVARRÍA PETIT, J. L. *Conferencia sobre Participación Conjunta del Sector Público y del Sector Privado en Proyectos de Infraestructura*, 31 octubre 2002, organizada por la Embajada de Canadá, Uruguay.

un punto en el cual se llega a la distribución óptima que significa transferir al sector privado aquellos riesgos que maneja mejor que el Estado.

Cuando la transferencia del riesgo no respeta una distribución fundada en criterios económicos, racionales o de eficacia, basados en quien puede manejar de mejor forma los riesgos, el sector que los asuma (público o privado) no puede enfrentarlos con eficacia, penalizando el precio o el valor del servicio, lo que en definitiva disminuye el mejor valor posible del dinero del proyecto.

Igualmente, como señala Delmon, la distribución óptima de riesgos entre el sector privado y público es importante para darse cuenta del mejor valor posible del dinero en un proyecto CPP. Hay ciertos riesgos mejor administrados por el Gobierno y la transferencia de estos riesgos no sería viable o no ofrece una buena relación de valor por el dinero para el sector público³⁵⁶.

Los profesores Barreto e Ibagón presentan el ejemplo del Tesoro del Reino Unido, indicando que “así lo ha reconocido en relación con los cambios generales imprevisibles de la ley”, riesgo que se solía transferir al asociado privado. La experiencia demostró que tal transferencia iba en contravía de la relación calidad-precio, lo que motivó que este riesgo fuera retenido por el sector público³⁵⁷.

Otro ejemplo del mejor valor posible del dinero, es el tema regulatorio o de obtención de licencias o autorizaciones administrativas para un determinado proyecto de CPP, específicamente para las licencias ambientales. Al respecto en algunos pliegos se establecen plazos con multas para su obtención cuando es la propia Administración Pública que la concede. Otro ejemplo, sería la cuestión de los terrenos donde se ejecutará la obra. La Administración Pública cuenta con mejores mecanismos (expropiación) que el sector privado realizar una negociación para adquirir los terrenos.

³⁵⁶ Delmon, J. *Projects in Infrastructure:...*, Op. Cit., p. 26.

³⁵⁷ BARRERO CIFUENTES, S. e IBAGÓN IBAGÓN, M. *Introducción*, Op. Cit., p. 109.

4.7 El impacto de la larga duración de proyectos de CPP y la asignación de riesgos

No es controvertido que uno de los elementos característicos de las concesiones y de los proyectos de CPP es su larga duración, la cual es utilizada para establecer la recuperación de la inversión realizada, así como la rentabilidad del proyecto. En ese sentido, resulta necesario presentar y analizar los trabajos sobre los contratos incompletos y su impacto en la presente investigación.

Los profesores Hart y Moore haciendo referencia a los contratos incompletos han indicado que: “uno de los más serios problemas que encaran los escritores de un contrato es aquel de especificar todos los aspectos relevantes para el funcionamiento del contrato. En particular, puede ser prohibitivamente costoso indicar las acciones precisas que cada parte en el contrato debería tomar en cada eventualidad concebible. Debido a estos ‘costes de transacción’, las partes pueden, en la práctica, terminar escribiendo un contrato muy incompleto.”³⁵⁸

La cuestión de los contratos incompletos aplica para los riesgos en los proyectos de CPP, especialmente para los riesgos imprevisibles, aunque no sería exclusivo para ellos. Incluso creo que algunos riesgos previsibles, así como su impacto pudieran estar incompletos al momento de realizar su asignación. Y es que tener toda la información pertinente para realizar una eficaz asignación de los riesgos pudiera ser muchas veces muy difícil o incrementar exorbitantemente los costos transaccionales. Precisamente este es uno de los mayores desafíos en el proceso de asignación de riesgos anticiparse y hacer frente adecuadamente a las consecuencias ante la materialización de un determinado riesgo durante la vida de lo que es un proyecto de larga duración.

Dentro de las conclusiones en su investigación los profesores Hart y Moore indican que: “Nuestra suposición es que esto está conectado con la asunción de una ilimitada racionalidad. Dado que las partes tienen capacidad ilimitada para concebir todas las posibles situaciones de costo-beneficio (...) cualquier renegociación anticipada y construida en el

³⁵⁸ HART, O. y MOORE, J. *Incomplete contracts and renegotiation*, Working Paper Department of Economics, No. 367, January 1985, Massachusetts Institute of Technology, p. 1.

proceso de revisión previsto en el contrato original. En orden para entender la renegociación como un fenómeno de equilibrio, parecería por lo tanto que podríamos abandonar esa asunción de la racionalidad ilimitada. No hace falta decir que es un tema vital –siempre difícil- para futuras investigaciones³⁵⁹.

Estos aportes conjuntamente con el análisis económico del derecho son esenciales para una eficaz asignación del riesgo en los proyectos de CPP. Pero al mismo tiempo, abre una línea interesantísima de investigación, para ver el fenómeno de la renegociación como una alternativa ante falta y asimetría de información para realizar una eficaz asignación de riesgos.

Asimismo, los profesores Oliver Hart y Bengt Holmström obtuvieron el premio Nobel de Economía 2016 por sus contribuciones a la teoría del contrato. Como indica el profesor Pérez Hualde, sobre el Comité del Premio en las ciencias de economía en memoria de Alfred Nobel deja constancia de que el carácter incompleto del contrato de la teoría podría deberse a la imposibilidad de describir todas las posibles contingencias futuras (condiciones del mercado, estados de naturaleza, etc.) por adelantado; cuando hay demasiadas contingencias posibles para describir, o incluso para prever y no se plantea la posibilidad de no suscribir contrato alguno. Pone énfasis especial en las calidades que debe reunir la contraparte, atento a que será con quien habrá que acordar los cambios necesarios frente a las contingencias; asimismo, adquieren especial relevancia los mecanismos de resolución de los conflictos³⁶⁰.

Se ha indicado que la transferencia de riesgos funciona como una especie de póliza de seguro³⁶¹. Si el proyecto falla, el sector privado asumirá el costo, no el contribuyente. Sin embargo, debido a la duración del período de la concesión y, por lo tanto, al alto nivel de

³⁵⁹ IBÍD., p. 38 y 39.

³⁶⁰ The Committee for the Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel, *Oliver Hart and Bengt Holmström: Contract Theory*, 10 de octubre de 2016, p. 26, citado por PEREZ HUALDE, Alejandro en *Los contratos públicos "incompletos" y los de "Larga Duración" (Con motivo del premio nobel de economía 2016)*, Jornadas de Mariñan 2017, A Coruña, España.

³⁶¹ EDWARDS, P. y SHAOUL, J. Partnerships: For better, for worse? *Accounting, Auditing and Accountability journal*, 2003. Citado por DEWULF, Geert, BLANKEN, Anneloes y BULT-SPIERING, Mirjam en *Strategic Issues in public-private partnerships*, segunda edición, Wiley-Blackwell, 2012, Reino Unido, p. 84.

incertidumbres, no se pueden tener en cuenta todas las contingencias o externalidades futuras. Las partes contractuales incluso pueden excluir algunas posibles contingencias en el contrato confiando en que las negociaciones futuras resolverán posibles conflictos. Esto se conoce como el carácter incompleto del contrato, lo que podría conducir a un impago estratégico por parte del particular.

El profesor Bockmann presenta una interesante pregunta respecto a los contratos de largo plazo, como serían los proyectos de CPP. La interrogante puntual es si ¿el equilibrio económico-financiero debe destinarse a beneficiar a quién? Al responderla, plantea que “en los contratos de desembolso, la balanza busca preservar el equilibrio entre cargas y retribución. O, del otro lado del espejo, entre los gastos de la Administración y los ingresos del contratado. Quien "gana" u "pierde" con el desequilibrio es siempre uno de los dos firmantes. Pero en los contratos a largo plazo esa subjetividad no es exacta: no se dirige al poder concedente ni al concesionario, sino a la adecuada ejecución de las obras y prestación del servicio contratado. Se destina a la preservación del proyecto concesionario, tal como está impreso en su régimen estatutario contractual³⁶²”. Comparto dicho planteamiento, lo esencial en estos tipos de contratos y proyectos no es que una de las partes se beneficie, si no que la obra o el servicio sea ejecutado de la mejor manera posible en beneficio de las personas.

Como señala el profesor Pérez Hualde, la influencia de las teorías sobre contratos incompletos ha motivado la reorganización y diseño de las empresas comprometidas mediante descentralización de sus riesgos y de los incentivos, como así también de la integración vertical de los grupos societarios involucrados³⁶³; también se ha investigado su impacto en los ciclos productivos³⁶⁴ y los riesgos que acarrea cuando el contrato ha sido asignado en un concurso de precios y no es posible conocer el costo futuro de las

³⁶² BOCKMANN MOREIRA, E. *Contratos Administrativos de Longo Prazo...: Ob. Cit.*, p. 86.

³⁶³ AGHION, P., BLOOM, N. and VAN REENEN, J. *Incomplete Contracts and the Internal Organization of Firms*, NBER Working Paper No. 18842, February 2013. También ver GROSSMAN, G. M. and HELPMAN, E. *Incomplete Contracts and Industrial Organization*, NBER Working Paper No. 7303, August 1999, citado por PEREZ HUALDE, A., en *Los contratos públicos...*, Op. Cit., Jornadas de Mariñan 2017, A Coruña, España.

³⁶⁴ ANTRÀS, P. *Incomplete Contracts and the Product Cycle*, NBER Working Paper No. 9945, August 2003, citado por PEREZ HUALDE, A., en *Los contratos públicos Op. Cit.*, Jornadas de Mariñan 2017, A Coruña, España.

adaptaciones y renegociaciones que sin duda sobrevendrán durante la vida de ese acuerdo y la esperable estrategia ya prevista por el cocontratante frente a esa realidad inevitable³⁶⁵.

En ese mismo contexto es interesante como en otras jurisdicciones se ha incorporado el concepto de contrato de larga duración en sus respectivos ordenamientos jurídicos, como es el caso de Argentina³⁶⁶. Sobre dichos contratos, y sus caracteres fundamentales establece el profesor Pérez Hualde que son: “a) la duración es esencial; b) no es posible pretender –u ofrecer– su ejecución instantánea; c) no hay precisión en las cantidades de las prestaciones recíprocas; d) puede no haber plazo preciso; e) su mutabilidad hace a su naturaleza; f) es un proceso; g) es de renegociación obligada; h) su rescisión anticipada está limitada y sujeta a algunas condiciones previas para su concreción, e i) pueden generarse nuevos derechos y obligaciones en su ámbito de duración”³⁶⁷.

Esta concepción se encuentra, a mi entender, muy relacionada con una de las características de los proyectos de CPP y de las concesiones que es la satisfacción de las finalidades públicas durante una larga duración de la relación contractual, la cual se toma como parámetro esencial para determinar el valor del proyecto y todo el engranaje económico del contrato. El cambio conceptual en este caso, parte de la consciencia y reconocimiento de que por su naturaleza de larga duración se deberá realizar cambios permanentes para mantener el servicio o la obra. Es como indica el profesor Martínez López-Muñiz que en las concesiones es necesaria su “adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales”³⁶⁸.

³⁶⁵ BAJARI, P., HOUGHTON, S. and TADELIS, S. *Bidding for Incomplete Contracts: An Empirical Analysis*, NBER Working Paper No. 12051, February 2006, citado por PEREZ HUALDE, A., en *Los contratos públicos* Op. Cit., Jornadas de Mariñan 2017, A Coruña, España.

³⁶⁶ El código civil y comercial argentino establece en su artículo 1011 sobre Contratos de larga duración lo siguiente: “En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

³⁶⁷ PÉREZ HUALDE, A. *Concesión ...* Op. Cit., p. 85.

³⁶⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *Servicio público, servicio universal y ‘obligación de servicio público’ en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos*, en “Os caminhos da privatização da Administração Pública”, *Studia Iuridica*, nº 60, Colloquia 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001. Citado por PÉREZ HUALDE, A. *Concesión de ...* Op. Cit.

Comparto lo expuesto por el profesor Pérez Hualde, de que “el enrolamiento del contrato de concesión dentro de los contratos “de larga duración” permite encuadrar el ejercicio de las facultades de la Administración en materia de introducción de variaciones en la ejecución en el marco de la dinámica contractual. No es necesario acudir a otros conceptos policiales extraños al ámbito contractual, ya denunciados acertadamente por Mairal, más allá de su aceptación –seguido por Cuadros–, o a teorías como la del *ius variandi*, que no suman sino notas autoritarias en el marco del contrato y no contribuyen a la exigencia legal que rige sobre ambas partes de “ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total³⁶⁹”.

En este mismo sentido, la Directiva 2014/23/UE establece en su artículo 43 las disposiciones relativas a la modificación de los contratos de concesión durante su período de vigencia, las cuales también aplicarían a los proyectos de CPP. Dichas disposiciones disponen que las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión en cualquiera de los casos siguientes: “(a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Estas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. No contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión”. Adicionalmente, se establecen otros supuestos y determinados requisitos para la aplicación de esta modificación sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión.

Ahora bien, ¿qué pasaría en el supuesto de cuestiones imprevistas, tanto para los riesgos, como para obligaciones contractuales? Una parte de la doctrina española ha optado por la renegociación obligada del contrato afectado³⁷⁰.

³⁶⁹ PÉREZ HUALDE, A. *Concesión de ...* Op. Cit. p. 86 y 87.

³⁷⁰ Sobre este aspecto, aún cuando algunos trate de derecho civil se puede consultar a GARCÍA CARACUEL, Manuel. *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014. VAZQUEZ LACUNZA, Estela. *El equilibrio económico en los contratos de servicios*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016. ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María. *La moderna configuración de*

Es que, como ya se ha indicado, la duración del contrato es esencial en los proyectos de CPP, ya que el sector privado o el concesionario ha previsto percibir determinados montos durante un cierto tiempo. Esta es parte de la esencia de la ecuación económica-financiera del contrato, en especial, en este tipo de proyectos que generalmente involucra cuantiosas inversiones en infraestructura.

La óptica presentada por el profesor Pérez Hualde sobre la larga duración de las concesiones de servicios públicos es interesante e innovadora, ya que potencia este elemento como mecanismo de la mutabilidad como contenido esencial en el acuerdo de voluntades, indicando que: “(...) el Estado inviste la facultad irrenunciable de determinar la política de los SP, es decir, de precisar nuevos planes de expansión del SP, de seguridad, de eficiencia, de incorporación tecnológica, etc., y que el ejercicio de esta facultad, en virtud de su carácter público, no se ve impedido ni limitado por la existencia del contrato –sino engarzado en su naturaleza de contrato “de larga duración”–, se hace necesario garantizar la pronta remuneración de sus consecuencias, ya sea por vía de modificación del precio o de contribuciones directas. La naturaleza del contrato “de larga duración” implica que ese fenómeno de mutabilidad está debidamente contenido como parte esencial en el acuerdo de voluntades”³⁷¹.

Como consecuencia de esto, indica el referido autor que la legislación moderna sobre los SP –concretamente en los marcos regulatorios– establece normas que, a diferencia de lo que ocurre en otros contratos, aseguran o garantizan al concesionario una rentabilidad razonable (art. 38, inc. a, ley 24.076 de marco regulatorio de gas) si este obra con eficiencia empresarial. En otras palabras, el denominado “riesgo empresarial” se encuentra fuertemente limitado³⁷².

Es así pues, que dada la característica de la larga duración de los proyectos de CPP se debe ir reorientando el enfoque durante su vida. Es probable que durante su ejecución se

la cláusula 'rebus sic stantibus', segunda edición, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2017.

³⁷¹ PÉREZ HUALDE, A. *Concesión de ...* Op. Cit. p. 125.

³⁷² ÍDEM.

presenten tiempos de crisis, que las partes en el proyecto quieran beneficiar más sus intereses. Todo ello es normal. Lo que debe irse generando es un cambio de consciencia en cómo se manejan dichos conflictos. Creo que una renegociación efectiva pudiera ser una alternativa para buscar una solución satisfactoria para todos los intereses envueltos en el manejo de los riesgos imprevisibles y su efectiva materialización durante la vida de un proyecto. Eso sería más efectivo que asignarlos de manera indiscriminada y sin ninguna lógica.

Una renegociación con este enfoque amerita de una actitud responsable “no se trata de una instancia de juicio ni de conflicto terminal. No puede haber clima de enemistad ni de desquite, ni de recuperación de viejos reclamos ya terminados. En la renegociación no hay posibilidad de rigideces o de posturas extremas, de “todo o nada”, de amenaza o de actitudes extorsivas mediante la promesa del empleo de instrumentos terminales o de “fuerza” o de hecho”³⁷³.

Continuando esa misma línea de argumentación, se plantea que el diseño de contratos a largo plazo debe conllevar apertura necesaria para no inhibir eficiencias que puedan ser alcanzadas con un detallado futuro acerca de expansiones de infraestructura y actualizaciones en el servicio. Es decir: la incompletud contractual, en el mundo práctico, deriva no sólo de las razones que se han expuesto previamente, pero también puede ser estratégicamente deseada en función de la optimización de los efectos de la regulación contractual en las relaciones contractuales de largo plazo³⁷⁴.

La renegociación del tratamiento ante la ocurrencia de riesgos imprevisibles requiere que el proceso sea realizado de buena fe entre el sector público y privado. Es recomendable y, que estas revisiones se encuentren debidamente previstas en el contrato, con el objetivo evaluar el advenimiento de nuevas tecnologías capaces de optimizar la prestación la ejecución del contrato; la conveniencia de mantener los indicadores de servicios y la forma y la tecnología para su evaluación; así como la adecuación de la propia matriz de riesgos. Comparto la visión presentada por el profesor Bockmann respecto a la posible revisión de la

³⁷³ IBÍD., p. 255.

³⁷⁴ BOCKMANN MOREIRA, E. *Contratos Administrativos de Longo Prazo...*: Ob. Cit., p. 95.

matriz de riesgos, de que la misma dependerá de una renegociación, fruto de un acuerdo entre las partes, siendo inviable a la Administración Pública alterarla unilateralmente tras la formalización del contrato, una vez que su formación coincide con la propia ecuación económico-financiera.

Por ello, pienso que esa renegociación requeriría la participación, a través de vistas o audiencias públicas, también de los ciudadanos, que en definitiva son quienes se benefician o perjudican de todo cuanto ocurra con un proyecto de CPP o una concesión. En la contratación pública, por lo menos en mi país, República Dominicana, los órganos de contratación a veces mantienen una actitud conflictiva frente a los oferentes al estos ejercer sus Derechos, por ejemplo el de impugnación y reclamación. Esta visión debe cambiar y tanto en esos procesos como en una posible renegociación, la buena fe, racionalidad y la colaboración deben primar, respetando la reciprocidad y equilibrio del contrato. Si se aboca a un proceso de renegociación sin este enfoque, es muy probable que el resultado sea negativo y frustratorio.

4.8 Principios y lineamientos para la asignación de riesgos

Uno de los aspectos más importante que se puede desprender de este trabajo de investigación es presentar algún tipo de estructura y mecanismos que puedan servir como presupuestos para realizar el proceso de asignación de riesgos en un proyecto de CPP. Sería básicamente combatir, según palabras del profesor Miguez Macho, el problema central que plantean nuevas fórmulas de colaboración Público-Privada, que es el de la transferencia del riesgo al colaborador privado³⁷⁵. Como ya se ha indicado, la asignación o distribución de los riesgos es un aspecto medular del régimen jurídico de la CPP y concesiones. De hecho, es el hecho diferenciador con otras figuras contractuales.

Un principio central de la asignación de riesgos es que cada riesgo debe ser asignado a quien pueda manejarlo mejor. El profesor Irwin³⁷⁶ en su libro sobre las garantías y el riesgo en PPP

³⁷⁵ MIGUEZ MACHO, L. *Fórmulas de Colaboración*, Op. Cit., p. 193.

³⁷⁶ IRWIN, T. C. *Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects. Directions in Development*. Washington, DC: World Bank, 2007, p. 56 y siguientes.

define este principio, indicando que cada riesgo debe ser asignado a la parte: - más capaz de controlar la probabilidad de que ocurra el riesgo; más capaz de controlar el impacto del riesgo en los resultados del proyecto, evaluando y anticipando bien un riesgo y respondiendo ante su ocurrencia; - capacidad de soportar o absorber el riesgo al menor costo, si la probabilidad y impacto de los riesgos no puede ser controlado.

Es señalado, haciendo referencia a proyectos generalmente de construcción, que una vez identificados los riesgos, deben asignarse a los participantes individuales del proyecto. Esta asignación debe basarse en una evaluación sólida de las interacciones de los participantes y los riesgos mismos. El método más apropiado puede ser la asignación basada en la capacidad mencionada de administrar y controlar una situación adversa y sus consecuencias. Sin embargo, esto no siempre funciona en la práctica. Por ejemplo, una de las partes puede estar óptimamente equipada para llevar a cabo una tarea en particular, pero puede no estar preparada para aceptar un riesgo particular. En este caso, otro enfoque para la asignación de riesgos es apropiado³⁷⁷.

Señala el profesor Moos que la distribución de riesgos, así como su evaluación entre el sector público y el privado en proyectos de CPP es un ejercicio completamente distinto a la asignación y evaluación en los contratos públicos tradicionales³⁷⁸. Esto es así, ya que un proyecto de CPP comporta unas características y elementos que no todos los contratos públicos tradicionales, incluso hasta en ciertos casos aplicaría a determinadas concesiones. Por ello este análisis y asignación debe realizarse con la mayor diligencia posible. De lo contrario, el fracaso en la CPP estaría asegurado.

En ese mismo sentido, la profesora Lazo señala que "(...) la distribución de los riesgos condiciona muy significativamente el funcionamiento práctico del mercado concesional. Así, por ejemplo, una excesiva o inadecuada asignación de los mismos puede producir un efecto desincentivador de la participación de las empresas en los procedimientos contractuales, y por el contrario, si la Administración está dispuesta a asumir cualquier pérdida potencial derivada de la explotación de la obra o del servicio, los contratistas carecerán del

³⁷⁷ KLEE, L. *International Construction Contract Law*. Wiley Blackwell, Oxford, Reino Unido, 2015, p. 337.

³⁷⁸ MOSS, D. A. *When All else fails. Government as the ultimate risk manager*. Harvard University Press, 2002.

conveniente estímulo de su gestión empresarial”³⁷⁹.

Continúa indicando que cabe señalar que la citada distribución se realiza necesariamente *ad casum*. Con ello se quiere significar, que dadas las características de los contratos de concesión (larga duración, complejidad, etc.), no es posible establecer a priori fórmulas de validez general (listado estandarizado de riesgos), sino que su determinación debe responder a las particularidades que presenta la explotación de cada obra o servicio en particular. (...) lo que respecta al grado o quantum de la transferencia, parece existir un acuerdo de que el concesionario debe asumir una parte sustancial o relevante del riesgo de explotación aunque ello no implica que deba asumirlo todo... (...) el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de la manera más eficaz los riesgos en cuestión.

Como señala el profesor Perez, “el reparto de los riesgos debe también ser objeto de una atención particular. En la gestión directa, la colectividad soporta todos los riesgos del emprendimiento. En la gestión delegada, transfiere una parte mayor o menor de los riesgos al delegado. El reparto de los riesgos es un elemento esencial de los convenios de delegación del servicio público. (...) Las delegaciones de servicio público tienen una larga duración. Por lo tanto, tienen áleas importantes. El reparto de la carga y de la gestión de estas áleas es un elemento determinante del equilibrio contractual”³⁸⁰.

La Comisión Europea ha indicado que toda operación de CPP se caracteriza por el reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. Ahora bien, tal y como afirman Macho y Marco aunque la CPP se quiere presentar como un mecanismo que permite una traslación de riesgos del sector público al sector privado, la propia Comisión es consciente de que la realidad práctica de estos contratos y su flexibilidad admiten operaciones en las que la transferencia de riesgos es mínima (...) y por ello, la Comisión matiza su primera afirmación terminante sobre la transferencia de riesgos al ente privado, señalando que: “No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los

³⁷⁹ LAZO VITORIA, X. *El futuro del mercado concesional* Op. Cit., p. 154.

³⁸⁰ PEREZ, M. A. *O Risco no....*, Op. Cit. p. 149.

riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos”³⁸¹.

Asimismo, desde el año 2000, la Comisión Europea ha indicado que la asignación del riesgo depende, de la respectiva capacidad del ente público y del ente privado para evaluar los riesgos, controlarlos y gestionarlos. En la comunicación 2000/C121/02³⁸², se sostiene que “el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión”.

No creo que sea muy controvertido el hecho de que la configuración de la asignación o distribución de los riesgos en proyectos de CPP sea una cuestión casuística. No existiría un manual o directriz única y común a todos los proyectos de esta naturaleza o concesiones. Pero sí, puede existir algunas cuestiones concretas y de buena administración que sean tomadas en cuentas en los contratos al momento de asignar los riesgos. Como por ejemplo, la capacidad para evaluar los riesgos, controlarlos, gestionarlos y mitigarlos. Por ello, se ha sostenido e indicado que una asignación óptima de riesgos implica que: “(...) cada riesgo específico es identificado y asignado a las partes que están en mejor condición para administrar y reducir esos riesgos”³⁸³.

Los mecanismos de asignación de riesgos se refieren a una medida primaria de asignación entre los participantes directos de los proyectos, que es entre el sector público y privado, excluyendo los usuarios finales. Si ambas partes tienen un cierto resultado de riesgo, ese es un mecanismo de asignación de riesgo compartido³⁸⁴. Al respecto se ha indicado que los riesgos en donde ni el gobierno o el concesionario puedan asumirlos es preferible que sean

³⁸¹ MACHO PÉREZ, A. B. y MARCO PEÑAS, E. *El impacto de las colaboraciones público-privadas* Op. Cit., p. 452.

³⁸² Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas (COM) (2000/C 121/02), de fecha 24 de marzo de 2000.

³⁸³ WISS, M. A. y FARIA, T. M. *Public Private Prtnerships in Latin America: Govermental Salvation or Deception?*, trabajo presentado en la conferencia de la International Bar Association en Auckland, Nueva Zelandia, octubre 2004, citado por MAIRAL, H. La asignación de riesgos ... Op. Cit.

³⁸⁴ DELMON, J. *Projects in Infrastructure:...* Op. Cit., p. 26.

asumidos por las dos partes, como sería la oposición pública y la fuerza mayor³⁸⁵.

Como se ha indicado existen algunos principios generales de asignación de riesgos que si bien son conocidos no son del todo aplicados en la práctica. Los profesores Vassallo y Ángeles Baeza indican tres afirmaciones sobre principios de asignación del riesgo. La primera, los riesgos deben asignarse a las partes que se sientan capaces de asumirlos. Segundo, cada una de las partes intervinientes en el contrato debe asumir aquellos riesgos que sea capaz de controlar mejor. Y, tercero, aquellos riesgos que, teniendo una relevancia sustancial en el equilibrio de la concesión, sean difíciles de controlar por ninguna de las partes, es preferible que sean asumidos por la Administración, puesto que tendría que asumirlos en cualquier caso si la infraestructura, en lugar de ejecutarse mediante un contrato de concesión, se ejecutara mediante un contrato de obra convencional³⁸⁶.

Me parece que el último criterio planteado anteriormente, si bien puede ser una opción, tal y como sostienen los profesores Vassallo y Ángeles Baeza no creo que deba ser un principio para la asignación de los riesgos. En todo caso, previo a su aplicación se debiera por lo menos realizar, el proceso de administración de riesgo expuesto en este trabajo. El planteamiento del último principio pudiera ser catalogado de ligero, ya que en definitiva la Administración Pública siempre pudiera ejecutar la obra o el servicio directamente.

Otro aspecto importante en la asignación de los riesgos es que sea exigible. Es decir, que sea vinculante tanto para el sector público y el privado. Asimismo, que los costos asociados a estos riesgos, incluyendo aquellos derivados del proceso de gestión y administración del mismo sean *costeados por las partes en la que se asignaron y acordaron originalmente*³⁸⁷.

De acuerdo a las políticas tradicionales sobre licitaciones, generalmente, los riesgos son asumidos sustancialmente por el gobierno en cuanto a la propiedad y operación de infraestructuras, y muchas veces tienen un costo invaluable. Si se transfieren algunos de

³⁸⁵ XU, Y., CHAN, A.P.C., XIA, B., QUIAN, Q., LIE, Y., PENG, Y. *Critical risk factors affecting the implementation of PPP waste-to-energy projects in China*. Applied Energy No. 158, 2015, Elsevier, p. 408.

³⁸⁶ VASALLO, J. M. y BAEZA, M.D.L.A. *Asignación del riesgo de demanda en concesiones de infraestructuras de transporte*. Anuario de la Movilidad 2009, Abertis, Fundación RACC, p. 64

³⁸⁷ BARRERO CIFUENTES, S. e IBAGÓN IBAGÓN, M. *Introducción, Op. Cit.*, p. 112.

esos riesgos al sector privado puede ser reducir los costos al gobierno, aunque no es costo efectivo transferir todos los riesgos. Para los profesores Grimsey y Lewis³⁸⁸ los proyectos de CPP buscan lograr la mejor distribución de los riesgos posible. Al respecto indican que dicha distribución se encuentra gobernada por tres principios: a) obligaciones específicas de servicio; b) mecanismos de pagos/precio; y c) disposiciones contractuales de distribución de riesgos. Veamos brevemente algunos de esos aspectos.

a) obligaciones específicas de servicio

El sector público al realizar un proyecto de CPP no busca como objetivo procurar activos, más bien busca recibir un buen servicio, como serían los servicios en hospitales o cárceles. Por ello, las obligaciones y especificaciones sobre la calidad de los servicios son fundamentales para que un proyecto de CPP sea efectivo. Para ello se deberán utilizar mecanismos e indicadores de medición de la calidad.

b) Mecanismos de pago

Indican los profesores Grimsey y Lewis que es necesario desarrollar un robusto mecanismo de pago para establecer el grado de distribución de riesgo del proyecto; y para indicar al sector privado de una actuación y gestión apropiada del proyecto. Esta última parte es fundamental, ya que a menos que existan mecanismos de pago apropiados y cónsonos a los objetivos de la Administración Pública, el sector privado no tendría mayores incentivos para llevar a cabo acciones orientadas al flujo de ingresos u objetivos acorde con los del sector público.

En tal sentido, algunos mecanismos de pago pudieran incluir lo siguiente:

- combinación de disponibilidad del servicio y niveles de desempeño del mismo.
- basados en transacciones o uso para los que se realiza el pago por unidad de transacción.

³⁸⁸ GRIMSEY, D. y LEWIS, M. K. *Public Private Partnerships. The Worldwide Revolution in infraestructura provision and Project finance*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, 2013, p. 176.

- incentivos basados en beneficios donde los pagos están vinculados a mejoras en el entorno organizacional del proyecto, como la mejora de la seguridad o la eficiencia.

c) disposiciones contractuales de distribución de riesgos

Como ya se ha indicado previamente, en los proyectos de CPP el objetivo no es transferir todos los riesgos al sector privado, sino más bien distribuirlo a la parte que se encuentre más capacitada para asumirlo. Por ello, la Administración Pública asume ciertos riesgos que si fuera a ser asumido por el sector privado sería muy costoso. La asignación de riesgos óptima persigue minimizar la probabilidad del impacto de la materialización del riesgo en el proyecto, tomando en consideración el valor por el dinero y una buena administración del riesgo, ambos elementos debidamente analizados en el presente trabajo.

En esencia, asignar riesgos, en el contexto de un proyecto de CPP, implica decidir qué parte dentro del proyecto o contrato de CPP asumirá el costo o el beneficio de un cambio en los resultados del proyecto derivados de cada factor de riesgo debidamente identificado. Por ello, es que una eficiente asignación de los riesgos de un proyecto es una de las principales formas de lograr un mejor valor del dinero.

4.8.1 Transparencia en los mecanismos de asignación de riesgos

La transparencia es un principio fundamental que se impone a todas las actuaciones de la Administración Pública, que incluye por supuesto la contratación y consecuentemente el proceso de asignación de riesgos. Generalmente, en algunas Constituciones expresamente se dispone que la actuación de la Administración Pública debe ser transparente. Tal es el caso de la República Dominicana que en su artículo 138 de su Constitución establece que la transparencia es un principio al que está sujeta la Administración Pública en sus actuaciones.

Hace un tiempo indicaba que por el impacto económico de la contratación pública, no era casualidad que se haya identificado que la misma es la actividad gubernamental más

vulnerable a la corrupción³⁸⁹, razón por lo cual es fundamental que sea realizada conforme a los principios de publicidad y transparencia³⁹⁰. En Iberoamérica se ha podido verificar lo anterior, con el caso de Odebrecht que ha repercutido en diversos países.

La transparencia y publicidad se enmarcan dentro del derecho fundamental a la buena administración. Como señala el profesor Rodríguez-Arana: “El derecho fundamental de la persona a un buen gobierno y a una buena administración incluye expresamente el derecho de los ciudadanos a que los Poderes del Estado sean transparentes en su actividad y en la forma en que implementan las políticas públicas, en toda su proyección temporal y en sus diferentes fases: definición, análisis, ejecución y evaluación”³⁹¹.

Las normativas de contratación pública generalmente contienen disposiciones relativas a la transparencia y publicidad, complementando lo que sería el régimen de publicidad y transparencia que deben ser observadas durante todo el proceso de selección, contratación, ejecución y terminación de un contrato público. Ahora bien, me parece que es fundamental que dentro de ese proceso también se incluya la asignación de los riesgos, ya que en gran medida un proceso bien realizado sobre esta cuestión depende el éxito o no de un proyecto de CPP.

En ese sentido, siendo la transparencia una de las características fundamentales de toda la actividad de la Administración Pública, en proyectos asociativos adquiere una relevancia mayor para evitar connotaciones que puedan implicar corrupción o conflictos de intereses entre el sector público y privado. Por ello, la transparencia es uno de los principales activos para prevenir y reducir las prácticas de corrupción, que se producen dentro del seno de la actividad de contratación pública. No sólo incide en una reducción de la corrupción al evitar que se produzca, sino que también permite que los ciudadanos participen activamente en la

³⁸⁹ Documento elaborado por la OECD sobre Integridad en la Contratación Pública Buenas Prácticas de la “A” a la “Z”, www.oecd.org.

³⁹⁰ DICKSON MORALES, R. R. *La Transparencia en la Contratación Pública*. En *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*. Director Rodríguez-Arana, Jaime. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2017, Madrid, España, p. 165 y siguientes.

³⁹¹ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *La transparencia: una cualidad democrática imprescindible*. Código Iberoamericano de transparencia y Acceso a la información, Jaime Rodríguez-Arana y Guillermo Tenorio Cueto, 2015, p. 7.

lucha contra la corrupción³⁹².

Al respecto, se ha sostenido que: “la transparencia como principio básico en todos los contratos del sector público persigue, como se ha reiterado, esencialmente dos objetivos intrínsecamente relacionados: contribuir a la eficiencia del gasto público mediante una mayor concurrencia en condiciones de igualdad y asegurar la integridad en los procedimientos de contratación reduciendo la corrupción”³⁹³.

El tribunal constitucional dominicano se ha referido sobre el control que ejerce el acceso a la información pública al indicar: “el derecho al libre acceso a la información pública tiende a controlar el uso y manejo de los recursos públicos y, en consecuencia, ponerle obstáculos a la corrupción administrativa”³⁹⁴. Esto se aplica en su totalidad para la actividad de contratación que ejerce la Administración Pública.

Respecto de las implicaciones de la aplicación del principio de transparencia en la contratación pública ha indicado el TJUE que: “toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata”³⁹⁵. Entiendo que esta decisión se encuentra orientada y relacionado con la pertinencia y veracidad de las informaciones que ponga a disposición el sector público, más cuando se trate de proyectos de CPP. Y es que sin informaciones objetivas ni transparentes se puede lograr estructurar un buen proyecto de CPP y menos una eficaz asignación del riesgo.

³⁹² CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El Principio de Integridad en la Contratación Pública*. Thomson Reuters – Aranzadi. Navarra, España, 2014, p. 99.

³⁹³ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. *Contratación Pública y Transparencia*. Wolters Kluwer. Primera edición, Madrid, 2016, p. 88.

³⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, de fecha 21 de septiembre de 2012. TC/0042/12.

³⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de marzo de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comisión.

En otra interesante decisión sobre transparencia, el TJUE señaló que: “por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”³⁹⁶.

Ahora bien, ¿por qué es importante ser transparente y revelar toda la información pertinente respecto de un proyecto y posibles riesgos tanto por el sector público como por el privado? La respuesta a esa interrogante pudiera parecer obvia, y es que la información oportuna y veraz es fundamental para el proceso de identificación, cuantificación y asignación del riesgo. Por ello una debida diligencia es necesaria durante dicho proceso. Pero la debida diligencia se nutre de las informaciones que son compartidas entre las partes. Si dichas informaciones no son completas ni transparentes el proceso pudiera estar sesgado.

Sobre esta cuestión se ha señalado que generalmente el contratista privado presenta su oferta sobre datos proporcionados por la Administración. Si la información sobre la que el contratante privado funda su propuesta acaba siendo incorrecta, las cláusulas del contrato deberían determinar quién asume el riesgo. Al respecto, en la práctica de los contratos de CPP en el Reino Unido, en la mayoría de casos el ente público transfiere al contratante privado la totalidad de la responsabilidad de verificar dicha información³⁹⁷.

Asimismo, se pudiera dar el caso de que en los pliegos o los documentos contractuales del proyecto se pueden incluir disposiciones que alteren la distribución de riesgos inicialmente

³⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 29 de abril de 2004. Asunto C496/99. *Succhi di Frutta SpA*.

³⁹⁷ MACHO PÉREZ, A. B. y MARCO PEÑAS, E. *El impacto de las colaboraciones público-privadas Op. Cit.*, p. 454.

fijada debido a falta de información y transparencia en el proceso tanto de elaboración previa de los pliegos como del proceso de asignación de riesgos.

Por todo lo anterior, el sector público tendrá que ser especialmente cuidadoso en cuanto a la información que transmite y pone a disposición al sector privado sobre un determinado proyecto de CPP. Si el ente público garantiza que toda la información en la que el ente privado fundamenta su propuesta es veraz, esta asumiendo implícitamente un alto riesgo sobre el proyecto. Por el contrario, si el sector privado asumiría el riesgo de verificación de las informaciones suministradas por el sector público durante el proceso de debida diligencia o cuando la Administración sea la única fuente de información, sin que pueda existir otro mecanismo de contrastar su veracidad, es probable se refleje en el precio del proyecto.

En ese mismo sentido, se ha indicado respecto de estas proyecciones y su relación con informaciones que la predicción del tráfico se ha mostrado especialmente difícil en infraestructuras de transporte, sobre todo en proyectos de nueva construcción. En general, existe una tendencia mundial, que es aún más acentuada en España, a sobreestimar las predicciones de tráfico. En España, esta sobreestimación se da no sólo en las predicciones de los licitadores o concesiones finales, sino también en las predicciones de partida que ha llevado a cabo la Administración³⁹⁸.

Hay casos y proyectos de CPP donde existe asimetría de información por diversas razones, ya sea porque una de las partes es la que tiene exclusivamente la información y la otra no puede realizar un proceso veraz de confirmación o porque por alguna razón no se revela toda la información que las partes poseen del proyecto. Esto indudablemente encarece los costos, pero además pudiera poner en riesgo la efectividad del mecanismo de asignación de los riesgos. El sector privado que utiliza consultores especializados en este tipo de transacción, pone especial atención a las informaciones y datos proporcionados por el sector público. Por ello, es utilizado en los documentos contractuales un apartado de declaraciones, representaciones y garantías que lo que hace es transferir el riesgo de la

³⁹⁸ VASALLO, J. M. y BAEZA, M.D.L.Á. *Asignación del riesgo de demanda ...*, Op. Cit., p. 70

información suministrada a la parte que la ha revelado, en caso de que la misma no sea veraz o sea incorrecta y esta haya sido utilizada como base para haber presentado una oferta o asumido una obligación. Bajo ese escenario, los documentos contractuales establecen quien asume dicho riesgo y consecuentemente las posibles contingencias económicas que se puedan derivar de él.

En definitiva, considero vital que dentro del marco de proyectos de CPP la transparencia y el acceso a las informaciones pertinentes del proyecto, en especial la asignación de riesgo debe regularse. Pero además, debe existir una colaboración y revelación entre los sectores públicos y privados de todas las informaciones pertinentes para la buena ejecución del proyecto y de la asignación de los riesgos, ya que en definitiva de lo que se trata es que el proyecto pueda ejecutarse satisfactoriamente para beneficio de las personas.

4.8.2 Estructuración de pliegos de condiciones

Me parece pertinente y de buena administración establecer algún procedimiento previo a la presentación de las ofertas formales en las licitaciones o presentación de proyectos de CPP, que sea público y transparente a fin de que los interesados puedan presentarle a la Administración Pública sus hallazgos, estudios e informaciones respecto de la propuesta de asignación de los riesgos. Esto así, ya que una vez iniciado el proceso de recepción de ofertas, sería muy difícil a los oferentes formular sus propuestas a la Administración y la evaluación de éstas para determinar la oferta más conveniente. Este proceso puede formar parte del proceso de estructuración de los pliegos de condiciones o términos de referencia para proyectos de CPP o concesiones.

En ese sentido, dentro del proceso de estructuración de la matriz de riesgos, la cual forma parte del proceso de estructuración de pliegos condiciones o términos de referencia, es recomendable, que se establezcan las principales consideraciones para su elaboración. Por ejemplo, indicar expresamente que no procederían reclamaciones del contratista, basadas en la ocurrencia de alguno de los riesgos asumidos por él, y, en consecuencia, no se reconocerían, ni ofrecerían garantías algunas, que permita eliminar o mitigar los efectos

causados por la ocurrencia de alguno de esos riesgos.

Asimismo, es importante indicar que la estructura de matriz de riesgo se ha elaborado como resultado de un proceso de gestión de las informaciones obtenidas en estudios, indicando los mismos.

Por otro lado, sería recomendable y de buena administración que se indique expresamente que si los interesados estiman que existen riesgos no previstos en la matriz de riesgos propuesta, se debe comunicar en la etapa de presentación de observaciones de la revisión del pliego de condiciones, para que sean evaluados y de ser pertinentes sean incorporados en la referida matriz.

Lo importante en esta etapa es que ambas partes, tanto el sector público como el privado deben realizar su debida diligencia para la estructuración de los pliegos y en especial sobre la matriz de riesgo resultado del proceso de asignación de riesgos propuesto, el cual sería el definitivo al momento de celebrar y concluir el proceso de selección.

Una consecuencia de un buen ejercicio en esta etapa, serían la imposibilidad jurídica de que sea válida y acogida una reclamación sobre desequilibrio económico del contrato por factores que pudieron ser identificados y previstos en la etapa precontractual durante el proceso de selección, los documentos y estudios del proyecto, siempre que no hayan sido divulgados o informados por el sector privado en esta etapa.

Así pues, que una vez concluido el proceso de revisión de los pliegos, en especial la matriz de riesgos propuesta por la Administración Pública, el proponente al realizar su oferta, implica necesariamente que ha revisado y entendido todos los riesgos previsibles del proyecto que fueron debidamente expresados en la matriz de riesgos, por lo que fueron tenidos en cuenta al momento de elaborar su propuesta.

4.8.3 Mecanismos para mitigar los riesgos

Como es sabido, muchos de los riesgos que inciden en un proyecto de CPP no se pueden prevenir o eliminar en absoluto, pero eso no implica que no se realice una debida diligencia de mitigar su ocurrencia y los posibles efectos que puedan generar en los proyectos. En ese sentido, los mecanismos que puedan tomarse para reducir, mitigar y en aquellos casos que sea posible eliminar el riesgo dependen de los recursos humanos y financieros de quienes toman las decisiones, así como de la viabilidad y disponibilidad de las medidas respectivas.

Un buen enfoque para realizar la asignación de riesgos en un determinado proyecto debe ser percibida en el contexto del contrato y proyecto de CPP como un todo. Es decir, creo que no se debería enfocar en un determinado riesgo particular, como sería el riesgo operacional, y pretender que es el principal riesgo y concentrarse básicamente en ese sólo para asignarlo, sino debe analizarse desde un enfoque integral.

La gestión de los riesgos puede ser un mecanismo importante para mitigar los mismos. De igual forma pueden serlos los distintos contratos que se requieren para estructurar un proyecto de CPP, en donde generalmente intervienen diversas empresas desde el sector privado. En ese sentido, esos participantes desde el sector privado analizan muy cuidadosamente las capacidades de gestión de riesgo de cada uno para determinar como pueden manejarlos o mitigarlos. Así pues, se señala que los contratos generados alrededor de una sociedad para un propósito específico (por sus siglas en inglés "SPV") entre las partes, como pueden ser los contratos de construcción, suministro, compras, etc., establecen derechos y obligaciones entre la SPV y sus contrapartes, esos acuerdos pueden ser diseñados y utilizados con herramienta de gestión del riesgo³⁹⁹.

En ese sentido, como indica el profesor Downie⁴⁰⁰, los riesgos se puede asignar bajo un acuerdo de muchas maneras, incluso a través de las obligaciones asumidas por las partes; las garantías otorgadas por las partes (como puede ser el caso de las revelaciones de

³⁹⁹ BUENO HUDSON, A. *"La acotación del riesgo... Op. Cit., p. 276.*

⁴⁰⁰ DOWNIE, D. *Contractual Risk Allocation: Using Warranties, Exclusions, Indemnities and Insurance Provisions to Mitigate and Manage Risk.* Inter Alia Publishing, Lexington, KY., 2012, p. 3.

información); el grado en que las partes excluyen o limitan los daños que de otro modo serían recuperables por incumplir el acuerdo; indemnizaciones otorgadas con respecto a eventos particulares; y exigir que una o más partes saquen niveles y tipos de seguro específicos.

Se dice que muchos de los ejemplos en las condiciones del contrato, ciertos riesgos generalmente se asignan a una de las partes y los riesgos restantes pertenecen a la otra parte. Los riesgos normalmente se asignan a la parte que sea más capaz de administrarlos de manera eficiente. Algunos de los riesgos no son asegurables y deben asignarse a una de las partes, sobre la base de un “beneficio predominante de la participación en el proyecto”⁴⁰¹.

Quizás, el mecanismo de mitigación de riesgo más utilizado es la transferencia a las sociedades o empresas dedicadas a la gestión del riesgo. Al respecto indica el profesor Bueno Hudson que la transferencia de riesgo a agentes o sociedades profesionales cuyo negocio es la gestión del riesgo (ej.: aseguradoras) se puede considerar esta estrategia como la política mitigadora del riesgo residual no gestionable por las otras dos estrategias. Se refiere a aquellos riesgos de remota ocurrencia o difíciles de gestionar que ninguna de las partes de la SPV esta dispuesta a cubrir. Las aseguradoras son las únicas que están dispuestas a asumir estos riesgos a cambio de una prima⁴⁰².

En determinados documentos y contratos internacionales existen algunos parámetros y directrices que pudieran ser catalogados como estándares y que son utilizados para asignar determinados riesgos. Esto sucede por ejemplo en los contratos internacionales de construcción que no necesariamente se configuran como un proyecto CPP. Me refiero a los contratos modelos FIDIC por sus siglas en francés de la federación internacional de ingenieros consultores.

⁴⁰¹ KLEE, L. *International Construction ...* Op. Cit. p. 337.

⁴⁰² BUENO HUDSON, A. *“La acotación del riesgo...”* Op. Cit., p. 276.

Para presentar algunos ejemplos de asignación de riesgos en esos modelos, he seguido al profesor Klee⁴⁰³, que algunos riesgos que debe asumir el propietario (en un proyecto de CPP sería la Administración Pública) sería con los hallazgos arqueológicos (según la subcláusula 4.24. del contrato modelo). También, los impactos relacionados con el tiempo de las variaciones de las obras, de los reclamos contractuales, de las condiciones climáticas excepcionalmente adversas, de la escasez de personal (como epidemias) y los impactos relacionados con el tiempo de cualquier retraso, impedimento o prevención causado por, o atribuible al propietario.

También debería soportar con los riesgos de demoras causadas por las autoridades públicas, teniendo también, de conformidad con la sub-cláusula 19 del contrato modelo, también los riesgos de “fuerza mayor”. Adicionalmente, corre con el riesgo de los costos incurridos en relación con los hallazgos arqueológicos (según la subcláusula 4.24.).

En los Estados Unidos, los empleadores de infraestructura de transporte individual compilan sus contratos de acuerdo con los manuales de asignación de riesgo estándar. Por ejemplo, las Especificaciones de la guía de la Asociación Americana de Autopistas Estatales y Traspotación Oficiales (AASHTO) para la construcción de carreteras se usan ampliamente en la contratación general como método de entrega. Numerosos precedentes y buenas prácticas de adjudicación de los tribunales confirman las ventajas de la asignación eficiente de riesgos.

Si bien se ha comprobado que son efectivas, las asignaciones de riesgo estándar no son procedimientos estandarizados con una aplicación completamente universal. No existe un procedimiento estandarizado que elimine la necesidad de identificar sistemáticamente los peligros y analizar los riesgos inherentes a cada proyecto de construcción en particular. Ningún procedimiento estandarizado reemplazará la capacidad de un empleador prudente para determinar las prioridades (como la velocidad, el precio, el estándar, la minimización, los impactos ambientales, etc.) al preparar un proyecto⁴⁰⁴.

⁴⁰³ KLEE, L. *International Construction ...* Op. Cit. p. 291 y siguientes. También en DE ALMAGRO, I. y KLEE, L. *Los contratos internacionales de construcción. FIDIC*. Wolters Kluwer, España, 2017.

⁴⁰⁴ KLEE, L. *International Construction ...* Op. Cit. p. 388.

Un ejemplo en los Estados Unidos de que el riesgo debe asignarse a la parte que mejor pueda controlarlo, es que no se debe penalizar al contratista con un recargo de riesgo en el precio del contrato al conservar el riesgo de condiciones imprevistas del terreno. Al respecto se puede observar el planteamiento realizado mediante la adjudicación en *Metcalf Construction Co. v. Estados Unidos*⁴⁰⁵, donde el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de América para el circuito Federal revirtió una decisión del Tribunal Federal de Reclamaciones de Estados Unidos de América que le había permitido al Gobierno cambiar el riesgo de condiciones imprevisibles del terreno al contratista mediante una cláusula de exención de responsabilidad contractual en un contrato de diseño y construcción.

El objetivo de la cláusula de exención de responsabilidad era denegar cualquier posibilidad de alivio al contratista en una reclamación de condición del sitio de condición de sitio diferente. Es una señal clara para la Administración Pública de que no es aceptable cambiar el riesgo imprevisible e incontrolable al contratista. También es una confirmación de la necesidad de una asignación equilibrada y eficiente del riesgo incluso en contratos de diseño y construcción. Se indica que esa decisión clave se produce en un momento crítico, ya que el Gobierno (por cualesquiera sean las razones, probablemente impulsadas por aspectos económicos) parece haber adoptado estrategias agresivas para evitar pagar reclamos razonables a los contratistas, pero aún así los tribunales optaron por un criterio de razonabilidad y no cargaron ese costo al contratista.

Finalmente, la estrategia de compartir un riesgo cuando sea conveniente es deseable. El ejemplo clásico son las condiciones climáticas extremadamente adversas donde un riesgo climático debe ser compartido entre las partes.

4.8.4 Políticas públicas en materia de asignación de riesgos para proyectos de CPP

Me parece que una de las principales causas de proyectos de CPP fallidos se debe a la falta de claridad en las políticas públicas de los gobiernos. Por ello, creo que una de las primeras

⁴⁰⁵ Corte De Apelaciones de Estados Unidos de América para el Circuito Federal, Caso No. 2013-5041, 11 y 24 de febrero.

acciones para efectivos proyectos de CPP es el establecimiento de un marco normativo y de políticas públicas claras y precisas sobre proyectos de CPP. Las Administraciones Públicas que pretendan utilizar la CPP para determinados proyectos deben expresamente declarar su intención de cuáles serían los principios rectores de dichos proyectos, que pueden implicar prestaciones de servicios públicos, concesiones de obras, incluyendo su construcción y mantenimiento, así como cualquier otro proyecto que pretenda ejecutarse bajo esta modalidad.

La guía sobre CPP del Banco Mundial señala algunas políticas típicas sobre CPP que serían:

- Racionalidad de la CPP / objetivos del proyecto: por qué el gobierno está siguiendo un proyecto de CPP.
- Alcance del proyecto de CPP: qué tipos de proyectos se llevarán a cabo bajo la política de CPP.
- Implementación de principios y buena gobernanza: cómo se implementarán los proyectos de CPP, para garantizar que el proyecto cumple sus objetivos.

Algunos gobiernos emiten una declaración de política o documento de CPP para comunicar su intención de utilizar la CPP a funcionarios públicos, el público, posibles inversores y la razón de ser de esta decisión. La declaración de política también describe cómo se implementarán las CPPs. Asimismo, en otros casos se opta por aprobar una legislación que regule todo el tema de CPP. En esos casos, también se debe incluir expresamente las políticas para optar por dicha figura y no otra. Igualmente, se deben establecer expresamente aquellas políticas que regirían la asignación de riesgos con sus principios cardinales para que sirvan como elementos genéricos en todo proyecto de CPP.

Por ejemplo, decía el profesor Gimeno Feliú, haciendo referencia a la figura poco utilizada y hoy eliminada del contrato de colaboración público privada en España, que la posibilidad de un nuevo reparto de riesgos entre el operador privado y la Administración, junto con la estructuración de la financiación, es el aspecto más importante del nuevo contrato desde un punto de vista financiero y de eficiencia. Asimismo, continuaba indicando que tras el

concepto “reparto de riesgos” lo que subyace es la transferencia al operador privado de riesgos que habitualmente soporta el sector público. Concluía que la novedad del contrato es que permite atribuir al socio privado riesgos que habitualmente soporta el sector público.

Lo más importante a recalcar era lo que indicaba respecto de la especial atención el órgano de contratación a la hora de dejar claramente definido en el documento descriptivo y en el contrato que adjudique después del diálogo que se transfieren al contratista el riesgo de construcción y el de demanda o/y el de disponibilidad, para asegurar que la operación no le computa a la Comunidad.⁴⁰⁶

No obstante lo anterior, no he encontrado durante mi investigación políticas precisas de la Administración Pública sobre dicho contrato. Pero tampoco las he encontrado con la aprobación de la Ley 9/2017 que contiene la reciente transposición de la Directiva 2014/23/UE. Me parece que la aprobación de un documento de políticas sobre asignación de riesgos sería beneficioso para que los objetivos de los proyectos de CPP sean cumplidos.

La buena gobernanza sobre administración y asignación del riesgo debería formar parte de esas políticas. Al respecto, la guía de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UNECE por sus siglas en inglés) sobre promoción de buena gobernanza en la CPP define la gobernanza como los procesos en las acciones del gobierno y cómo se hacen las cosas, no solo lo que se hace.

La UNECE señala que la buena gobernanza abarca los siguientes seis principios básicos:

- ✓ Eficiencia: implica uso de los recursos sin desperdicio, demora, corrupción o carga excesiva para las generaciones futuras.
- ✓ Rendición de cuentas: implica que los actores políticos sean responsables ante la sociedad por sus actuaciones.
- ✓ Transparencia: implica entre otras cosas, claridad y apertura en la toma de decisiones.

⁴⁰⁶ GIMENO FELIU, J. M. *Delimitación conceptual ...* Op. Cit., p. 49.

- ✓ Decencia: implica el desarrollo e implementación de reglas sin causar perjuicios a las personas.
- ✓ Imparcialidad: implica la aplicación equitativa de las reglas a todos los miembros de sociedad.
- ✓ Participación: implica la intervención de todos los interesados en el proyecto.

El desafío principal que tienen las Administraciones Públicas en proyectos de CPP es asegurarse de que exista un marco normativo eficaz que garantice se cumplan estos principios de buen gobierno en la implementación de proyectos de CPP. En el caso de la República Dominicana, la principal debilidad en las contrataciones públicas ha sido precisamente la administración y gestión del contrato, una vez se ha concluido con el procedimiento de selección.

4.8.5 Monitoreo y administración del proyecto de CPP

La existencia de políticas públicas sobre la administración efectiva del contrato, que implica gestionar y monitoriar la identificación y administración de todos los riesgos y oportunidades durante la vigencia de una concesión o proyecto de CPP, con el fin de lograr los objetivos del proyecto y obtener un mejor valor posible del dinero. En ese sentido, la Administración Pública debe asegurarse de que la asignación planificada de responsabilidades y los riesgos se ponen en práctica, monitorean, registran y continuamente se analiza y verifican, recopilando datos que les permita hacer las adecuaciones para prevenir, mitigar o accionar ante la ocurrencia de riesgos.

La guía del Banco mundial señala que se requiere durante la vigencia del proyecto un gerente del contrato que pueda realizar las siguientes:

- Monitorear cumplimiento del contrato y el rendimiento del servicio por el sector privado, y garantizar que las penalizaciones o bonificaciones se paguen de forma adecuada.
- Monitorear y garantizar el cumplimiento por parte del gobierno de sus

responsabilidades bajo el contrato.

Por otro lado, también se sostiene que el gerente del contrato debe estar consciente del plan de gestión de riesgos, incluyendo las responsabilidades asociadas al mismo, tanto por el sector público como el privado. En ese sentido, es importante identificar la información necesaria para monitorear el riesgo y posibles acciones para mitigar el riesgo o su impacto.

Estos requisitos de información deben ser parte de los requisitos de información definidos en el contrato. Incluso, sería de buena práctica que algunos de los riesgos que son asignados al sector privado requieren monitoreo de los ciudadanos o del sector pública, a fin de que exista un debido seguimiento de que las actividades requeridas durante la vigencia del contrato sean realizadas de acuerdo al correspondiente plan y que no se exista o se genere una diferencia sustancia que pueda afectar al proyecto.

Es por ello, que el plan de gestión de riesgos debe ser desarrollado antes de iniciar la ejecución del contrato, entregándose dicho plan al gerente del contrato que lo monitorearía, para que sea efectivamente como recurso fundamental durante la duración del contrato. Generalmente, lo que ocurre es que el gerente de contrato recopila la información relevante de monitoreo de riesgos, que usualmente entrega o proporciona el sector privado con información externa relevante (por ejemplo, sobre tendencias económicas), para actualizar regularmente el plan e indicar las alertas correspondientes.

En definitiva, el gerente de contrato requiere entre otras cosas: i) controlar los indicadores contra los niveles esperados, para identificar los riesgos emergentes (por ejemplo, los niveles de tráfico no serán los proyectados); y ii) tomar las medidas de mitigación planificadas.

La inclusión de todos los riesgos aparentes en los proyectos de CPP implica que la gama de riesgos que deben considerarse para fines de gestión efectiva de contratos es más amplia que el rango de riesgos considerado en la gestión efectiva de contratos. La autoridad adjudicadora debe aclarar todo el riesgo del proyecto asignado bajo la concesión, incluidos

los riesgos de ejecución del contrato que surgen de problemas no resueltos en la ejecución del contrato, la gestión ineficaz del sector público y los riesgos asociados con los cambios propuestos en el acuerdo contractual. Después de la aclaración, estos deben ser incluidos en el sistema de gestión de contratos que debe existir para las concesiones o proyectos de CPP.

4.8.6 Los acuerdos entre las partes sobre reparto de riesgos

De conformidad a la Ley 9/2017 para que exista unas concesiones de obras o de servicios el concesionario tiene que asumir un riesgo operacional. Las normas en sentido general no disponen un mecanismo mediante el cual se determina la debida asunción del riesgo. Ahora bien, un cambio práctico y relevante es el hecho de que a partir de la nueva normativa se define expresamente los tipos contractuales concesionales en función de la asunción de riesgos, básicamente el operacional.

Esto tiene un impacto importante, ya que si bien desde hace mucho tiempo las partes en los contratos se atribuían y repartían los riesgos, dicho proceso no se realizaba tomando en consideración el tipo de contrato sino como una práctica normal en el derecho de los contratos.

Y es que como dice el profesor Huergo Lora que el contenido de un contrato se define no sólo por las obligaciones asumidas por las partes (y los correlativos derechos atribuidos a las mismas), sino también por la medida en que cada una de ellas asume los riesgos derivados del contrato, o los comparte⁴⁰⁷.

Asimismo, señala el profesor Carrasco citado por Huergo Lora que “todo contrato se halla expuesto en mayor o menor medida a que fracasen, por razones no imputables a la conducta o a la previsión de las partes, las expectativas y los intereses que los contratantes han querido satisfacer con la celebración de aquél”⁴⁰⁸. Asimismo, indica que: “el fracaso del

⁴⁰⁷ HUERGO LORA, A. *El riesgo operacional en ...* Op. Cit., p. 32.

⁴⁰⁸ Á. CARRASCO PERERA, Á. *Derecho de contratos*. Editorial Aranzadi, 2017, Pamplona, España, p. 963 y siguientes.

contrato es una contingencia sobrevenida que afecta en todo o en parte a la rentabilidad esperada por los contratantes. El riesgo contractual es la posibilidad de este fracaso, y las técnicas de imputación del riesgo constituyen los mecanismos diseñados por las partes, o supletoriamente por la ley, para asignar a una, o ambas, de las partes el efecto perjudicial de la contingencia del fracaso”.

Las técnicas contractuales y las normas de los códigos civiles han contemplado reglas generales sobre reparto o de atribución de riesgos que pudieran ser utilizados por las personas para disminuir los costos transaccionales de negociar un contrato. Algunas pudieran ser obligatorias y otras opcionales dependiendo de la jurisdicción que se trate. Tal es el caso de reglas como la *res perit domino, rebus sic stantibus, periculum emptoris, periculum debitoris*, la fuerza mayor y caso fortuito, etc.

En el ámbito de los contratos públicos también existen ciertas reglas de legales sobre asignación de riesgos. La primera se puede indicar que es la relativa al principio clásico del riesgo y ventura, que afecta en sentido general, aunque con matizaciones a todos los contratos públicos.

Otra regla atribuida legalmente y relacionada a los riesgos, es el derecho que tienen los contratistas a ser indemnizados en casos de fuerza mayor, derivado del artículo 239⁴⁰⁹ de la Ley 9/2017. Dicha norma es aplicable exclusivamente el contrato de obras y constituye como ya indicaba el profesor García de Enterría en su trabajo sobre el principio de riesgo y ventura cómo se relaciona dicho principio con la distribución de los riesgos en los contratos.

Por igual, el artículo 259.4 de la Ley 9/2017 sobre el progreso de la ciencia en las concesiones, atribuye al concesionario un riesgo, el del incremento de la onerosidad del

⁴⁰⁹ El artículo 239 sobre fuerza mayor de la Ley 9/2017 dispone que: “1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

contrato como consecuencia de la necesidad de implantar novedades derivadas del progreso de la ciencia o de la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios. No obstante dicha disposición, y el riesgo derivado de ella para el contratista, debe analizarse en contexto con lo dispuesto por el artículo 270.4⁴¹⁰ de la Ley 9/2017 que permite la posibilidad de desistimiento del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de las circunstancias indicadas en el artículo, la cual incluye avances técnicos cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Otro ejemplo, aunque en la actualidad no se encuentra expresamente reconocido por el ordenamiento jurídico español, era el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato ante situaciones de riesgo imprevisible. Dicha posibilidad, como indica el profesor Huergo Lora⁴¹¹ encontraba acogida en el artículo 127.2.2.º b) del RSCL “La Corporación concedente deberá (...) mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual (...) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión”.

Ahora bien, para contratos complejos y de larga duración como serían los de CPP algunas de estas normas no son suficientes o incluso aplicables para la transacción por los niveles de riesgos y costos del proyecto. Por ello, es necesario negociar y acordar cláusulas de

⁴¹⁰ El artículo 270.4 de la Ley 9/2017 dispone que: “El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:
a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.

b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.

⁴¹¹ HUERGO LORA, A. *El riesgo operacional en ...* Op. Cit., p. 33.

atribución y distribución de los riesgos.

Igualmente, dentro de estos acuerdos entre las partes, se encuentra lo que se denomina la asignación del riesgo contractual que se encuentra ligada a la administración del riesgo. En ese sentido, se sostiene⁴¹² que algunos mecanismos de re-asignación de riesgos contractuales deben ser utilizados en proyectos de grandes envergaduras o en ciertas industrias como la del gas y petróleo. Algunos de esos mecanismos suelen ser las disposiciones contractuales sobre indemnidad que sería una cláusula mediante la cual una parte acuerda asumir las pérdidas en que incurra la otra; también se encuentran las exclusiones y limitaciones de responsabilidad, las relativas a la fuerza mayor, y las cláusulas sobre seguros.

Otro elemento que entiendo puede colaborar a que el proceso de asignación de riesgos sea el más óptimo posible es utilizar mecanismos alternativos de resolución de disputas, tales como la mediación o el arbitraje cuando en el proceso de estructuración del proyecto exista alguna diferencia o disputa entre quien debe soportar el riesgo. Adicionalmente, en los contratos de larga duración, como serían los de CPP, los mecanismos alternativos de resolución de disputas, específicamente el arbitraje, pudiera tener un efecto positivo, cuando sea necesario revisar la estructura de asignación de riesgos después de transcurrido un cierto tiempo prudente. Así pues, si por ejemplo se acordó que la distribución de riesgos en un determinado proyecto se revisaría cada diez años se utilice el arbitraje para solucionar la distribución de riesgos, en caso de que las partes no logren un acuerdo en el proceso de revisión. Evidentemente, que este planteamiento requiere maduración y unas reglas claras y precisas. Espero sea un tema de discusión a futuro.

4.8.7 Impacto de una óptima asignación de riesgos

Si no se asignan riesgos eficazmente o si la asignación es incorrecta (por cualquier causa) y se configuran los eventos adversos que causan pérdidas y daños, es probable que surjan disputas legales. Por lo tanto, una eficaz y óptima asignación de riesgos debidamente

⁴¹² WILBROAD ARINAITWE, P. *Risk allocation in oil and gas service contracts. A comparative analysis of US and UK continental shelves*. Lambert Academic Publishing, USA, 2014, p. 15 y siguientes.

negociada entre las partes de un proyecto de CPP es deseable y pudiera mitigar el surgimiento de disputas legales ante la ocurrencia de los eventos que fueron razonablemente distribuidos entre las partes.

La mala gestión del riesgo dará como resultado una mala distribución del mismo, daños, pérdidas y disputas legales. Siempre que se busque una asignación de riesgo adecuada, la asignación debe ser razonable, justa (equilibrada) y eficiente. En la práctica, tal y como indica Klee rara vez hay consenso sobre lo que es "razonable y justo". Por lo tanto, se deben especificar otros criterios para garantizar una asignación de riesgo óptima, de modo que se pueda encontrar el mejor valor para el dinero invertido⁴¹³.

El profesor Bunni⁴¹⁴ establece que dentro del proceso de asignación de riesgos y con la intención de realizar una asignación óptima se debe contestar razonadamente las siguientes interrogantes:

- ¿Cuál de las partes puede controlar mejor los eventos que conducen a la ocurrencia de un riesgo?
- ¿Cuál de las partes puede controlar mejor un riesgo una vez que aparece?
- ¿Qué sucede si la Administración Pública quiere involucrarse en el control de riesgos?
- ¿Cuál de las partes está dispuesta a correr un riesgo fuera de su control?
- ¿El pago por transferencia de riesgo es razonable y aceptable?
- ¿La parte que corre el riesgo puede soportar las consecuencias de la realización del riesgo?
- ¿Puede una transferencia de riesgo particular a una parte conducir a una posible transferencia de otro riesgo a otra parte?

Las respuestas a las preguntas anteriores ayudarán a formular condiciones no ambiguas y realistas sobre la asignación de riesgos. Asimismo, sería un mecanismo interesante dentro

⁴¹³ KLEE, L. *International Construction ...* Op. Cit. p. 338.

⁴¹⁴ BUNNI, N. *Risk and Insurance in Construction*. Spon Press, London, citado por KLEE, L. *International Construction ...* Op. Cit. p. 339.

del proceso de la evaluación del proyecto. Considero que estas preguntas y sus respuestas dentro del proceso de planificación de un determinado proyecto de CPP deben ser transparentes, por lo que deberían estar disponibles para los interesados en el proyecto así como a cualquier persona que requiera dicha información.

Sería también importante dentro del proceso de asignación de riesgos, específicamente para determinar qué parte estaría en mejor condición para asumir un riesgo particular, contestar consciente y objetivamente las siguientes preguntas:

- ¿Puede la parte que estaría asumiendo el riesgo controlarlo?
- ¿Cuál de las partes tiene el mayor beneficio económico por la aceptación particular del riesgo?
- ¿La asignación de riesgos a un partido particular es beneficiosa para la prosperidad del proyecto?

De acuerdo con el Departamento de Transporte de Estados Unidos de América, el objetivo de una asignación óptima del riesgo es minimizar el costo total del riesgo en un proyecto, aunque no necesariamente los costos para cada parte. Por lo tanto, a veces podría parecer que una de las partes asume más costos sobre ciertos riesgos que la otra parte. Sin embargo, si las partes toman una visión a largo plazo y el beneficio de aplicar sistemáticamente un método óptimo para ellos y para el resto de su industria, se darán cuenta de que con el tiempo la optimización de la asignación de riesgos reduce el costo de todos y aumenta la competitividad de todas las partes involucradas.

4.9 Potestades de la Administración Pública en proyectos de CPP

Si bien los contratos de CPP pueden ser catalogados como un mecanismo concesional, y consecuentemente se tratados básicamente bajo los mismos parámetros. Tal ha sido aparentemente la elección europea, a través de la Directiva 2014/23/UE. Sin embargo, para algunas jurisdicciones iberoamericanas, si bien los contratos de CPP son una forma concesional, establecen particularidades que regularmente son establecidas en una

legislación particular.

En ese sentido, me parece oportuno aunque sea brevemente analizar si existiría alguna implicación respecto de las prerrogativas o más bien de las potestades de la Administración Pública cuando se trate de un proyecto de CPP. Lo primero que hay que señalar en este sentido, como ya he indicado previamente, es que existe una diferencia en cuanto a la regulación entre los países europeos y los iberoamericanos. Estos últimos, han optado por regular las CPP con una normativa particular y con ciertas diferencias respecto de la regulación habitual sobre concesiones. Por esa razón, entiendo que si bien la CPP es un mecanismo concesional, en aquellos países donde hay regulación específica existen ciertas matizaciones con respecto de las concesiones, por lo menos en dichos países.

Como indica el profesor Durán⁴¹⁵, por lo menos desde la perspectiva Latinoamérica sobre los contratos de CPP son contratos de colaboración, pero esta característica se acentúa aun más, lo que por su naturaleza, impide que alguna de las partes tenga alguna posición de privilegio.

En ese sentido, concluye el profesor Durán⁴¹⁶ que con relación a los contratos de CPP, la única potestad de la Administración prevista legislativamente es la modificación unilateral del contrato, con los límites cualitativos, cuantitativos y procedimentales establecidos en el artículo 47 de la ley No. 18786, de 19 de julio de 2011.

Asimismo, indica que en los contratos de CPP, no existe ningún acto legislativo, por lo menos en el caso uruguayo que habilite a sostener una potestad de dirección o de interpretación unilateral del contrato por parte de la Administración, ni hay nada que impida la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* por parte del contratista, en caso de incumplimiento de la Administración.

⁴¹⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A. *Derecho Administrativo otra forma de verlo*. Editorial La Ley Uruguay, Uruguay, 2017, p. 691.

⁴¹⁶ IBÍD., p. 696.

En el caso dominicano, aunque no existe una normativa particular sobre CPP, de la revisión del Anteproyecto de APP se desprende que las potestades que tiene la Administración Pública en proyectos de CPP en comparación con los contratos públicos se encuentran matizadas. Me explico. De conformidad al artículo 53 de dicho Anteproyecto de APP se establece el régimen aplicable a los contrato, indicando que: “Los contratos que se celebren a través del mecanismo de Alianza Público–Privada se regirán por las disposiciones de la presente Ley y su reglamento, por la Ley 340 – 06 modificada por la Ley 449 – 06, por el Decreto 543 – 12, por las normas que se promulguen sobre la misma materia y, por reglas de participación y contratos que se establezcan en el respectivo proceso de selección.

Cuando se presenten discrepancias o controversias entre los documentos mencionados en el inciso anterior, para la solución de éstas, las entidades contratantes aplicarán el orden de preferencia establecido en este artículo. Son fuentes supletorias de esta Ley las normas del derecho público y, en ausencia de éstas, las normas del derecho privado”.

En ese sentido, dentro de las disposiciones que contiene el Anteproyecto de APP no se desprenden potestades particulares para la Administración Pública tal y como se establecen en la normativa sobre compras y contrataciones de la República Dominicana, respecto de la interpretación del contrato; modificación unilateral; y la inaplicación de la excepción de incumplimiento “*non adimplenti contractus*”. Así pues, que compartiendo el análisis del profesor Durán, entiendo que en el supuesto de una aprobación de dicho anteproyecto de ley como se encuentra, la Administración Pública en los contratos de CPP no tendrían más que aquellas facultades o potestades expresamente establecida en su normativa. En otras palabras, la Administración Pública no podría ejercer de manera unilateral la interpretación del contrato; modificación del contrato; y la inaplicación de la excepción de incumplimiento “*non adimplenti contractus*”.

La única facultad o potestad que figura en el Anteproyecto de Ley APP se encuentra en el artículo 63 sobre la terminación anticipada de contratos de Alianzas Público–Privadas, estableciendo en acápite (d) que establece: “Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional relacionado con incumplimientos graves que afecten o pongan en riesgo la entrega

de los bienes o servicios públicos, que persistan más allá del período de cura acordado”. De todas maneras, como se puede observar, debe existir un periodo de cura, por lo que dicha facultad se encuentra acentuada.

En el caso español la situación no presentaría por el momento mayores discusiones teóricas, ya que tanto su ordenamiento jurídico, como el de la Unión Europea han optado por asimilar el contrato de CPP al de concesión. En tal sentido, las facultades y potestades que tendría la Administración Pública en un proyecto de CPP serían aquellas establecidas en la Ley 9/2017, sin que de esta normativa se desprenda diferenciaciones como ocurre en el Latinoamérica.

4.10 Corrupción, cuestiones éticas e integridad en la asignación de riesgos en proyectos de CPP

El riesgo de corrupción se encuentra latente en toda contratación pública. De hecho ha sido protagonista reciente de grandes procesos en España, que ha implicado la reciente salida del ex-Presidente del Gobierno Español, Don Mariano Rajoy, debido a la moción de censura. Igualmente, ha ocurrido en países latinoamericanos donde procesos por corrupción en la contratación pública ha implicado diversos procesos penales en contra de funcionarios públicos, debido al connotado caso de corrupción de Odebrecht.

Dentro de ese contexto, entiendo que las implicaciones éticas que permitan prevenir corrupción al asignar riesgos son de interés comentarlas, ya que no se ha comentado mucho las implicaciones y el impacto que puede tener una mala asignación de riesgos en proyectos de CPP y su relación con la corrupción. En ese sentido, el primer aspecto que da lugar a que en este tipo de proyectos la corrupción sea una preocupación es que la competencia o concurrencia, principio fundamental en la contratación pública, pudiera disminuir e incluso desaparecer una vez que se ha concluido un contrato de CPP.

Por ello, se sostiene que la competencia en el proceso de licitación es la única oportunidad para garantizar selección de un contratista calificado en proyectos de esta naturaleza, si

luego no se evalúa correctamente cómo se ha realizado la asignación de riesgos, para posteriormente realizar modificaciones y cambios pudiera implicar como indica la OCDE⁴¹⁷, que se socava la integridad y la capacidad de la CPP para ofrecer beneficios a particular, configurándose la corrupción cuando un contrato no es otorgado al postor que ofrece el mejor valor por dinero, que implica necesariamente una correcta asignación de riesgos, sino al oferente que ofrece un soborno o el sector público que lo incentiva y el privado que lo acepta.

La OCDE⁴¹⁸ ha señalado que las principales áreas de preocupación en las licitaciones públicas, que también afectan a los proyectos de CPP son las siguientes:

- Asimetría de la información. Ya he comentado al respecto en el presente trabajo. Solo indicar nuevamente, que cuando el sector privado o público posee información no disponible para la otra puede ser explotado para aumentar los intereses de la parte que no revela toda la información pertinente.
- Contactos, redes informales y colusión. Mientras informal los contactos y las redes pueden ayudar a facilitar las transacciones para la construcción confianza entre las partes, también podrían ser objeto de abuso para influir en el proceso de licitación. Los postores podrían confabularse para aumentar los precios y restringir salida. Las redes también podrían usarse para favorecer a un competidor mediante divulgar injustamente procedimientos y requisitos de licitación.
- Conflicto de intereses por parte de los funcionarios públicos. Los conflictos de intereses suelen ser un tema fundamental para la prevención de la corrupción. En este caso, los conflictos pueden surgir de tipo personal, intereses financieros, entre otros, que se configuran dentro del marco de un proyecto de CPP.
- Financiamiento político. Algunas prácticas para obtener grandes proyectos de infraestructura se refieren al financiamiento político. En ese sentido, algunos

⁴¹⁷ OECD (2005a), Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement, OECD Publishing, Paris.

⁴¹⁸ OCDE. *Public-Private Partnerships* Op. Cit., p. 122.

políticos no vinculados directamente en el proceso de licitación pueden usar su influencia para influir en los resultados de la misma, a cambio de obtener contribuciones para campañas políticas, ya sea personal o para un determinado partido político.

En adición a lo anterior, un elemento que contribuye la existencia de prácticas corruptas y anti-éticas, es lo que ocurren en países donde la institucionalidad de los sistemas de contrapesos es cuestionada, como ocurre en República Dominicana. Por lo menos hasta el momento ha existido en sentido general, una falta de responsabilidad o sistemas de consecuencias para los casos de corrupción ventilados públicamente.

Según un estudio del Instituto de Gobernanza de Basilea encargado por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, las siguientes etapas de adquisición fueron las más vulnerable a la corrupción y al soborno⁴¹⁹:

- La selección de consultores. Con frecuencia, los contratos de consultoría caen por debajo del umbral de licitación competitiva, para que se puedan elegir consultores "amigables". Esto es fundamental evitarlo que ocurra en proyectos de CPP, ya
- El diseño y la preparación de documentos de licitación. Los cálculos pueden ser manipulados de manera que el resultado pueda ser influenciado o que permita sobrecostos durante la ejecución del contrato.

Igualmente, existen aspectos que deben ser revisados y tratados con suma transparencia durante la fase de ejecución del proyecto, como sería el tema de las órdenes de cambio, ya que en dicho proceso existe un riesgo alto de cometer acciones indelicadas. Por todo lo indicado anteriormente, es necesario que dentro de los proyectos de CPP, durante el proceso previo, y ligado al tema de investigación, es decir la asignación de riesgos, así como en ejecución existan políticas claras sobre aspectos éticos, de integridad y de prevención de corrupción.

⁴¹⁹ IBÍD., p. 123.

Al respecto se pueden incluir disposiciones expresas en los pliegos de condiciones, así como en toda la documentación legal relativa a un proyecto de CPP. Específicamente disposiciones contractuales sobre cuestiones éticas e integridad, respecto a las prohibiciones de ciertas prácticas, así como un sistema de consecuencias contractualmente establecido ante dicho incumplimiento pudieran ser disposiciones deseables para evitar y combatir un riesgo tan alto de corrupción en la contratación pública y proyectos de CPP. De lo que se trata en definitiva es de preservar la integridad de proyectos de CPP. La transparencia y disposiciones sobre estas cuestiones en la etapa de asignación de riesgos, en los pliegos como los contratos contribuirían a ese objetivo.

4.11 Análisis práctico de asignación de riesgos

El estudio de casos como mecanismo de análisis y reflexión de problemas jurídicos, resulta ser una herramienta fundamental en la búsqueda de alternativas y soluciones a las situaciones jurídicas analizadas. Por ello, entiendo que una cuestión tan práctica como es el tema de la asignación de riesgos no debe de obviar un análisis de casos para identificar cómo se ha estado realizando dicho proceso y las mejoras que se pueden implementar al respecto, luego de haber estudiado y analizado la problemática de los riesgos en la CPP en esta investigación.

En ese sentido, presentaré un caso sobre la asignación de riesgos tanto en España como en la República Dominicana.

4.11.1 Caso de España

Para el estudio de casos de España he elegido un proyecto concesional de autopista de peajes. Se trata de los proyectos relativos a las autopistas radiales que implicaban el acceso a Madrid, aumentándolo de 6 que existían a 11. Se trata entonces de los proyectos de autopistas R-2, R-3, R-4, R-5, M-11, M-50, entre otros. Como se sabe, el Gobierno Español, a través del Ministerio de Fomento ha iniciado el rescate de esas autopistas quebradas.

La gráfica de algunas de esas autopistas hoy día rescatadas o en proceso de rescate es la siguiente:



Para realizar el análisis respecto de esas autopistas, he seguido a Pérez Peña, Pérez Ureña y Márquez Picón en su proyecto de investigación sobre Los contratos de Concesión en España. Las autopistas de peaje desde 1995: aciertos, errores y lecciones aprendidas para el futuro⁴²⁰.

a) R-2, de Madrid a Guadalajara. Circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la N-I hasta la N-II

Este PCAP se publicó el 10 de febrero de 2000, siendo casi idéntica a la del pliego de la R-3 y R-5. El objeto y las características, conforme al artículo 2 del PCAP para la construcción, conservación y explotación de:

1. R-2, autopista de peaje Madrid-Guadalajara, tramo M-40-Guadalajara según el anteproyecto de clave: A0-E-141 aprobado definitivamente por resolución del Ministerio de

⁴²⁰ PÉREZ PEÑA, A.; PÉREZ UREÑA, F. J., MÁRQUEZ PICÓN, J. A. Tesis de Master en Gestión de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios. Director GAVILANES GINERÉS, Gerardo. *Los contratos de Concesión en España. Las autopistas de peaje desde 1995: aciertos, errores y lecciones aprendidas para el futuro*. Universidad Politécnica de Madrid. Madrid, España, 2013.

Fomento de 4 de febrero de 2000. El concurso comprende la totalidad del itinerario previsto en el anteproyecto mencionado.

2. La circunvalación a Madrid M-50 comprendida entre la carretera N-I y la carretera N-II, de acuerdo con el anteproyecto de clave AO-M-11.380. aprobado definitivamente por resolución del Ministerio de Fomento de 4 de febrero de 2000.

El concurso comprende la totalidad de los itinerarios de dicho tramo con los puntos de origen y fin y ubicación de enlaces previstos en el mencionado anteproyecto. Dicho tramo quedará integrado en la concesión objeto de este concurso a los efectos de su construcción, conservación y explotación por el concesionario y será libre de peaje.

Asimismo, el concurso incluye la desviación del trazado de la N-II, necesaria para la su correcta conexión con la M-50. El concurso será único para la totalidad del objeto descrito en los párrafos anteriores.

La fecha límite de la construcción era el treinta (30) de octubre del año dos mil dos (2002). El periodo máximo de la concesión es de cincuenta años. El monto de RPA ascendía a la suma de €40,72 M, y la garantía definitiva de € 18,81 M.

b) Autopista de peaje R-4, de Madrid a Ocaña. Circunvalación a Madrid M-50: desde la N-IV a la N-II. Eje Sureste, tramo M-40 – M-50. Prolongación de la conexión de la N-II con el distribuidor este. Actuaciones de mejora en la M-50

Este PCAP se publicó el 14 de abril de 2000, siendo casi idéntica a la del pliego de la R-3 y R-5. El objeto y las características, conforme al artículo 2 del PCAP para la construcción, conservación y explotación de:

1. R-4, autopista de peaje Madrid-Ocaña, tramo M-50-Ocaña según el anteproyecto de clave: A0-M-10210.A aprobado definitivamente por Resolución del Ministerio de Fomento de 9 de diciembre de 1999. El concurso comprende la totalidad del itinerario previsto en el

anteproyecto mencionado.

2. La circunvalación a Madrid M-50 comprendida entre la Carretera Nacional IV y la Carretera Nacional II, de acuerdo con el anteproyecto de clave AO-M-11450 aprobado definitivamente por resolución del Ministerio de Fomento de 15 de marzo de 2000 y las actuaciones de mejora especificadas en la cláusula 21 para la circunvalación a Madrid, M-50, tramo: M-409-N-IV (Eje Culebro). La conservación y explotación de este último tramo de la M-50, entre la M-409 y la N-IV, deberá de llevarse a cabo por parte del adjudicatario a partir del segundo mes de la constitución de la sociedad concesionaria.

El concurso comprende la totalidad de los itinerarios de dicho tramo con los puntos de origen y fin y ubicación de enlaces previstos en el mencionado anteproyecto. Dicho tramo quedará integrado en la concesión objeto de este concurso a los efectos de su construcción, conservación y explotación por el concesionario y será libre de peaje.

3. El eje sureste entre las carreteras M-40 y M-50, de acuerdo con el anteproyecto de clave AO-M-10210B aprobado definitivamente por Resolución del Ministerio de Fomento de 6 de marzo de 2000. El concurso comprende la totalidad del itinerario previsto en el anteproyecto mencionado.

4. La prolongación de la conexión de la Carretera Nacional II con el distribuidor este, de acuerdo con el anteproyecto de clave AO-M-11450 aprobado definitivamente por Resolución del Ministerio de Fomento de 15 de marzo de 2000.

El concurso comprende la totalidad del itinerario previsto en el anteproyecto mencionado. Dicho tramo quedará integrado en la concesión objeto de este concurso a los efectos de construcción, conservación y explotación por el concesionario y será libre de peaje. El concurso será único para la totalidad del objeto descrito en los párrafos anteriores.

La fecha límite de la construcción era el treinta (30) de octubre del año dos mil dos (2002). El periodo máximo de la concesión es de sesenta y cinco años, a diferencia de los proyectos

de R-2, R-3 y R-5. El monto de RPA ascendía a la suma de €559,65 M, y la garantía definitiva de € 11,58 M.

De los documentos revisados relativos a dichos proyectos, es decir, los PCAP, así como los contratos de concesión de cada uno de ellos, no se pudo observar la elaboración de una matriz de riesgos que hiciera un ejercicio consciente de los riesgos que se asumía en dichos proyectos, así como la parte que los asumiría.

Por ello, se indicaba haciendo un análisis de las concesiones de autopistas en España que: “Para un modelo concesional más eficiente y con menores problemas en los pliegos deben definirse claramente los riesgos a asumir por el concesionario y por la Administración, los mecanismos para el reequilibrio económico-financiero y la definición clara de la cláusula de progreso (...)”⁴²¹.

Se podría sostener que una de las causas principales del fracaso de esos proyectos concesionales fue el riesgo de expropiaciones que aparentemente asumió el sector privado. En esos proyectos, las expropiaciones se dispararon. Especialmente en Madrid. Accesos de Madrid (R-3 y R-5) previó 40 millones en expropiaciones. Henarsa (R-2) calculó que el terreno le costaría otros 40 millones. Solo estas dos empresas tuvieron que afrontar expropiaciones por valor de 1.600 millones. En total, el costo de las expropiaciones pasó de aproximadamente 387 millones a unos 2.210 millones. Solo por mencionar un ejemplo, en la salida de Madrid por la R-3, a la altura del barrio de San Blas, el TSJ de Madrid llegó a fijar un precio de 3.161 euros por metro cuadrado, por una parcela de 860 metros.

En adicción a todo lo anterior, me parece que no se hizo un ejercicio de buena administración en la estructuración de esos proyectos, en especial, respecto a los riesgos, sobre todo los de: a) demanda; terrenos y expropiaciones; autorizaciones administrativas, entre otros.

⁴²¹ IBÍD., p. 213.

En vista de todo lo acontecido, el Ministerio de Fomento de España pasará a hacerse cargo de aproximadamente nueve (9) autopistas fallidas, luego de que sus concesionarias se declararan insolventes y en concurso de acreedores entre otras cosas por el desplome del tráfico y los sobre costos de las expropiaciones.

4.11.2 Caso de República Dominicana

Para el estudio de casos de la República Dominicana he elegido un proyecto concesional de autopista, relativo a la Autopista del Nordeste que recorre el trayecto entre el Distrito Nacional, Santo Domingo de Guzmán y la provincia de Samaná.

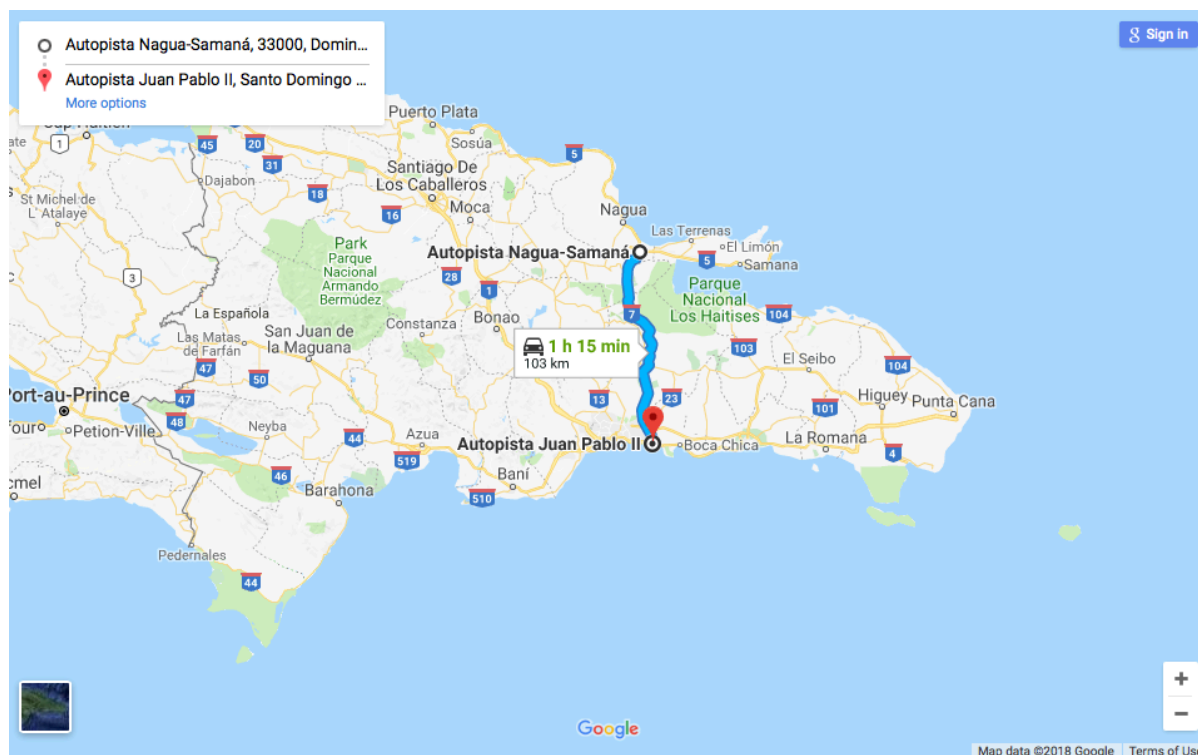
a) Caso Autopista del Nordeste

El Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) antes (Secretaría de Estado de Obras Públicas y Comunicaciones (SEOPC), inició en el año 1998 el Concurso Público Internacional No. 06-98 para la construcción de la carretera en el trayecto Santo Domingo - Cruce de Molinillos, Samaná.

El MOPC adjudicó el proyecto a la sociedad Autopistas del Nordeste, S.A., suscribiéndose, el 18 de julio del año 2001 el correspondiente contrato de concesión de la obra. Dicho contrato fue aprobado por la Resolución No. 37-02 del Congreso Nacional, en fecha 20 de marzo de 2002.

b) Características de la obra

La nueva autopista recorrería el trayecto desde la Autopista Las Américas hasta el cruce de Rincón de Molinillos, provincia Samaná donde conecta con el Boulevard Turístico del Atlántico que es la segunda etapa de este proyecto. El trazado de la obra sería el siguiente:



Las principales características y servicios de la obra⁴²²eran las siguientes: a) Velocidad de diseño 80 km/h en general, 60 km/h en montaña y 50 km/h en la región de los Haitises; b) Longitud total del proyecto: 106.59 kms; c) El ancho de la calzada previsto es de 12.30 mts; d) Dos (2) carriles, uno en cada sentido de circulación; e) La zona de circulación es de 7.30 mts, para un ancho por carril de 3.65 mts; f) El proyecto tiene un total de 12 puentes y 4 intersecciones; g) Distancia de visibilidad 126 m en general y 80 m en la región de los Haitises; y h) Cantidad de peajes: tres, Peaje Marbella, localizado a 500 metros de la Autopista Las Américas, Peaje Naranjal, localizado a 14.50 kilómetros de la Autopista Las Américas, y Peaje Guaragao, localizado en el cruce de Rincón de Molinillos.

Los principales servicios que serían ofrecidos en autopista a los usuarios se encuentran: a) Asistencia mecánica básica; b) Servicios de grúa; c) Vigilancia militar permanente en colaboración con el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones; y d) Asistencia médica de primeros auxilios y servicios de ambulancia brindados en colaboración con la Cruz Roja Dominicana.

⁴²² AUTOPISTAS DEL NORDESTE: *Seguridad Vial*. <http://autopistasdelnordeste.com.do/seguridad-vial>, así como en el contrato de concesión de fecha 18 de julio de 2001.

El 20 de marzo de 2002, mediante la resolución No. 37-02 se aprobó el contrato de concesión suscrito entre el Estado Dominicano, representado por el Secretario de Estado de Obras Públicas y Comunicaciones y la empresa Autopistas del Nordeste, C. por A., para la construcción de la carretera Santo Domingo-Rincón de Molinillos. Las principales características de dicho contrato fueron las siguientes:

- CONCEDENTE: EL ESTADO DOMINICANO
- CONCESIONARIO: COMPAÑÍA AUTOPISTAS DEL NORDESTE, C. POR A.
- MONTO COSTO DE LA CONSTRUCCIÓN: US\$ 125,516,542.00
- MONTO A CARGO DEL CONCESIONARIO: 80%
- MONTO A CARGO DEL CONCEDENTE: 20%
- PLAZO TOTAL DEL CONTRATO: 399 MESES (33 AÑOS Y 3 MESES)
- PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA: 36 MESES (3 AÑOS)
- PLAZO DE LA CONCESIÓN (OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO): 360 MESES (30 AÑOS)
- PLAZO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO: 3 MESES

En este proyecto, el Estado Dominicano cede al concesionario el 100% de las recaudaciones de los peajes del proyecto, pero al mismo tiempo prevee aportes que realizaría el Estado Dominicano. De manera expresa el artículo duodécimo⁴²³ dispone la figura del ingreso mínimo garantizado. Esta figura opera básicamente como un seguro o garantía, ya que implica que cuando los ingresos de los peajes sean deficitarios respecto de los fondos

⁴²³ El artículo duodécimo del contrato de concesión establece que: "El CONCEDENTE garantiza un ingreso mínimo para la etapa de operación plena del PROYECTO. El INGRESO MINIMO GARANTIZADO que sustenta la ingeniería financiera básica del proyecto que se presenta en el Anexo No. 1. Las sumas allí expresadas están con base en valores del mes de noviembre de 1999. Esta garantía operará tanto en la Etapa de Operación plena como en las suspensiones y prórrogas a que haya lugar. Si el valor correspondiente a los ingresos por concepto de recaudo de peaje durante dos (2) meses de operación plena es inferior al ingreso garantizado para ese período, el **CONCEDENTE** compensará la diferencia al **CONCESIONARIO**, de acuerdo con lo previsto en este contrato. El establecimiento de este déficit bimestral, se calculará como la diferencia entre el Ingreso Mínimo Garantizado del respectivo bimestre, actualizado según la fórmula que para tal efecto se incorpora en el presente contrato, y los ingresos reales recibidos por el Concesionario en el mismo bimestre, según el Aforo correspondiente avalado por la Auditoría Internacional.

necesarios para la amortización y costos de operación del proyecto, el sector público aportaría los montos necesarios para llegar a un punto de equilibrio establecido en el contrato. Como se puede observar de dicha disposición, no existe una verdadera exposición al mercado o al riesgo de tráfico. Bajo el análisis de la Directiva 2014/23/UE ese contrato no pudiera ser calificado como una concesión.

El artículo trigésimo cuarto del contrato establece los riesgos asumidos por el concedente, es decir, el sector público. De manera particular, establece que: “El concedente asumirá los riesgos derivados de los diseños, predios, obras complementarias, mayores cantidades de obra, obras adicionales, político, cambiario, socio - económico, caso fortuito y fuerza mayor, gestión social, ambiental, y manejo de las relaciones con las comunidades y el cambio de legislación”. Entiendo que de dicho artículo se desprende que algunos de dichos riesgos debieron de ser asumidos por el sector privado, ya que algunos de ellos forman parte del riesgo económico de un proyecto de esa naturaleza.

Finalmente, el artículo trigésimo quinto establece la siguiente matriz de riesgos para ese contrato y proyecto:

RIESGO	A CARGO DE
Predios	CONCEDENTE
Diseño	CONCEDENTE
Construcción	CONCESIONARIO
Obras complementarias, mayores cantidades de obras, obras adicionales, obras opcionales	CONCEDENTE
Financiación	CONCEDENTE Y CONCESIONARIO
Operación	CONCESIONARIO
Mantenimiento	CONCESIONARIO
Político	CONCEDENTE
Cambiario	CONCEDENTE
Ingreso esperado (comercial)	CONCEDENTE

Cambios en la legislación	CONCEDENTE
Riesgo ambiental	CONCEDENTE

Quizás el elemento más criticable a este proyecto concesionario es el ingreso mínimo garantizado, que básicamente constituye una obligación de pago, sin asumir el riesgo de demanda o las proyecciones que debió realizar el sector privado al presentar su propuesta y asumir dicho riesgo. Esto no es más que un peaje sombra. Asimismo, hubo muy poco aspectos y obligaciones relativos a la calidad de la obra, lo que se ha traducido en grandes accidentes automovilísticos en la autopista durante el transcurso de la operación de la misma, elemento que ha sido debidamente criticado y documentado por especialistas⁴²⁴ en la materia en el país, indicando que la carretera tiene peligrosas curvas muy fuertes, impropias de una autopista moderna o de una carretera moderna, con peligrosas curvas secuenciadas en S, y peligrosas curvas con muy bajo ángulo de peralte, o sin ningún peralte, y ahora ese serio problema constructivo ha querido ser resuelto colocando reductores de velocidad, en lugar de aumentar el ángulo de peralte de las curvas.

Una muestra de lo que entiendo fue una mala negociación, por lo menos para el sector público, es el proyecto anteriormente indicado, especialmente la disposición sobre el ingreso mínimo garantizado que ha representado para el Estado Dominicano más de Cien Millones de Dólares de los Estados Unidos de América (US\$100,000,000.00) por este concepto en los últimos cuatro años⁴²⁵. Me parece que ese contrato fue suscrito de esa manera, debida al ejercicio de una mala administración, en especial, respecto a las implicaciones de los riesgos para el sector público, una disposición de esa naturaleza.

⁴²⁴ DE LEÓN, Osiris: *La cara y peligrosa carretera a Samaná*. El Caribe, disponible: 20 de julio de 2016, <http://www.elcaribe.com.do/2015/07/06/cara-peligrosa-carretera-samana>

⁴²⁵ MEJÍA, Mariela: *Autopista Samaná acapara subsidio RD\$7,949.5 millones*. [En línea] Diario Libre, disponible: 20 de julio de 2016, <http://www.diariolibre.com/noticias/autopista-saman-acapara-subsidio-rd7949-5-millones-MBDL1218501>

CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

Los riesgos existen en todos los niveles de la vida. La actividad contractual no escapa a ello. En los últimos años la asignación de riesgos en la contratación pública ha adquirido una especial relevancia, a raíz de distintas normas que han hecho referencia a dicho concepto, destacándose la Directiva 2014/UE/23, así como las leyes sobre asociación o colaboración público-privada aprobadas en distintas jurisdicciones, principalmente en Iberoamérica, en donde los riesgos y su asignación juegan un papel preponderante en la configuración y estructuración de los proyectos.

El título de esta investigación pudiera ser sugerente sobre sus conclusiones que estarán orientadas en establecer cómo se realizaría una adecuada asignación de riesgos en la colaboración público-privada. En tal sentido, tras finalizar esta investigación en donde he realizado: i) precisiones jurídicas sobre la delimitación conceptual de la colaboración pública privada y los riesgos; ii) un análisis el riesgo previsible y el imprevisible, así como los principales riesgos en proyectos CPP, y su relación con el equilibrio económico financiero; iii) un estudio del riesgo operacional desde la perspectiva de la Directiva 2014/23/UE y la Ley 9/2017; y iv) una revisión de los mecanismos de asignación de riesgos, tengo a bien presentar a continuación mis conclusiones:

PRIMERO: La Comisión Europea ha optado por no calificar como un contrato típico la colaboración público-privada, sosteniendo desde sus primeras reflexiones jurídicas, como lo fue el Libro Verde sobre CPP hasta la Directiva 2014/23/UE, que la CPP es una forma de colaboración entre el sector público y el privado, por lo que las mismas pueden ser realizadas de acuerdo a diversas formas contractuales, siendo la más utilizada la concesión. En ese sentido, parecería que no existe una diferencia sustancial cuando se habla de CPP y concesiones, por lo menos desde el ámbito del derecho comunitario y consecuentemente del español, a raíz de la Ley 9/2017. El principal elemento caracterizador de la CPP, es el reparto de riesgos que ocurre entre el sector privado y el público. Ello no implica que el sector privado asuma todos los riesgos.

Si bien los contratos de CPP pueden ser catalogados como un mecanismo concesional, y consecuentemente ser tratados básicamente bajo los mismos parámetros de las concesiones, como ha sido la elección europea, a través de la Directiva 2014/23/UE, esto no ocurre en todas las jurisdicciones. En Iberoamérica, si bien los contratos de CPP son una forma concesional, se establecen particularidades que regularmente son establecidas en una legislación especial para marcar ciertas diferencias respecto de la regulación habitual sobre concesiones.

Desde la perspectiva iberoamericana, en las leyes especiales sobre contratos de CPP las potestades de la Administración Pública se encuentran atenuadas, reduciéndose esas potestades a las previstas en las normas que regulan los proyectos de CPP. Luego, la Administración Pública no podría ejercer de manera unilateral la interpretación del contrato; modificación del contrato; terminación del contrato; inaplicación de la excepción de incumplimiento, salvo que expresamente se establezca en la norma reguladora de la CPP.

En el caso español la situación no presentaría por el momento mayores discusiones teóricas, ya que tanto su ordenamiento jurídico, como el de la Unión Europea han optado por asimilar el contrato de CPP al de concesión. En tal sentido, las facultades y potestades que tendría la Administración Pública en un proyecto de CPP serían aquellas establecidas en la Ley 9/2017, sin que de esta normativa se desprenda diferenciaciones sustanciales como ocurre en Iberoamérica.

SEGUNDO: Los principios de riesgo y ventura y equilibrio económico financiero del contrato no son incompatible, más bien se complementan entre sí, para consumar el fin último del contrato público que es la satisfacción del interés público y que se traduzca en beneficio para las personas.

Los riesgos que pueden ser asignados son los previsibles, que son aquellos que pueden ser identificados, previstos o determinados por las partes como una posibilidad de que pueda

presentarse durante la ejecución de un contrato, y pueden ser previamente estimados o cuantificados, siendo uno de sus principales elementos la previsibilidad. En el ordenamiento jurídico Español ni el dominicano existen disposiciones expresas que definan conceptualmente el riesgo previsible o imprevisible.

Para que los riesgos previsible puedan ser asignado entre las partes deberán ser identificados y cuantificados en condiciones normales y en la etapa precontractual, es decir, en el proceso de elaboración del pliego de condiciones. Para establecer que un determinado riesgo es previsible se deben configurar las siguientes características: 1. Identificación y previsibilidad, que implica que puedan ser identificados o determinados, y que exista la posibilidad de establecer mecanismos objetivos para evitar su ocurrencia, así como identificar los supuestos o circunstancias en las que ocurriría; y, 2. Estimación o cuantificación, que implica realizar un ejercicio técnico que permita determinar un valor económico del riesgo y de su afectación en la ecuación económica del contrato o del proyecto de CPP al momento de la configuración del mismo, y antes de su ocurrencia.

Los riesgos imprevisible no pueden ser asignados entre las partes en un proyecto CPP o contrato. Ahora bien, se pueden establecer disposiciones contractuales para regular el tratamiento ante la ocurrencia de riesgos imprevisible, y como serían asumidos razonablemente entre las partes. El ordenamiento jurídico y la jurisprudencia presenta alguna respuesta a los riesgos imprevisible que son las técnicas de equilibrio económico.

TERCERO: Para contrarrestar los efectivos negativos de la ocurrencia de riesgos imprevisible se han desarrollado las técnicas de equilibrio económico. Las principales técnicas serían los actos y hechos del Estado o *Factum principis*, la modificación unilateral o *Ius Variandi*, finalmente la revisión de precios, y las sujeciones imprevistas y el riesgo imprevisible o teoría de la imprevisión.

Es más razonable que las partes en un proyecto de CPP puedan lograr una recomposición del equilibrio económico ante un riesgo imprevisible que la aplicación jurisprudencialmente de las técnicas de equilibrio económico. La renegociación “obligada” implicaría que las

partes deben realizar sus mejores esfuerzos de recomponer o equilibrar nuevamente la relación contractual, en especial en contratos de larga duración, como serían los del CPP o concesiones, la cual encuentra su inspiración en varios principios como son el equilibrio económico, *rebus sic stantibus*, proporcionalidad, solidaridad y razonabilidad.

En aquellas jurisdicciones – como es el caso de España y República Dominicana – que no contienen una regulación expresa del contrato de larga duración, un deber y obligación de renegociar pudiera verse optimizado por la aplicación de la imprevisión. Existen riesgos previsible que su análisis y valoración pudiera resultar imprevisible, impidiendo así, desde mi óptica, una asignación eficaz del riesgo.

Algunas decisiones jurisprudenciales sobre la imprevisión, parten de un análisis antagónico entre riesgo imprevisible vs. riesgo y ventura. La discusión no debe ser si aplica o no el riesgo y ventura ante un riesgo imprevisible. Entiendo que debe ser enfocando desde la óptica de encontrar o no los presupuestos fácticos y de derecho para que el contratista sea compensado ante la ocurrencia de un riesgo imprevisible. De igual forma, algunas decisiones se afanan en crear un problema inexistente, a mi modo de parecer, respecto de la técnica de equilibrio económico debería ser aplicado en cada caso concreto, debido a que ante la ocurrencia de un determinado evento que desequilibre la ecuación financiera, entraría en aplicación una de las técnicas o teorías desarrolladas al respecto.

La jurisprudencia Española ha sido restrictiva y cautelosa en la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible. De igual modo ocurre en diversos dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y en República Dominicana hasta la fecha es inexistente. En sentido general, puedo concluir que las decisiones jurisprudenciales sobre la aplicación de equilibrio económico por riesgo imprevisible han sido imprevisibles. No existe un criterio claro y definido por la jurisprudencia; dependerá el caso concreto y la apreciación que realice el tribunal.

CUARTO: Los principales riesgos en los proyectos CPP dependerán del proyecto a desarrollar. De todas maneras, puedo señalar que al estructurar un proyecto de CPP, se

encuentran por los menos los riesgos siguientes: económicos – financieros, de construcción – técnicos, jurídicos, de demanda, disponibilidad, operación y políticos. Cada uno de esos riesgos implica otros sub-riesgos adicionales.

Los riesgos económicos y financieros deben ser asumidos principalmente por el sector privado. Dependerá de la legislación sobre CPP, que los gobiernos puedan tener un respiro financiero debido a las restricciones presupuestarias para proyectos de infraestructura. Esto último tiene mayor impacto en aquellos proyectos de CPP que busca resolver una problemática pública relacionada con la provisión o gestión de un bien o servicio público, partiendo de la solución propuesta del sector público y que para su realización no requiere de recursos públicos, ni garantías públicas, ni la enajenación de activos propiedad del Estado en favor del sector privado. Esta posibilidad será posible dependiendo de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de cada país.

El riesgo de demanda se encuentra vinculado a las variaciones de uso demanda de los usuarios de una infraestructura o servicios públicos. Conforme la Directiva 2014/23/UE, el riesgo de demanda es el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Por su parte, el riesgo de disponibilidad se encuentra orientado a cubrir los estándares de calidad en la prestación de los servicios o en las infraestructuras de los distintos proyectos. Estos riesgos generalmente son asumidos por el sector privado.

El riesgo tecnológico es importante primordialmente en proyectos de larga duración. Este riesgo bien pudiera asumirse por el sector privado, pero hay que tener en cuenta también los avances científicos y tecnológicos que pudieran devenir obsoleta en cuestiones de pocos años. Esto representaría un gran costo para el sector privado en caso de tener que realizar algún tipo de cambio.

QUINTO: Ante la solicitud de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no se revisaría el régimen de riesgos acordado como una alternativa adicional para restablecer el equilibrio económico, e incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al momento de contratar. Así pues, el restablecimiento del equilibrio

económico no implicaría en modo alguno una modificación o atenuación respecto a las distribuciones realizadas respecto a los riesgos. No obstante lo anterior, entiendo que si bien no se renegociaría el régimen de riesgos pactado, se debería equilibrar el contrato cuando las consecuencias de los riesgos asumidos sobrepasan los parámetros de razonabilidad previstos inicialmente, en aras de la continuidad y satisfacción del interés público y el bienestar de las personas. Otra cosa es que por la larga duración del proyecto la asignación de riesgos acordadas requiera una revisión.

SEXTO: La Directiva 2014/23/UE indica que la característica principal de una concesión o CPP, implica una transferencia al sector privado del riesgo operacional, por lo que existe una relación fundamental entre este riesgo y los aspectos económicos de una CPP o concesión, que implican que el sector privado no pueda recuperar las inversiones realizadas ni cubrir los costos incurridos para explorar las obras o servicios, siempre que existan condiciones normales de funcionamiento. Esto aunque pareciera una ampliación respecto de la concepción que había realizado el TJUE sobre el riesgo de explotación, ya que el criterio anterior era una asunción de una parte significativa o sustancial del riesgo de explotación. De todas maneras, de un análisis lógico y razonado de la Directiva 2014/23/UE se excluye la hipótesis de que el concesionario deba soportar todos los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo de un proyecto de CPP o contrato de concesión y en especial la transferencia de la totalidad del riesgo operacional.

De las decisiones del TJUE sobre el riesgo de explotación, así como las disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, el riesgo operacional implicaría básicamente lo siguiente:

1. Exposición real a las incertidumbres del mercado, que conlleve la posibilidad de pérdidas sobre las inversiones realizadas;
2. Escape al control o manejo de las partes y comporta básicamente una referencia al aspecto económico;
3. Desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios o uso de las estructuras;

4. Que no existan garantías que, en condiciones normales de funcionamiento, recupere las inversiones realizadas ni cubra los costos para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión.

Asimismo, las principales características del riesgo operacional, conforme a algunos criterios jurisprudenciales del TJUE, como son los casos de Contse y otros, C-234 de fecha 27 de octubre de 2005, Privater Rettungsdienst, C-274/09, de fecha 10 de marzo de 2011, Norma – A Vs. Dekom y Consejo Regional Ludza entre otros, serían las siguientes: a) económico; b) sustancial; c) previsible; d) escapa al control o manejo de las partes; y finalmente, e) que exista una relación entre transferencia del riesgo operacional y la duración del proyecto.

Entiendo que el legislador comunitario perdió una oportunidad para clarificar y regular de manera más precisa en la Directiva 2014/23/UE, no solo el concepto de riesgo operacional, sino también la referencia a otros riesgos que fueron incorporados. Como por ejemplo, el suministro, así como la determinación frente a determinados proyectos de CPP, que si bien es un mecanismo concesional, de cara al ordenamiento europeo, tiene particularidades que se distinguen de aquella, y las principales a mi parecer radican en la estructura de riesgos, su asignación, y los mecanismos de financiamiento. Por otra parte, tampoco se establecieron criterios objetivos para determinar cuando y en que proporción se ha transferido el riesgo operacional.

Por otro lado, la Directiva 2014/23/UE no incluyó expresamente mecanismos y criterios objetivos en la asignación de riesgos. En este punto, también se perdió una buena oportunidad de esclarecer e incluir ciertos lineamientos respecto del procedimiento y mecanismos en la asignación de riesgos que en definitiva constituye una de las cuestiones nodales de las concesiones, y en especial de la CPP.

La Ley 9/2017, básicamente incorporó básicamente lo dispuesto sobre el riesgo operacional, derivado de la Directiva 2014/23/UE, lo que cumple la obligación de transposición. Ahora bien, el legislador español también perdió una oportunidad en establecer mecanismos aclaratorios y de aplicación práctica sobre los riesgos, en especial el operacional.

SÉPTIMO: En España ni República Dominicana existe un régimen preciso sobre riesgos que impliquen limitaciones. No obstante, analizando el principio de razonabilidad, eficacia y de buena administración derivado de sus respectivas Constituciones, así como de la Ley 9/2017 y del Anteproyecto de APP, entiendo que deberían existir las siguientes limitantes respecto de la asignación de riesgos:

1. No se pudieran asignar los riesgos extraordinarios o imprevisibles ni irrazonables.
2. Identificación y valoración del riesgo. Si no existe dicha información los riesgos no podrían ser asignados.
3. No se puede trasladar el incumplimiento de las obligaciones del sector privado ni de la entidad contratante.
4. Las circunstancias o hechos extraordinarios que generen un desequilibrio económico.
5. La asignación de todos los riesgos a una parte.

OCTAVO: Una asignación de riesgos basada en la buena administración implica que durante la planificación del proyecto los interesados puedan presentarle a la Administración Pública su propuesta respecto de la asignación de los riesgos y que inicie de esa manera un dialogo abierto y transparente conducente a establecer una matriz o mapa de riesgos entre los principales agentes y sectores envueltos en un determinado proyecto de CPP. La buena administración manda que existan y se establezcan mecanismos objetivos y claros desde el inicio y concepción de un proyecto de CPP, hasta la asignación de riesgos, realizando una diferenciación entre riesgos previsibles e imprevisibles.

NOVENO: La administración de riesgos que incluye su asignación es un proceso que no es sólo jurídico. De hecho, el componente jurídico es el de menor relevancia. En este campo, el

análisis metodológico, económico y de gestión adquiere mayor relevancia que el jurídico. Al tratarse de un proceso y de una gestión o administración del riesgo, propongo que un parámetro para medir que este proceso sea basado en las Normas ISO 9001:2015 sobre sistemas de gestión de la calidad.

El primer aspecto que se debe realizar para una eficiente asignación del riesgo es identificarlo. La identificación de los riesgos debe analizarse en forma previa a la realización de la convocatoria o recepción de propuestas de iniciativa privada, toda vez que los términos del proyecto deben establecer la distribución propuesta de los riesgos. Este proceso se realiza mediante la identificación de los riesgos, realizando un listado de los posibles riesgos que pueden presentarse y que su ocurrencia impactaría económicamente el proyecto de CPP o la concesión. Asimismo, sería recomendable indicar en dicho listado el nivel de gradualidad que tendría el riesgo de ocurrir. Si sería un riesgo alto, medio o bajo.

El segundo elemento que se debe realizar en un proceso de asignación y administración del riesgo es su análisis que básicamente busca establecer la probabilidad de ocurrencia del mismo y sus consecuencias, indicando el nivel de riesgo en un determinado proyecto de CPP o concesión.

Las informaciones obtenidas en la fase de identificación de riesgo condicionarán esta fase. Si las informaciones obtenidas no fueron veraces, pues toda la configuración de la administración, gestión y asignación del riesgo probablemente no sea la más adecuada. Por ello, cada etapa, iniciando por la identificación de los riesgos requiere uso de informaciones veraces y estadísticas de proyectos anteriores que puedan ser útil en la concesión o CPP.

El tercer aspecto del proceso de la asignación del riesgo es su valoración económica, que debe considerar la probabilidad de ocurrencia del evento y, por otro lado, evaluar la consecuencia económica que tendría para el proyecto, en caso de que se concretará la ocurrencia del riesgo. En este proceso es importante tomar elementos objetivos y tener conocimiento directo de las circunstancias que envuelven el riesgo y su ocurrencia, a fin de evitar especular y realizar valoraciones puramente subjetivas.

Finalmente, dentro del proceso de administración del riesgo la elaboración de una matriz o mapa de riesgos sería el último paso. Esta matriz sería una representación final de los estudios y análisis realizados previamente en los distintos procesos.

DÉCIMO: La teoría del análisis económico propone que la asignación de riesgos se realice en base a estos principios: a) debe asumir el riesgo la parte que está en mejor posición para prevenir la materialización del mismo; b) debe asumir el riesgo la parte que está en mejores condiciones para minimizar la pérdida antes de que ocurra; c) debe asumir el riesgo la parte que está en mejores condiciones para mitigar la pérdida una vez esta haya ocurrido, aún si no puede prevenir la ocurrencia del siniestro; d) debe asumir el riesgo la parte que está en mejores condiciones para tomar un seguro o para auto asegurarse contra el riesgo residual o remanente.

La asignación eficiente del riesgo tiene una relación directa con el mejor valor posible del dinero, ya que al distribirse los riesgos a la parte que puede asumirlo de la mejor manera, el costo de administración del riesgo (prevenirlo, afrontarlo o mitigarlo) sería menor y se optimizarían los recursos. El mejor valor posible del dinero se configura cuando se obtiene el mayor rendimiento en términos de servicio e infraestructura por cada monto invertido.

Cuando la transferencia del riesgo no respeta una distribución fundada en criterios económicos, racionales o de eficacia, basados en quien puede manejar de mejor forma los riesgos, el sector que los asuma (público o privado) no puede afrontarlos con eficacia, penalizando el precio o el valor del servicio, lo que en definitiva disminuye el mejor valor posible del dinero del proyecto.

DÉCIMO PRIMERO: La teoría de los contratos incompletos se puede extrapolar a los riesgos en los proyectos de CPP. Y es que tener toda la información pertinente para realizar una eficaz asignación de los riesgos pudiera ser casi inexistente o incrementaría exorbitantemente los costos transaccionales. Precisamente este es uno de los mayores desafíos en el proceso de asignación de riesgos anticiparse y enfrentar adecuadamente a las

consecuencias ante la materialización de un determinado riesgo durante la existencia de un proyecto de larga duración.

El fenómeno de la renegociación como una alternativa ante falta y asimetría de información para realizar una eficaz asignación de riesgos puede resultar en una interesante línea de investigación. Creo que una renegociación efectiva pudiera ser una alternativa para buscar una solución satisfactoria para todos los intereses envueltos en el manejo de los riesgos imprevisibles y su efectiva materialización durante la vida de un proyecto. Eso sería más efectivo que asignarlos de manera indiscriminada y sin ninguna lógica.

La renegociación del tratamiento ante la ocurrencia de riesgos imprevisibles requiere que el proceso sea realizado de buena fe entre el sector público y privado. Requeriría a mi entender de la participación, a través de vistas o audiencias públicas, también de los ciudadanos, que en definitiva son quienes se benefician o perjudican de todo cuanto ocurra con un proyecto de CPP o una concesión.

DÉCIMO SEGUNDO: La asignación de riesgos óptima persigue minimizar la probabilidad del impacto de la materialización del riesgo en el proyecto, tomando en consideración el valor por el dinero y una buena administración del riesgo. Los riesgos conforme a los principios de asignación deben ser asignados a la parte que sea: i) más capaz de controlar la probabilidad de que ocurra el riesgo; ii) más capaz de controlar el impacto del riesgo en los resultados del proyecto; iii) más capacidad de soportar o absorber el riesgo al menor costo. Otro aspecto importante en la asignación de los riesgos es que sea exigible y vinculante tanto para el sector público y el privado.

La transparencia y el acceso a las informaciones pertinentes del proyecto es esencial para que el proceso de asignación de riesgo sea eficiente. Debe existir una colaboración y revelación entre los sectores públicos y privados de todas las informaciones pertinentes para la buena ejecución del proyecto y de la asignación de los riesgos, ya que en definitiva de lo que se trata es que el proyecto pueda ejecutarse satisfactoriamente para beneficio de las personas.

En ese sentido, el sector público tendrá que ser cuidadoso en cuanto a la información que transmite y pone a disposición al sector privado para la elaboración de un proyecto de CPP. Si el ente público garantiza que la información en la que el ente privado fundamenta su propuesta es veraz, esta asumiendo implícitamente un alto riesgo sobre el proyecto. Por el contrario, si el sector privado asumiría el riesgo de verificación de las informaciones suministradas por el sector público durante el proceso de debida diligencia o cuando la Administración Pública sea la única fuente de información, sin que pueda existir otro mecanismo de contrastar su veracidad, es probable que se refleje en el precio o costo del proyecto.

DÉCIMO TERCERO: La gestión de los riesgos es un mecanismo importante para mitigar los mismos. Asimismo, la existencia de políticas públicas sobre la administración efectiva de los contratos, que implica gestionar y monitorear la identificación y administración de todos los riesgos y oportunidades durante la vigencia de una concesión o proyecto de CPP, con el fin de lograr los objetivos del proyecto y obtener un mejor valor posible del dinero es una manera eficiente y de buena administración para ejecutar los proyectos de CPP.

La Administración Pública debe asegurarse de que la asignación de riesgos realizada, monitorean, registran y continuamente se analizan y verifican, recopilando datos que les permita hacer las adecuaciones para prevenir, mitigar o accionar ante la ocurrencia de riesgos. Por ello, que el plan de gestión de riesgos debe ser desarrollado antes de iniciar la ejecución del contrato, entregándose dicho plan a la unidad de monitoreo o gerente del contrato, para que sea efectivamente un mecanismo útil para evaluar el comportamiento y tomar las medidas correspondientes ante la ocurrencia de ciertos riesgos.

DÉCIMO CUARTO: Respecto a disposiciones expresas sobre asignación de riesgos, se ha determinado en el presente trabajo de investigación que tanto en la legislación española como en la dominicana, existen escasas normas expresas sobre este proceso. No existen políticas precisas sobre asignación de riesgos en proyectos de CPP ni en la Directiva 2014/23/UE ni en la Ley 9/2017.

Luego de presentar estas conclusiones, me permito sugerir algunas recomendaciones para que el proceso de asignación de riesgos sea más efectivo y eficaz dentro del marco de un ejercicio de buena administración:

1. Establecer un marco normativo y de políticas públicas claras y precisas sobre proyectos de CPP. Las Administraciones Públicas que pretendan utilizar la CPP para determinados proyectos deben expresamente declarar su intención de cuáles serían los principios rectores y los objetivos de dichos proyectos. La buena gobernanza sobre administración y asignación del riesgo debería formar parte de esas políticas.
2. Dentro del proceso de la revisión y modificación que actualmente existe para modificar la Ley 9/2017 incluyera una regulación expresa y precisa sobre la asignación de riesgos, cuáles riesgos pueden ser repartidos o asignados, y las características que deberían tener los mismos para su asignación, como son la identificación, valoración y gestión. Asimismo, incluyera una sección sobre el riesgo operacional respecto a las características esenciales para determinar que el sector privado o concesionario ha asumido efectivamente el riesgo operacional.
3. Hasta tanto se produzca una actualización en la normativa vigente, las entidades públicas que pretendan realizar proyectos de CPP pueden realizar actuaciones para aplicar el principio de buena administración respecto de la asignación de riesgos, como serían las siguientes:
 - a. Comunicar transparentemente cuáles serían los riesgos asociados con la inactividad o no ejecución de un determinado proyecto de CPP. Que exista transparencia y participación durante el proceso de asignación de riesgos.
 - b. Creación de políticas de distribución y asignación de riesgos vinculantes. La preparación de este documento deberá contar con la participación activa de los agentes que interactúen en un determinado proyecto.

- c. Establecer un procedimiento previo a la presentación de ofertas o proyectos bajo esta modalidad, a fin de que los interesados puedan presentar a la Administración Pública su proposición respecto de la asignación de riesgos y la matriz de riesgos resultante de ese proceso.

- d. Adoptar como criterio de la asignación de riesgos que recaiga sobre quien tenga una mejor posición para evaluarlo, prevenirlo y controlarlo, así como la parte que posea de mejores instrumentos de mitigación ante su ocurrencia, tomando en consideración también los costos implicados.

BIBLIOGRAFÍA

Á. CARRASCO PERERA, Á. Derecho de contratos. Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 2017.

ALMONACID LAMELAS, L. Los Contratos de colaboración público-privada. En Contratación del Sector público Local, El Consultor de los Ayuntamientos, 3era edición, La Ley, Tomo II, 2013.

AMENÓS ÁLAMO, J., NIETO MORENO J.E. La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública. Revista Española de Derecho Administrativo No. 156, octubre-diciembre, 2012.

ANDERSEN, Arthur. Diccionario de Economía y de Negocios. España; Editorial Espasa Calpe; Tercera Edición, 1998.

ARIÑO ORTIZ, G. Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos. Edición Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, España, 1968.

BADAOU, S. Le fait du prince dans les contrats administratifs en Droit français et en Droit égyptien, Thèse pour le doctorat en Droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

BADENES GASSET, R. El Riesgo Imprevisible. Editorial Bosch. Barcelona, España, 1946.

BARRERO CIFUENTES, S., IBAGÓN IBAGÓN, M. Introducción a las asociaciones Público-Privadas en Colombia. Universidad Externado, Colombia, 2016.

BENAVIDES, J. L. El Contrato Estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad del Externado de Colombia. 2da. Edición, Colombia, 2004.

BERÇAITZ, M. Á. Teoría general de los contratos administrativos. Segunda edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1980.

BERGÈRE, François, BEZANÇON, Xavier, DERUY, Laurent, FISZELSON, Roger y FORNACCIARI, Marc. Le guide opérationnel des PPP. Editions Le Moniteur, 2007.

BERMEJO VERA, José y BERNAL BLAY, Miguel. Diccionario de Contratación Pública. Iustel. Madrid, 2009.

BERNAL BLAY, Miguel A. La colaboración entre el sector público y el sector privado, en Comentarios a la ley de economía sostenible. Coordinado por Santiago Bello Paredes, La Ley 2011.

BLANCO LÓPEZ, Francisco. La Directiva 23/2014 de Contratos de Concesión. El “Riesgo Operacional”. Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014.

BLANQUER, D. Derecho Administrativo. Tomo I. El fin, los medios y el control. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

BLANQUER, D. Los contratos del sector público. Editora Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

BREWER CARIAS, A. R. Contratos administrativos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997.

BRUNETE DE LA LLAVE, M. T. Los contratos de colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público. Especial aplicación a las entidades locales. Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

BOCKMANN MOREIRA, E. (Coordinador). Contratos Administrativos, Equilíbrio Económico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno. Editora Fórum, 1era reimpressão, Belo Horizonte, Brasil, 2017.

BUENO HUDSON, A. La acotación del riesgo en la financiación estructurada de un Project

Finance. En PALOMAR OLMEDA, A. (Director). El contrato de colaboración público-privada, en la Colaboración Público Privada: Análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual. Thomson Reuters, España, 2011.

BULLARD GONZALEZ, A. Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales. 2ª Edición. Palestra, Lima, Perú, 2010.

CASSAGNE, J. C. El Contrato Administrativo. Editorial LexisNexis. Buenos Aires, Argentina, 2005.

CASTRO CARVALHO, A. Teoria e Prática do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessao de Rodovias. Editora Quartier Latin Do Brasil, Brasil, 2001.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. El Principio de Integridad en la Contratación Pública. Thomson Reuters – Aranzadi. Navarra, España, 2014.

CHANG, C. Y. A critical review of the application of TCE in the interpretation of risk allocation un PPP contracts. Construction Management and Economics, Vol. 31, No. 2. Routledge, Taylor & Francis, 2013.

CHINCHILLA M., C. El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Revisa Española de Derecho Administrativo, No. 132, 2006.

DE CARVAJAL FIBLA, B. C. El contrato de colaboración ente el sector público y el sector privado como instrumento eficaz para salir de la crisis. En Contratación del Sector público Local, El Consultor de los Ayuntamientos, 3era edición, La Ley, Tomo II, 2013.

DE LAUBADÈRE, A. Traité théorique et pratique des contrats administratif. Tome I-II. Imprimerie Du Parnasse, Paris, Francia, 1955.

DE LAUBADERE, A., MODERNE, F., DELVOLVÉ, P., *Traité des Contrats Administratifs*, T. I, Paris, 1983.

DE VIVERO ARCINIEGAS, F. *Comp. Reforma al Régimen de Contratación Estatal. La valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía* Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.

DELMON, J. *Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers*. Cambridge University Press. Estados Unidos de América, 2011.

DEWULF, G., BLANKEN, A., y BULT-SPIERING, M. *Strategic Issue in Public-Private Partnerships*. Wiley-Blackwell, Reino Unido, 2012.

DOWNIE, D. *Contractual Risk Allocation: Using Warranties, Exclusions, Indemnities and Insurance Provisions to Mitigate and Manage Risk*. Inter Alia Publishing, Lexington, KY., 2012.

DROMI, R. (Director). *Renegociación de Contratos Públicos en Emergencia*. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2003.

DROMI, R. *Ecuaciones de los Contratos Públicos*. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid – México, 2008.

DROMI, Roberto. *Renegociación y Reconversión de los Contratos Públicos*. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos. Buenos Aires, Argentina, 1998.

DRUCKER, P. *The Effective Executive*. Harper Business, Estados Unidos de América, 2004.

DURÁN MARTÍNEZ, A. *Derecho Administrativo otra forma de verlo*. Editorial La Ley Uruguay, Uruguay, 2017.

ENRÍQUEZ SANCHO, R. La Contratación Administrativa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Editorial La Ley, Madrid, España, 1era Edición, 2007.

ESCOBAR GIL, R. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis Editores, 1era Edición, Colombia, 1999.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M. El nuevo régimen de contratación pública. Comentarios a la luz de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, España, 2018.

FERNÁNDEZ DE PUJOLS, A. El Contrato de Concesión de Servicio Público de la República Dominicana. HAD Publicaciones, Santo Domingo, República Dominicana, 2002.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F. Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos. Revista Española de Derecho Administrativo No. 163, Abril – Junio 2014.

FERNANDEZ RUIZ, J. Derecho Administrativo. Contratos. Editorial Porrúa. Tercera Edición, México, 2009.

FLAH, L. y SMAYEVSKY M. Teoría de la Imprevisión. Aplicación y Alcances Doctrina. Jurisprudencia. LexisNexis Depalma. Bueno Aires, Argentina, 2003.

FUENTETAJA PASTOR, J. Á. Riesgo y Ventura en la Concesión de Obra Pública. Revista de Derecho de la Unión Europea, número 7, 2004.

FUERTES LÓPEZ, M. Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios). Observatorio de Contratos Públicos 2012, Aranzadi, España, 2013.

GALLEGO CÓRCOLES, I. Observatorio de jurisprudencia en materia de contratos públicos. En GIMENO FELIÚ, J. M. (Director) Bernal Blay, M. Á. (Coordinador). Observatorio de Contratos Públicos 2011. Editorial Aranzadi, España, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo. Revista Administración Pública, Número 2, Madrid, España, 1950.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Civitas Ediciones. Duodécima Edición. España, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (Coordinadores) Administración y Justicia. Un Análisis Jurisprudencial. Volumen I. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández. Civitas, Thomson Reuters, España, 2012.

GARCÍA RUBIO, F. La Directiva de concesiones y su impacto sobre la contratación local en España. Artículo publicado en <http://laadministracionaldia.inap.es>.

GHESTIN, J., JAMIN, C., BILLIAU, M. Traité de Droit Civil. 3eme édition. L.G.D.J. France, 2001.

GIMENO FELIÚ, J. El Nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la Burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos). Primera edición, Editorial Aranzadi, S.A., España, 2014.

GIMENO FELIÚ, J. M. (Director) Bernal Blay, M. Á. (Coordinador). Observatorio de Contratos Públicos 2010. Editorial Aranzadi, España, 2011.

GIMENO FELIÚ, J. M. (Director) Bernal Blay, M. Á. (Coordinador). Observatorio de Contratos Públicos 2011. Editorial Aranzadi, España, 2012.

GIMENO FELIÚ, J. M. (Director) Bernal Blay, M. Á. (Coordinador). Observatorio de Contratos Públicos 2012. Editorial Thomson Reuters, España, 2013.

GIMENO FELIU, J. M. Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP, Revista Española de Derecho Administrativo, No. 156, Octubre-diciembre 2012.

GIMENO FELIU, J. M. Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos. Thomson Reuters, Primera Edición, 2010.

GIMENO FELIÚ, J. María. El Nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la Burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Editorial Arazandi, Primera edición, 2014, p. 147.

GIMENO FELIU, J.M. Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP, Revista Española de Derecho Administrativo No. 156, octubre-diciembre 2012.

GIMENO FELIÚ. Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la Regulación de la Adjudicación de los Contratos Públicos. Editorial Aranzadi. Primera Edición. España, 2010.

GIMENU FELIU, J. M., SALA SANCHEZ, P. QUINTERO OLIVARES, G. El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, España, 2017.

GÓMEZ DE MERCADO, F. G. (coordinador). Manual de Contratación del Sector Público. Editorial Comares, España, 2011.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial. Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2010.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. Nueva Ley de Contratos del Sector Público., noviembre 2017 en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/04/nueva-ley-contratos-sector-publico/>

GRANILLO OCAMPO, R. E. Distribución de los riesgos en la contratación administrativa. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.

GRIMSEY, D. y LEWIS, M. K. Public Private Partnerships. The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance. Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido, 2004.

GRIMSEY, D. y LEWIS, M. K. Public Private Partnerships. The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project finance. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, 2013.

GUETTIER, C. Droit des contrats administratifs. 1^{era} edición, Presses Universitaires de France. Paris, Francia, 2004.

HART, O. y MOORE, J. Incomplete contracts and renegotiation, Working Paper Department of Economics, number 367, Massachusetts Institute of Technology, January 1985.

HAURIOU, M. La teoría del «riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales. Revista de Derecho Privado. Dirigida por F. Clemente De Diego y José M. Navarro de Palencia Tomo XIII, Enero – Diciembre, 1926.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios. En el libro Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público. GIMENO FELIU, J. M. (Director), Thomson Reuters, España, 2018.

HERNANDO RYDINGS, M. La Colaboración Público Privada. Fórmulas Contractuales. Editorial Thomson Reuters, Madrid, España, 2012.

HOPEFFNER, H. La Modification du contrat administratif. Editions Lextenso L.G.D.J., Paris, 2009.

HUERGO LORA, A. El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Documentación Administrativa: Nueva Época No. 4, 2017.

IBÁÑEZ GONZALEZ-BARAS, S. El contrato Administrativo. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, España, 2003.

INOCENCIO MELÉNDEZ, J. La responsabilidad Contractual en el Derecho Público de los Contratos Estatales. Tomo I. Régimen patrimonial de los contratos estatales y de los riesgos en el derecho contractual colombiano. Ley, Bogotá, 2009.

IRWIN, Timothy C. Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects. Directions in Development. Washington, DC: World Bank, 2007.

JEZÉ, G. Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo V, Editorial de Palma, traducción de la 3era, edición, Buenos Aires, Argentina.

JIMÉNEZ LÓPEZ, J. El contrato de concesión de obras en Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo III. En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Directores). Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2018.

KIRAT, T. (Director). Economie et droit du contrat administratif. La documentation française, Paris, 2005.

KITSOS, John. Defining concessions in Directive 2014/23: Conceptual difficulties and practical differentiation. Public Procurement: Global Revolution VIII, Nottingham, 12-13 junio 2017.

KLEE, Lukas. *International Construction Contract Law*. Wiley Blackwell, Oxford, Reino Unido, 2015.

LARROUMET, C. *Teoría General del Contrato. Volumen I*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1999.

LAVALLE COBO, Jorge. *Código Civil y Leyes complementarias*. Argentina, Buenos Aires. Editorial Astrea, 1984.

LAZO VITORIA, X. El contrato de concesión de servicios. En el libro *Tratado de Contratos del Sector Público*. En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Directores). Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2018.

LAZO VITORIA, X. El futuro del mercado concesional en Europa. *Revista CEFLEGAL*. CEF No. 154, 2013.

LAZO VITORIA, X. El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión. En GIMENO FELIU, J. M. (Director). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Thomson Reuters, España, 2018.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. *Teoría de los Contratos. Parte General*, Buenos Aires, Argentina, 1975.

LUPTON, D. *Risk*. Routledge, Taylor & Francis Group, Publishing, Segunda Edición, Reino Unido, 2013.

MAGIERA, S. *El Derecho a una Buena Administración en la Unión Europea* (Baden-Baden, 2011) en Jürgen Meyer (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, NomosKommentar, Baden-Baden, 3era edición, 2011.
http://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/col_leccio_materials/26_les_administracions_en_perspectiva_europea/8_magiera/08-magiera_tradcast.pdf.

MAIRAL, H. La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005.

MANTILLA CORREA, A. La potestas variandi en la contratación administrativa. Conferencia en «Evolución del Derecho Administrativo», con motivo de la Celebración por los 150 años de la creación de la Procuración del Tesoro de la Nación 1853-2013 de la República de Argentina.

MANTILLA CORREA, A. La Concesión Administrativa. Editoría Jurídica Internacional EIJ, SRL, Santo Domingo, 2018.

MARIENHOFF, M. Tratado de derecho administrativo. Vol. 3-B. Cuarta edición, Abeledo-Perrot, Argentina, 1998.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel. Contratación Pública y Transparencia. Wolters Kluwer. Primera edición, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ MANZANEDO, R. La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95). Revista Presupuesto y Gasto Público No. 45, 4/2006, España, 2006.

MAXIMO BEZZI, O. El Contrato de Obra Pública. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1982.

MAZEAUD, D. Le nouvel ordre contractuel, Edit. Revue des Contrats, París, 1 de diciembre 2003, No. 1, 2003.

MAZEAUD, Denis. Renégociation du contrat. Revue Des Contrats, Julliet, 2004.

MEILÁN GIL, J. L. La estructura de los contratos públicos. Iustel, Madrid, España, 1era Edición, 2008.

MEILAN GIL, J. L. Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión. Revista de Administración Pública. Madrid, No. 191, 2013.

MIGUEZ MACHO, Luis. Fórmulas de Colaboración Público-Privada Contractual y Crisis Financiera del Sector Público. En FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Directores). 'La Contratación Pública a Debate: Presente y Futuro. Camino de Galar, Navarra. España, Editorial Civitas, 2014.

MONEDERO GIL, J.I. Doctrina del Contrato del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, 1977.

MORENO MOLINA, J. A., PLEITE GUADAMILLAS, F. La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático. Editorial La Ley, España, 3era Edición, 2011.

MORENO MOLINA, J. A., PLEITE GUADAMILLAS, F. Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Editorial La Ley, España, 1era Edición, 2012.

MORENO MOLINA, J. A. La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos. En GIMENO FELIÚ, J. M. (Director) Bernal Blay, M. Á. (Coordinador). Observatorio de Contratos Públicos 2012. Editorial Aranzadi, España, 2013.

MORENO MOLINA, J. A. El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-25806, Alemania contra Comisión Europea. En GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (Coordinadores) Administración y Justicia. Un Análisis Jurisprudencial. Volumen I. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández. Civitas, Thomson Reuters, España, 2012.

MORENO MOLINA, J. A. Los principios generales de la contratación administrativa. Editorial Bomarzo, Albacete, España, 2006

MORENO, Estibalitz. Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración. Oñati Socio-legal Series, 2 (4), 2012. <http://ssrn.com/abstract=2043126>

MOSS, D. A. When All else fails. Government as the ultimate risk manager. Harvard University Press, 2002.

MOSSET ITURRASPE, J. y PIEDECASAS, M. La Revisión del Contrato. Rubinzal – Culzoni Editores, 1era. Edición, Buenos Aires, Argentina, 2008.

OELCKERS CAMUS, O. Los Riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, No. 4, año 1980.

PALOMAR OLMEDA, A. (Director), DE ÁLVARO MONTERO, Á. (Coordinador). La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual. Editorial Aranzadi, España, 1era Edición, 2011.

PAREJO ALFONSO, L. ¿Un paso atrás en la doctrina del riesgo imprevisible? La Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo 11 de junio de 1978. Revista Española de Derecho Administrativo, No. 18, 1978.

PEREZ AUGUSTO, M. O risco no contrato de concessão de serviço público. Editora Fórum. Belo Horizonte, Brasil, 2006.

PÉREZ HUALDE, A. Concesión de servicios públicos. 1ª ed, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea 2017.

PÉREZ HUALDE, A. Los Contratos Públicos “Incompletos” y los de “Larga Duración”, Jornadas de Mariñan, España, 2017.

PERRIQUET, E. Les Contrats de L’État. Imprimerie et Libraire Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et Ce, Paris, Francia, 1884.

PEZ, T. Le Risque Dans Les Contrats Administratifs. Editions Lextenso L.G.D.J., Paris, 2013.

POSNER, R. Economic Analysis of Law; New York; Aspen Publishers; 6th Ed., 2003.

POSNER, R. y ROSENFELD, A. Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis, en V.Goldberg Ed. Reading in economics of contract law, 1997.

PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRIGUEZ, F. El equilibrio económico de los contratos públicos. En GIMENO FELIÚ, J. M. (Director) Bernal Blay, M. Á. (Coordinador). Observatorio de Contratos Públicos 2012. Editorial Aranzadi, España, 2013.

RICHER, L. Droit des contrats administratifs 6e edition. Lextenso Éditions. Paris, Francia, 2008.

RIDAO, J. La Colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras. Editorial Atelier, Barcelona, España, 2012.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. El equilibrio económico en los contratos administrativos. 2da. Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA, J. La prórroga en los contratos administrativos. Editorial Montecorvo, Madrid, 1988.

Román Márquez, A. El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario. Revista Española de Derecho Administrativo, No. 182/2017.

RUIZ GARCIA, L. Contratos Administrativos. Flores Editor y Distribuidor. México, 2010.

RUIZ OJEDA, A. La Concesión de Obra Pública. Editorial Aranzadi, Madrid, España, 2006.

SAAVEDRA VELAZCO, R. Apuntes comparativos sobre la teoría del incumplimiento eficiente: Incumplir, o no incumplir, he allí el dilema. En Latin American and Caribbean Law and Economics Association, Marzo 2011.

SAN MIGUEL, J., SUMMERS, D. Public-private Partnerships for Government Financing, Controlling Risk, and Value-for-money: The UK Experience, September 1, 2006.

SÁNCHEZ SOLIÑO, A. Optimización de la transferencia de riesgos en los Contratos de Infraestructuras y Servicios Públicos. Instituto de Estudios Fiscales, Hacienda Pública Española / Review of Public Economics, 201-(2/2012), 2012.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. y BÉJAR RIVERA, L. J. Las Concesiones Públicas. Universidad Panamericana, Editorial Novum, México, 2014.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Revista digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Enero – junio, 2009.

SCHAFFER, S. Tax risk en Risk and Energy Infrastructure, editor Domitroff, T., Global Law and Business, 2011.

STARCK, B., ROLAND, H., BOYER, L. Droit civil. Les Obligations. Editions Litec. Sexta Edición. Paris, Francia, 1998.

THORVIK, A. Political risk in large projects on Risk and Energy Infraestructure, editor DOMITROFF, T., Global Law and Business, 2011.

TORNOS MAS, J. Contratos Público: Problemas, Perspectivas y Prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Editores, Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba. Universidad Externado, Colombia, 2017.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. La delimitación de los tipos contractuales. En GIMENO FELIU, J. M. (Director). Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público. Thomson Reuters, España, 2018.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos. En GIMENO FELIÚ, J. M. (Director) Bernal Blay, M. Á. (Coordinador). Observatorio de Contratos Públicos 2011. Editorial Aranzadi, España, 2012.

VASALLO, J. M. y BAEZA, M.D.L. Á. Asignación del riesgo de demanda en concesiones de infraestructuras de transporte. Anuario de la Movilidad 2009, Abertis, Fundación RACC, 2009.

VÁZQUEZ MANTILLA. F. J. La modificación de los Contratos Públicos. Aranzadi, España, 2015.

VEGA B., Wenceslao. Historia del Derecho Dominicano. Amigo del Hogar, Santo Domingo. 1998.

VEGA ISABELLA, J. I. (coordinador). Régimen jurídico de la construcción y explotación de obras públicas. DAPP publicaciones jurídicas, 1era. Edición, Pamplona, España, 2012.

VILLAR PALASÍ, J. L. Lecciones de contratación administrativa. Facultad de Derecho, 2da Cátedra de Derecho Administrativo, Madrid, España, 1969.

VINCENT-JONES, P. The new public contracting: regulation, responsiveness, relationality. Oxford University Press, New York, USA, 2006.

WALLINE, J. L'évolution recente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants, RDP, 1951.

WILBROAD ARINAITWE, Patson. Risk allocation in oil and gas service contracts. A comparative analysis of US and UK continental shelves. Lambert Academic Publishing, USA, 2014.

XU, Y., CHAN, A.P.C., XIA, B., QIAN, Q., LIE, Y., PENG, Y. Critical risk factors affecting the implementation of PPP waste-to-energy projects in China. Applied Energy No. 158, 2015.