

EL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO EN LAS CONCESIONES DE OBRA Y SERVICIOS PÚBLICOS

ADOLFO CÉSPEDES ZAVALETA¹⁾

LL.M por Pittsburg University.

Secretario General del Instituto Desarrollo y Descentralización (IDD).

SUMARIO:

I. Nociones Generales.- II. Variaciones contractuales que originan la ruptura del equilibrio económico financiero: 1. Imprevisión del contrato; 2. Hechos o actos del Estado.- III. Técnicas para mantener o restablecer el equilibrio económico-financiero.- IV. Conclusiones y comentarios finales.

I. NOCIONES GENERALES

Según Dromi, "la esencia del contrato público se encuentra configurada en torno al consentimiento, el interés público y la justicia conmutativa, la cual pretende dotar de regularidad jurídica sustancial a la relación negocial subyacente entre los contratantes".¹ Precisamente, esa justicia conmutativa es la base conceptual de la cual se ha extraído lo que desde principios del siglo XX se ha denominado como el equilibrio económico-financiero del contrato de concesión.

Debido a que el mantenimiento del contrato y no su rescisión, constituye uno de los principios básicos de la contratación pública, el equilibrio económico-financiero nace, asimismo, como una forma de conciliar el interés privado (garantía para el inversionista) y el interés público (mantenimiento de las prestaciones y gestiones de bien público objeto del contrato) que se encuentran presentes en todo contrato administrativo. La forma como esta ecuación financiera se plasma en los contratos de concesión se encuentra basada fundamentalmente en la confianza, tanto de los poderes públicos en los operadores, como de los operadores en la Administración. Esta confianza sustenta los principios del modelo que siguen las modernas concesiones de obras y servicios públicos, los cuales son: la cooperación, el equilibrio financiero y la flexibilidad institucional.²

El principio del equilibrio económico-financiero se ha convertido, en las últimas décadas, en la garantía más sólida que a favor de los inversionistas privados presentan los contratos de obras públicas, entre ellos el contrato de concesión.³ Se construye como contrapunto a la admisión generalizada de ciertas prerrogativas de la Administración en el seno de los contratos administrativos; el conocido *ius o potestas variandi o factum principis*⁴ fue formulado por primera vez por el Consejo de Estado Francés en el célebre *Arret Compagnie General des Tramways*, sobre una concesión de servicios públicos, el 11 de marzo de 1910. En dicha decisión el Comisario del

¹⁾ El autor agradece el invaluable aporte del Dr. Jorge Danús Ordóñez en la recolección y selección de las fuentes bibliográficas que permitieron la elaboración del presente artículo.

²⁾ DROMI, Roberto, *Renegociación y rescisión de los contratos públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 66.

³⁾ LORRAIN, D., *Les services urbains, le marché et la politique*, en *Financement privé des équipements publics*, Economía, Paris, 1993, p. 16. Citado por: RUIPÁN LIZANA, Dolores, *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p. 233.

⁴⁾ Así, la jurisprudencia norteamericana ha elaborado los denominados "equitable adjustments" o ajustes equitativos de los contratos administrativos. Cf. *Equitable Adjustments of Government Contracts*, 42 New York University Law Review, abril de 1967, p. 306. Citado por: SACRISTÁN, Estela, *Las variaciones y modificación de precios en los contratos administrativos*, en: *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, No. 219, 1996, p. 13. En nuestro país los convenios de estabilidad jurídica son una expresión más de este principio jurídico.

⁵⁾ El cual vendría a constituir una especie de ley de mutabilidad del contrato a favor de la Administración Pública. Para un tratamiento detallado del tema nos encontramos en la elaboración de un artículo detallado.

Gobierno L. Blum afirmó como un principio de equivalencia honesta, el derecho del concesionario a obtener una igualdad de las ventajas que se conceden y las obligaciones que le son impuestas mediante el restablecimiento de *l'équation financière du contrat*.⁵

Si bien al principio la extensión de la cláusula *rebus sic stantibus* al campo de la contratación administrativa fue resistida⁶, con el tiempo esta idea será empleada no solo respecto a la concesión de servicio público, sino también en relación con otros tipos distintos de contratos administrativos. El restablecimiento del equilibrio económico-financiero se entiende ahora aplicado en el caso de desajustes en la economía inicial del contrato de diversa índole, tales como la inflación, los mayores costos, la desindexación, los costos financieros, las modificaciones del proyecto⁷, pero su plena y real efectividad se predica ante alteraciones producidas por decisiones de la propia Administración.⁸

Hoy se tiene entendido que los cambios económicos, políticos y sociales que toman a las prestaciones especificadas en los contratos como injustas, deben ser tomados en cuenta por encima del famoso principio del *pacta sunt servanda*, ya que el rigorismo contractual, que no toma en cuenta las vicisitudes y turbulencias producidas durante el desarrollo de la ejecución contractual, no puede generar la inseguridad jurídica de los contratantes⁹ y provocar innecesarias y constantes intervenciones arbitrales o judiciales destinadas a reparar las consecuencias dañosas provocadas por dichos cambios.

Uno de los motivos básicos para mantener el equilibrio económico del contrato de concesión es el que enunció García de Enterría: "si el interés público exige que se modifique el contrato en beneficio de la colectividad, esta debe soportar los perjuicios que en el patrimonio del contratista se verifiquen".¹⁰ Todo propósito de extraer del contrato ventajas desmesuradas para el contratante gubernamental, dejando que pesen sobrecargas a costa del contratista, significaría privilegiar intereses secundarios del Estado por encima de los intereses primarios que le competen. Por ello mismo, la Administración no debe actuar como si se tratase de un negocio lucrativo, ni intentar obtener ganancias ilegítimas a costa del contratado, ni aprovecharse de situaciones legales que la favorezcan en perjuicio del contratado.¹¹

⁵ BORGUÉ BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, p. 171.

⁶ Así lo expresa HAUIQOU, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tomo III, Paris, 1983, p. 675. Citado por CASSAGNE, Juan Carlos, *Estudios de Derecho Público*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 135.

⁷ Donde se encuadraría toda la problemática del desequilibrio entre el valor real de la prestación debida y el precio pactado originariamente, provocado como consecuencia de fenómenos de inflación o deflación. DROMI, Roberto, *Op. Cit.*, p. 53.

⁸ La doctrina española suele canalizar como técnicas de aseguramiento de este tipo de principio, tanto la reparación en los supuestos en que la ruptura del equilibrio económico procede de decisiones de la Administración (*protestar variandi*) y *fuera principio*, como cuando procede de ciertos hechos ajenos a las partes, dando entrada a la teoría de la imprevisión. Algunos autores como Ramón Parada inclusive conectan el derecho al equilibrio económico del contratista a los supuestos en que se permite excepcionar el principio de riesgo y ventura: fuerza mayor en casos de contrato de obra, y riesgo imprevisible en los casos de contratos de servicios públicos. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I. Parte General*, 7ma. Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1995, pp. 281 y ss. García De Enterría señala inclusive que, si la administración modifica el objeto del contrato, es de toda lógica que deba compensar al contratista por todos las consecuencias económicas de dicha modificación. En GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 7ma. Edición, Civitas, Madrid, 1995, pp. 706 y ss.

⁹ Al respecto, la ley española que regula el contrato de gestión de servicios públicos señala en su artículo 164.2 lo siguiente: "Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato."

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, I., *La figura del contrato administrativo*. En: R.A.P., No. 41, 1963, p. 125.

¹¹ GORDILLO, Agustín, *Contratos Administrativos: obra colectiva editada por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, 1977, p. 15. Citado por: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Las cláusulas de reajuste de precios en los contratos*

De igual manera la doctrina hace descansar el fundamento de esta reparación que el Estado otorga al contratista en principios como el de igualdad ante las cargas públicas, el de interdicción de enriquecimiento injusto o el principio de buena fe.¹² En síntesis, tal como lo señala Concepción Horgué¹³, se trata de poner de manifiesto que el contratista no debe soportar individualmente las consecuencias económicas desfavorables por una decisión administrativa que redunde en pro de la comunidad.¹⁴ Por otro lado, no se debe identificar totalmente el concepto de equilibrio económico-financiero con el de lucro esperado por el concesionario, ya que el lucro se presume existente y se incluye en el ámbito de intereses peculiares y específicos del particular o de la administración. Podrá configurarse como consecuencia de una determinada ecuación financiera, pero esta es mucho más amplia que aquel.¹⁵

Al mismo tiempo, paralelamente al mantenimiento del equilibrio económico que favorece al concesionario, debe mantenerse la vigencia del interés público comprometido (lo que Dromi denomina la ecuación política). Es así que la necesidad que debe ser satisfecha con la prestación objeto del contrato debe ser mantenida a lo largo de la duración de la ejecución contractual, para que se produzca la continuidad de la satisfacción actualizada del interés público y de los ingresos que le corresponden a la Administración Pública (por ejemplo el pago de un canon o retribución anual por parte del concesionario).

Ya que el Estado y el contratista están ligados a una misma tarea de interés general, ambos son colaboradores y no antagonistas que procuran cada uno las debilidades de su adversario, tal como muchas veces sucede en el derecho privado¹⁶; debido sobretudo a que una concesión exitosa requiere evitar tanto una concesión financieramente no viable –problema que aparece desde los primeros años y que no es positivo ni para el concesionario, ni para el concedente que tiene que asumir las consecuencias políticas– como una concesión que tenga beneficios excesivos –lo que no es conveniente para ambos, sobretudo para el Estado, si es que los compromisos iniciales no son después respetados–.

Es por todo ello que el Estado, como guardián del bienestar general, debe estar atento ante los cambios que afecten a los contratos públicos, deslegitimizándolos teleológicamente y motivando la revisión de los mismos a favor del interés público y de la propia Administración, ya que el principio del equilibrio económico-financiero rige tanto a favor de la Administración Pública como del concesionario.¹⁷

administrativas. En: AAVV, CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo, Obra Colectiva en homenaje a María Inés Abelardo-Perrot*, Buenos Aires, 1998, p. 911.

¹² MESTRE DELGADO, J.F., *La posición singular de la Administración en la contratación administrativa y las garantías del contratista según la jurisprudencia contencioso-administrativa*. En: *REDM*, No. 47, 1985, pp. 425 y ss.

¹³ Ver HORGUÉ BAENA, Concepción, *Op. Cit. La modificación del contrato administrativo (...)*.

¹⁴ Sentencias judiciales del Tribunal Supremo Español, –como la del 22 de enero y 10 de diciembre de 1973, 3 de noviembre de 1980 y 22 de junio de 1982– inclusive afirman que deben ser indemnizadas las modificaciones introducidas por el particular cuando benefician a la Administración, porque han contribuido a completar el proyecto o suplir sus deficiencias. PARADA, Ramón, *Op. Cit.*, p. 353.

¹⁵ JUSTEN FILHO, M., *Concessões de Serviços Públicos*, Dialética, São Paulo, 1997, p. 143. Citado por: RUFÍAN LIZANA, Dolores, *Op. Cit.*, p. 235.

¹⁶ BENOÏT, Francis-Paul, *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968, p. 592. Citado por: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Op. Cit.*, p. 307.

¹⁷ Aquí entraña a tallar todo lo concerniente a las cláusulas de rentabilidad extraordinaria que tienen como finalidad evitar beneficios excesivos del concesionario, obligándolo a compartir con el Estado los excesos de rentabilidad. Cf. RUFÍAN LIZANA, Dolores, *Op. Cit.*, pp. 234-235. Pero ello constituye un tema que desarrollaremos con mayor detalle en otra oportunidad.

II. VARIACIONES CONTRACTUALES QUE ORIGINAN LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO

Según lo que señala la doctrina y jurisprudencia especializada, podemos dividirlos en dos grandes grupos:

I. Imprevisión del contrato¹⁴

Entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a) **La inflación.**- Las fluctuaciones en el valor de la moneda traen como consecuencia alteraciones en el valor de las prestaciones comprometidas en los contratos administrativos que, de no ser solucionadas dentro de la legalidad contractual, impondrían como resultado el imperio de la iniquidad.
- b) **La deflación.**- La brusca reducción de la inflación, que produce una inesperada transferencia de ingresos de deudores a acreedores, también constituye un hecho imprevisible por las partes que llega a alterar enormemente las condiciones originalmente pactadas.
- c) **La recesión.**- Como consecuencia coyuntural, accidental y por ende, transitoria, producto de los reajustes que supone el pasar de un estado económico centralista a uno donde el mercado asume su rol y las consecuentes responsabilidades de la transformación. Para que pueda invocarse la recesión como causal de reconversión debe ser tal que su magnitud exceda el riesgo empresarial asumido.
- d) **Competencia desleal.**- Las condiciones de exclusividad o monopolio, generalmente temporales, en las cuales se pactan determinados contratos públicos, deben ser verificadas por el Estado, quien debe vigilar que no existan conductas tendientes a reducir dichas preferencias ganadas por los contratistas.
- e) **Hecho tecnológico sobreviniente.**- Como señala Dromi¹⁵, es la "imprevisión más prevista"; los vertiginosos avances tecnológicos pueden colocar al contrato en una situación en la que el aspecto técnico previsto al contratar quede superado y que tanto el interés privado del contratista como el interés público de la comunidad no se puedan satisfacer de la manera pactada en un principio. El factor preponderante en estos casos será dar respuesta a una modificación y modernización de la tecnología, aplicable en la ejecución de la gestión objeto del contrato administrativo, a fin de alcanzar adecuados niveles de competitividad acordes con el progreso tecnológico en un contexto de globalización de las actividades económicas.

La incorporación de nuevas tecnologías importa un cúmulo de acciones y recursos ya que, además de las inversiones que permiten acceder a tales adelantos y la formación de los recursos humanos para posibilitar su adecuado funcionamiento, se debe considerar la forma de tornarlos económicamente accesibles a sus destinatarios. Usualmente es la propia Administración la que puede llegar a exigir al prestador la utilización de una nueva tecnología o incluso que abra nuevos procedimientos para

¹⁴ Es en un inicio la jurisprudencia francesa exigió, para apreciar el riesgo imprevisible de los efectos producidos por los desequilibrios económicos derivados de sucesos extraordinarios, que estos fueran de tal naturaleza que llevaran al contratista a la ruina en el caso que siguiera prestando el servicio en las mismas condiciones (*Arrêt Gaz de Burdeos, 30 de marzo de 1916*); luego este criterio se fue moderando.

¹⁵ DROMI, Roberto, Op. Cit., p. 89.

otorgar otros contratos que tengan la posibilidad de incorporar el nuevo avance tecnológico.

Es preciso señalar que el quebranto o déficit que sufra el contrato de concesión por los hechos imprevistos debe ser transitorio, puesto que un acontecimiento que trastoque definitivamente el cumplimiento del contrato se encuadra dentro de la causal de extinción del mismo por caso fortuito o fuerza mayor.²⁰

2. Hechos o actos del Estado²¹

El denominado "hecho del príncipe" que consiste en el acto lesivo, que afecte el desarrollo del contrato, emanado de cualquier²² órgano o repartición estatal²³, habilita al contratista para requerir una reparación integral. Esta modificación puede estar referida al objeto del contrato de concesión como a cualquier aspecto conexo con sus cláusulas. Si es que el acto es realizado por el mismo poder concedente se encuentra enmarcado dentro de lo que se conoce como la *potestas variandi* de la administración pública sobre los contratos de concesión de obras y servicios públicos, facultad que solo puede ser ejercida hasta el límite de no atentar contra el equilibrio económico-financiero del contrato.

Dromi los ha clasificado según las causas que los originan en tres: originados en causas políticas, o sea las razones de Estado por urgencia o emergencia, la cual debe ser concreta, inmediata, probada y objetiva; originados en causas administrativas, referidas a la distinta valoración del interés público originario; y, los originados en causas normativas o modificaciones sobrevinientes del ordenamiento jurídico positivo.²⁴

Algunos autores afirman que el hecho del príncipe vendría a constituir una especie más de los riesgos imprevisibles, originado por una medida de intervencionismo económico de los poderes públicos, concretamente una medida administrativa adoptada al margen del contrato que supone una repercusión indirecta en el ámbito de las relaciones contractuales.²⁵ En nuestra opinión, sí constituiría una figura distinta a la teoría de la imprevisión, por cuanto está referida concretamente a actos producidos por cualquiera de los poderes públicos y las personas que los detentan, los cuales muchas veces no necesariamente son difíciles de prever con la magnitud de los anteriormente señalados; además, las consecuencias son distintas en el momento de fijar el monto de la compensación económica.²⁶

Los actos lesivos 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. Usualmente al quebranto por parte del Estado de la ecuación política pactada en el inicio de la

²⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, Op. Cit., p. 143.

²¹ La figura del incumplimiento, la mora en el pago por parte del concedente, por ejemplo, no se encuadra dentro del equilibrio económico-financiero, sino dentro del tema de la responsabilidad contractual. GUERRERO, Myriam, *Compensaciones de la ruptura del equilibrio financiero del contrato*. En: AAVV, *Ensayos de profundización en contratación estatal*, Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 238.

²² Aunque en muchos casos el hecho del príncipe se circunscribe con respecto a la autoridad que contrata con el particular, tal como lo afirma PARRA GUTIÉRREZ, René, *Los contratos estatales*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 36.

²³ José fue uno de los primeros tratadistas en señalar que el principio de la irresponsabilidad del Poder Legislativo no puede justificarse cuando se trate de la ejecución del contrato. JÉZE, Gastón, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, 3ra. Edición, Tomo V, p. 243 y ss. Citado por: MAXIMO BEZZI, Osvaldo, *El contrato de Obra Pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 185.

²⁴ DROMI, Roberto, Op. Cit., p. 99.

²⁵ PARADA, Ramón, Op. Cit., p. 354.

²⁶ Cf. PARRA GUTIÉRREZ, René, Op. Cit., p. 56.

concesión se le denomina reconversión.²⁷ Se debe tener cuidado a la hora de caracterizar este acto como imprevisto, ya que los actos de poder normal u ordinario que solo tornen un poco más gravoso el contrato entran en las previsiones del riesgo empresarial que asume el contratista.²⁸

Dentro de esta categoría de actos se pueden encontrar los decretos de urgencia, la distinta valoración del interés público (cuando el Estado decide que una prestación que en un momento inicial no fue considerada como servicio público luego lo sea) y la modificación del ordenamiento jurídico que rige el contrato (ya sea en forma directa o cuando cambia el marco regulatorio de la actividad a prestarse). En la legislación comparada tenemos una muestra de este tipo de modificaciones contractuales y de la forma en la cual son reparadas. En la ley chilena de Concesiones de Obras Públicas, Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas No. 900, de 1996, que en su artículo 19 textualmente dice: "El Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el contrato, podrá modificar por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquél las indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez".

Para completar estas ideas podemos mencionar las palabras de Marienhoff, "todo lo relacionado con la teoría del hecho del príncipe y de la imprevisión, que a su vez comprenden los mayores costos, es extracontractual, por cuanto la situación de hecho creada y que esas teorías tratan de solucionar, hállese fuera de lo convenido, todo ello sin perjuicio de la subsistencia del vínculo contractual originario."²⁹

III. TÉCNICAS PARA MANTENER O RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO

Para efectuar la denominada reparación del equilibrio económico-financiero del contrato se han esgrimido un sinnúmero de técnicas, que tienden a lograr la reparación integral sobre la base de preservar la indemnidad del contratista. De este modo, se hace coincidir la reparación pecuniaria con la indemnización de todos los daños y perjuicios que se hubieran irrogado al contratista como la forma de materializar el principio del equivalente económico cuando el desequilibrio económico se produzca a consecuencia de un hecho o acto del Estado.

Es importante destacar que en aquellas situaciones que hemos denominado como "imprevisiones contractuales" no se realiza una compensación absoluta e integral de los perjuicios que sufre el concesionario, sino un reparto entre el concedente y el concesionario de dichos perjuicios imprevisibles y extraordinarios, ya que la Administración soporta los mayores costos del contratista y este, a su vez, sacrifica su utilidad, todo ello como una exigencia del principio de equidad jurídica.³⁰

Respecto al alcance de esta reparación, como ya lo mencionamos, existen varias posiciones. Algunas que lo asemejan a las consecuencias que se producen por la modificación del objeto del contrato, por la suspensión temporal y el desistimiento unilateral del mismo. Otras que enfocan

²⁷ DROMI, Roberto, Op. Cit., p. 120.

²⁸ Es así como la jurisprudencia española exige como requisitos a los factores *príncipes*, su imprevisibilidad, la relación de causalidad y la imposibilidad de la continuación en la gestión del servicio (Sentencias del Tribunal Supremo Español del 20 de noviembre y 2 de diciembre de 1985 y 30 de setiembre de 1982).

²⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Contratos Administrativos. Régimen de Pagos: Intereses, imprevisión, mayores costos y actualización*. En: *Contratos Públicos*, Mendoza, p. 105. Citado por: MAXIMO BEZZI, Osvaldo, Op. Cit., 1981, p. 201.

³⁰ Al respecto consultar la interesantísima sentencia del Tribunal Supremo Español del 1 de marzo de 1991, que aparece en el ensayo *Resiliación de Precio*, VILLAR PALASÍ, José Luis, VILLAR EZCURRA, José Luis. En: AAVV, *Comentarios a la ley de contratos de las Administraciones Públicas*, CIVITAS, Madrid, 1996, p. 530.

el problema de acuerdo al tipo contractual del que se trate. Por ello, en relación con la concesión de servicios públicos, se ha previsto tradicionalmente una reparación integral de todos los perjuicios económicos, incluidos los beneficios dejados de obtener, que en la esfera del contratista comportase a la alteración unilateral del contrato, por la sencilla razón que la naturaleza del contrato de servicios es constituir una obligación de medios y no de resultado. Así, el precio no se determina en función de la obra finalizada, sino de la actividad que se ha desplegado en dicho contrato; no se valora un producto o resultado final como prestación por una de las partes, sino el esfuerzo y dedicación que pone dicha parte en la obtención del resultado pactado.

En cambio, la retribución en los contratos de obra, cuyo objeto es cuantificable en unidades de medida, recae en el precio que por dichas unidades o por el objeto total del contrato se ha fijado entre las partes, pues en dicho precio ya se han conjugado coste y beneficio en su cálculo. De la misma forma, se considera la posibilidad de reparar al contratista utilizando los conceptos jurídicos de daño emergente y lucro cesante. Con todo esto debemos afirmar que las decisiones que se tomen respecto a un tipo determinado de contratos no se pueden extrapolar a otro tipo de contratos administrativos.

Una de las técnicas más utilizadas para restablecer el equilibrio económico de los contratos de concesión es el de la revisión o reajuste de precios²¹, también conocida como la inclusión en los contratos de una determinada cláusula que responde a los hechos que las partes pueden prever que alterarán la economía del contrato con anterioridad a su concurrencia. Es por ello que abarcaría solo a aquellos hechos previsibles por las partes, necesitándose de una regulación especial para los demás supuestos que alteran el equilibrio de los contratos de concesión.

Las cláusulas de reajuste tienen una naturaleza meramente instrumental, resguardan el equilibrio previamente establecido en función de las obligaciones que serán asumidas por el adjudicatario. Su función consiste en el remedio de las variaciones del equilibrio, por eso mismo pueden y deben ser alteradas en cualquier tiempo en que sea detectada su incompetencia para cumplir del modo más preciso posible dicha intención que tienen que atender.²²

Las mencionadas cláusulas de revisión de precios, según la legislación española, tendrían que reunir las siguientes características: estar pactadas en un contrato determinado (no constituir una obligación automática de la ley); deben ser bilaterales (operar a favor tanto del contratista como de la administración); deben constituir una auténtica cuestión de interés público, por ello la renuncia por parte del contratista sería inválida al constituir la revisión de precios un derecho de marcado interés y orden público, ya que ha sido concedido con la finalidad de evitar la huida de los postores de las licitaciones de los contratos administrativos.²³

Este mecanismo de revisión de precios se expresa en unas fórmulas tipo o fórmulas polinómicas; que consisten en el cálculo de la proporción en que los elementos básicos que integran la obra influyen en la determinación de su costo. A través de esas fórmulas se obtiene el coeficiente de revisión en cada fecha respecto de la fecha de la licitación, coeficiente que, llegado el caso, se aplica sobre el

²¹ En España la revisión de precios pasó de ser una mera técnica de actualización de los precios a las variaciones del coste de las obras originadas por los procesos inflacionarios, a constituir en la ley vigente en principio general aplicable a todos los contratos administrativos con excepción de los trabajos específicos y concretos no habituales. Para tener una visión clara de la transformación de la cláusula de reajuste de precios a la jurisprudencia y legislación española, de supuesto excepcional a la institución ordinaria, recomendamos: C.F. AAVV, *Derecho de los Contratos Públicos, Estudio sistemático de la ley 13/1995*, Editorial PRAXIS, Barcelona, 1995, p. 55.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso, Op. Cit., p. 913.

²³ MORENO GIL, O., *La revisión de precios en la contratación administrativa*, CIVITAS, 1980. Citado por: AAVV, *Estudios sobre la contratación de las administraciones públicas*, CEMCI, Granada, 1996, p. 248.

importe de la obra pendiente de ejecución, produciéndose así el nuevo precio revisado.²⁴

Asimismo, Ariño ha señalado dos conceptos guía para efectuar la reparación en caso de modificación objetiva del contrato de concesión: la indemnización y la compensación.²⁵ Se entiende por compensación la reparación que se abona al contratista en función de la prestación efectivamente realizada y de acuerdo con lo convenido; es decir, la noción de precio convenido es la clave que permite verificar cuál va a ser la compensación en los casos de modificación del contrato. En cambio, la indemnización hace referencia a las consecuencias reparadoras que se prevén para el contratista más allá de la compensación debida por la obra efectivamente realizada, entrando a tallar los daños y perjuicios que sufra el concesionario.

Es discutible que se repare al contratista absolutamente todos los perjuicios que se le puedan haber causado, producidos como consecuencia de variaciones en las condiciones originalmente pactadas en el contrato de concesión, ya que el principio del equivalente económico no debe únicamente servir para garantizar la posición económica inicial del contratista, sino también para configurar un límite a la contraprestación de la Administración; ya que de otra forma se rompería el principio de igualdad ante los beneficios públicos que trata de preservar, entre otros, la selección del contratista.²⁶

Aparte de la cláusula de revisión de precios se establecen en los contratos de concesión técnicas específicas y más convenientes para restablecer el equilibrio económico-financiero como son: prolongar el período de la concesión, incrementar las tarifas de peaje u otros similares, pagar al concesionario con recursos provenientes del presupuesto nacional. Como se puede apreciar, dentro de estos mecanismos existen algunos que contribuyen a restablecer la tasa de retorno pactada en el contrato²⁷, pero que no solucionan el problema inmediato en el flujo de caja impuesto por los sobrecostos. Solo los recursos efectivos de corto plazo constituyen una solución aceptable por parte de los inversionistas, ya que estos aspiran legítimamente a que el orden de prioridad para la utilización de los mecanismos se invierta en el sentido que primero se pongan en práctica los recursos con disponibilidad inmediata, lo que garantizaría la liquidez del proyecto y protegería su rentabilidad y viabilidad financiera.²⁸

Pasaremos ahora a analizar, como un ejemplo concreto de todo lo expuesto, algunos de los mecanismos más usuales previstos en las concesiones viales de Hispanoamérica para regular el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato:

²⁴ Resulta interesante al respecto señalar lo que la legislación española ha precisado con referencia a este tema, puesto que mediante Decreto Ley 2-64 del 4 de febrero de dicho año, modificado por Ley 13-95, establece como requisito para proceder a la revisión de precios que el contratista haya realizado el 20% del presupuesto íntegro del contrato y además que el coeficiente aludido para restablecer dicho equilibrio rebasa cierto tope.

²⁵ ARIÑO ORTÍZ, CL, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, p. 374.

²⁶ Es por ello que también se afirma que el principio del equivalente económico atiende no solo a los imperativos de la justicia conmutativa, sino también a la distributiva, de modo que los terceros únicamente podrán exigir que la alicación llevada a cabo por el Estado no suponga para el contratista beneficios superiores a los previstos en el momento de la adjudicación y perfección del contrato. SOLAS RAPECAS, R., *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 43.

²⁷ Es importante no confundir las denominadas garantías de ingresos mínimos que otorga el Estado a favor de los concesionarios como una de las técnicas para restablecer el equilibrio económico-financiero, puesto que dicha garantía está fijada en base a datos y esquemas que fueron previstos en el momento de firmarse el contrato, presupuestos que evidentemente también se ven afectados por las causas que originan el desequilibrio económico de la concesión y que deben restablecerse al estado originalmente pactado.

²⁸ RODADO NORIEGA, Carlos, *El esquema de las concesiones viales, sus riesgos y posibilidades (la experiencia colombiana)*. En: AAVV, *Estudios de profundización en contratación estatal*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1993, p. 306.

- a) **Ampliación del plazo**³⁹.- Circunstancias técnicas o naturales se reconocen como causas válidas que dan lugar a la extensión del plazo de la concesión, con la consecuente posibilidad para el inversionista de recuperar su tasa de retorno en un período más largo del originalmente pactado. Como ya explicamos líneas arriba, este tipo de soluciones no son las más aceptadas por los contratistas debido a que no les aseguran una reparación económica inmediata.⁴⁰
- b) **Reprogramación de las obras**.- La modificación de las prestaciones originalmente pactadas puede constituir una solución viable a este problema. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el interés público presente en la prestación del servicio o la construcción de la obra por parte del contratista no puede ser dejado de lado; en ese sentido, se podrán realizar modificaciones a las obligaciones del contratista, pero sin menoscabar la finalidad pública que se persigue con la obra o servicio público.⁴¹
- c) **Pagos directos al concesionario**.- Esto se produce cuando es la propia Administración Pública quien realiza el desembolso de efectivo, el cual se entregará al concesionario inmediatamente se verifiquen los supuestos previstos en el contrato como causas de desequilibrio económico-financiero. Estos pagos son uno de los mecanismos más rápidos de compensación y por ello gozan de aceptación plena por parte de los inversionistas. No obstante, dado lo difícil que resulta prever presupuestariamente estas erogaciones, muchos Estados no consideran este mecanismo como una alternativa factible de ser realizada, sobre todo en el corto plazo.⁴²
- d) **Reajuste de las tarifas (del peaje por ejemplo)**.- Ciertamente es el mecanismo más sencillo de poner en práctica por parte del concedente, pero que presenta como principal objeción el atentar directamente contra la economía de los usuarios, puesto que estos pueden verse seriamente afectados en el caso que los incrementos tarifarios sean excesivos. Además debe tomarse en cuenta que el reajuste de los peajes incide también en el aumento del coste de los transportes.⁴³
- e) **Otros menos usuales**.- Entre los que podemos nombrar: entrega al concesionario de proyectos, terrenos y construcciones; concesión al particular de la explotación, conservación

³⁹ El contrato de concesión del Sistema Rodoviário Anhangüera-Bandeirantes del Brasil consigna en la cláusula 25 este mecanismo como forma de restablecer el equilibrio económico-financiero. Lo mismo sucede con el contrato de concesión internacional ruta 5 del Tramo Temuco-Río Bueno de la República de Chile, en la cláusula 1.11.4.3.3.

⁴⁰ Inclusive algunos autores señalan que, concretamente en Argentina, "es conveniente para el mismo estado renegociar los aspectos financieros de los contratos vigentes en lo referido a deudas por subsidios, multas por incumplimientos de obras, intereses de deudas y esquemas tarifarios, sin incluir ninguna posibilidad de extensión de los plazos de concesión actuales". SGUIGLIA, Eduardo. *El régimen de concesiones viales de la Argentina. Una evaluación crítica*, FADE, Buenos Aires, Nov. de 1998, p. 43.

⁴¹ El contrato de concesión de la autopista parque Presidente Perón, de la República Argentina, establece en la cláusula 11.3. la reprogramación de obras como uno de los mecanismos que el concesionario puede solicitar al concedente para efectuar el restablecimiento financiero del contrato.

⁴² El contrato de concesión MTC-COP-001-95 de la República de Venezuela establece en la cláusula 45 que el Ministerio Concedente compensará a la Sociedad Concesionaria mediante el sistema de pagos directos. Realmente resulta interesante apreciar el detallismo casuístico con el cual han sido regulados los diversos supuestos en los cuales procedería una compensación al concesionario debido a variaciones en el equilibrio económico-financiero en este contrato de concesión. Entre ellos podemos mencionar algunos bastante utilizados en otras concesiones y otros ciertamente sorprendentes: sobrecostos por mayores cantidades de obra; gastos excesivos para la tramitación, expropiación y/o adquisición de bienes; modificación de las leyes laborales; razones de fuerza mayor (lo cual creemos excede el objeto de esta cláusula); no autorización oportuna, por parte del Ministerio, de los aumentos automáticos en las tarifas de peaje; aparición de nuevos impuestos, contribuciones o tasas, entre otros.

⁴³ El mencionado contrato de concesión venezolano hace referencia a este mecanismo en las cláusulas 44 a 47, así como el contrato de concesión de la autopista parque Presidente Perón, en la cláusula 11.3, y el de la Ruta 5 Tramo Temuco-Río Bueno en la cláusula 1.11.4.3.3.

y mantenimiento de obras contiguas; asistencia financiera al concesionario⁴⁴; anticipos reintegrables, préstamos subordinados o de otra naturaleza⁴⁵; disminución del pago de la retribución al estado, entre otros.

IV. CONCLUSIONES Y COMENTARIOS FINALES

El principio del equilibrio económico-financiero constituye en la actualidad uno de los más sólidos criterios que rigen la contratación pública, en especial la referida al ámbito de las concesiones. La ecuación económico-financiera se ha llegado a enunciar unánimemente por la doctrina como la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo y la compensación económica que en razón de aquello le corresponderá.⁴⁶

No existe legislación de los países más desarrollados del orbe que ignore este principio y que no haya pretendido regularlo de una u otra manera. Asimismo, la jurisprudencia administrativa ha precisado en reiteradas oportunidades la importancia y necesidad de mantener el equilibrio económico-financiero de los contratos públicos, por cuanto no solo favorece el interés privado que puedan tener los contratistas, sino que también vela por el interés público de la comunidad, la cual no se puede ver afectada por una disminución o interrupción de la prestación del servicio o de la construcción de la obra pública.

Precisamente por ello nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia administrativa deja mucho que desear, ya que prácticamente ha ignorado el tema, como si se tratase de un supuesto que solo sucede en economías muy sólidas capaces de garantizar efectiva y realmente las inversiones privadas. Ni la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ni el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos⁴⁷, especifican o brindan alguna pauta que sirva para restablecer los desequilibrios económicos que a menudo se producen dentro y fuera de la esfera de los contratos de concesión.

Es por esto que son los mismos contratos de concesión quienes deben regular los mecanismos adecuados que sirvan para garantizar la igualdad de condiciones entre el inversionista y el Estado, y que permitan dotar de una mayor seguridad jurídica y de una efectiva tasa de retorno a los contratos que por vía de licitación pública se realicen. No contemplar este supuesto en los contratos de concesión equivaldría a reducir significativamente el número de postores interesados, así como a sembrar serias desconfianzas en los que aún participen.⁴⁸

En cuanto a la precisión y determinación que se debe dar a estas cláusulas dentro de los contratos de concesión, todo ello dependerá de: la clase de concesión de la cual se trate, las sugerencias que puedan realizar los postores, así como el efectivo y honesto análisis por parte de los organismos concedentes, los cuales tendrán que tomar en cuenta todos los factores implicados

⁴⁴ Estos tres mecanismos han sido previstos en el contrato de concesión vucolano como alternativas de solución, en caso de no funcionar el sistema de pagos directos y de reajuste tarifario.

⁴⁵ La devolución de dichos anticipos se iniciará a partir del ejercicio en que comiencen a obtenerse resultados positivos, con arreglo al plan económico-financiero de la oferta. Este régimen se complementa con sistemas especiales de amortización, que ha mantenido la existencia de avales del Estado para los recursos procedentes del mercado exterior de capitales y que muy a menudo conlleva un régimen subvencional o de reducciones en la tributación y en los derechos arancelarios. Todo esto está previsto en la ley española de concesiones 13/1996 que regula dicho tema. AAVV, *Derecho Administrativo II, Parte Especial*, Editorial Universitas S.A., Madrid, 1998, p. 540.

⁴⁶ WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, 5^a Ed., Sirey, 1963, p. 618.

⁴⁷ Salvo las referencias muy generales que establecen los artículos 17, 18, 33 y 34 de dicho Texto Único Ordenado y el artículo 12 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 060-96-PCM.

⁴⁸ Lo cual debe ser adecuadamente evaluado por organismos como Pro Inversión.

en el momento de restringir o ampliar las condiciones por las cuales sea procedente recurrir al restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

Precisamente, la jurisprudencia extranjera se muestra bastante prudente en este punto, pues se excluye de la compensación que deberá efectuar el Estado todos aquellos sucesos que se encuentren enmarcados dentro del álea normal del contrato, ya que el equilibrio económico es una fórmula excepcional que debe combinarse con el principio de riesgo y ventura que le compete al inversor; de esta forma se impide que la excepcionalidad citada se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario a modo de un seguro gratuito o de una garantía inmejorable que cubra todos los riesgos posibles trasladándolos íntegramente al Estado, en contra de lo que constituye la institución y sus límites naturales.⁴⁸

Aparte de definir con precisión los supuestos que significarían una variación del equilibrio originalmente pactado, es imprescindible optar por criterios objetivos y seguros para establecer los mecanismos con los cuales se paliarán dichas variaciones. Sería ideal que el marco jurídico peruano estableciese algunas directrices al respecto mediante normativas legales adecuadas, poniéndonos a tono de esta manera con la legislación extranjera y al mismo tiempo, quizás, dando un paso más adelante al atrevernos a regular por vía de ley lo que contendrán las cláusulas de los futuros contratos de concesión sobre este tema.

Debemos tener presente que las garantías para fomentar la inversión privada no pueden concretarse a aspectos tributarios solamente, como muchos erróneamente sostienen, sino que deben extenderse por vías más amplias y ventajosas, como asegurar los resultados económicos que los concesionarios han proyectado en sus respectivas ofertas económicas, reparando en que esto no constituye únicamente un beneficio para dichos inversionistas privados, sino que favorece el interés común de la colectividad y de los concesionarios en la prestación de los servicios y la construcción de las obras públicas.

De este modo, si las condiciones financieras están dadas de antemano y puestas claramente sobre la mesa, no habrán mayores riesgos de incumplimiento por parte de las empresas concesionarias, con los consecuentes problemas judiciales y arbitrales para el Estado. Al mismo tiempo, estas prestarán un mejor servicio con la confianza de que sus ingresos están ciertamente garantizados en términos legales y económicos.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo Español, 24 de Abril de 1985.