

LEYES DE CONCESIÓN Y PPP EN PAÍSES EMERGENTES O CÓMO CONSTRUIR UN “PUENTE JURÍDICO” QUE HAGA POSIBLE QUE LOS MERCADOS DE CAPITALDES DESARROLLADOS FINANCIEN INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS EN PAÍSES EMERGENTES¹.

Por el Dr. JULIO CÉSAR CRIVELLI

SUMARIO: 1 Consideraciones generales. 2 El punto de partida. 2.1 Bajo desarrollo institucional. 2.2 Derechos de propiedad. 2.3 Riesgo país. 2.4 Riesgo de cambio. Arbitraje de monedas. 3 Territorios comunes a la economía y el derecho. 3.1 A mayor riesgo, mayor costo. 3.2 Mercado y contrato. 3.3 Conclusiones de la primera parte. 4 Recomendaciones para la construcción del “Puente Jurídico”. 4.1 El cambio de Paradigma: De la transferencia de riesgos a la ecuación económico financiera constante. 4.2 Riesgos Intransferibles. 4.3 Transferencias de riesgos con límites económicos. 4.4 Leyes reglamentarias. 4.5 Las facultades Exorbitantes. 4.6 Tribunales arbitrales y dispute Boards. 5 Conclusiones.

ABSTRACT: la presente exposición intenta describir las políticas jurídicas que deben adoptarse en los países emergentes para obtener financiamiento de los Mercados de Capitales desarrollados en orden al desarrollo de infraestructuras económicas y sociales. Se analizan las dificultades institucionales y financieras. Se proponen recomendaciones destinadas a disminuir el riesgo propio de estos contratos y compensar así los costos del riesgo financiero estructural (riesgo país). Resultan así notas características para los contratos de PPP y concesión, propias de los mercados emergentes.

¹ Presentación realizada en el Ciclo Academia y Sociedad de la ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS ECONOMICAS, el 25 de agosto de 2016.

1- Consideraciones generales

Hoy nos vamos a referir a una relación compleja, la relación que existe entre los “capital markets” de países desarrollados y los países emergentes, en orden a la financiación de infraestructura de éstos últimos.

Esto tiene también relación con la auspiciosa salida de Argentina de una estructura populista de doce años y con el anuncio de alto grado de probabilidad, de que ella sea acompañada por varios países latinoamericanos que ensanchen y amplíen el mercado de infraestructura y de inversiones.

El propósito que perseguimos en esta exposición es:

A- analizar someramente las dificultades típicas de los países emergentes para ser sujetos directos o indirectos de crédito de los mercados de capitales desarrollados. El punto de partida.

B- recordar algunas nociones básicas, en las que las finanzas y el derecho se conectan en territorios comunes.

C- proponer recomendaciones que salven o disminuyan el efecto de las dificultades estructurales para el acceso al financiamiento.

Estamos convencidos de que con los dispositivos jurídicos adecuados, los países emergentes podemos construir un “puente jurídico”, que permita el ingreso del financiamiento abundante y barato desde los mercados desarrollados, el desarrollo de nuestra deficitaria infraestructura y el inicio del camino hacia el desarrollo económico y humano.

Para ello es imprescindible poner énfasis en el análisis y la resolución de nuestras debilidades reales, sin dejarnos distraer por objetivos que no son prioritarios para nosotros.

Es por ello, que en estas recomendaciones se advertirá, que las leyes de PPP para países emergentes, deben ser necesariamente diferentes de las de los países desarrollados y son precisamente a esas diferencias el motivo central de esta charla.

2- EL PUNTO DE PARTIDA:

2.1 Bajo Desarrollo Institucional

Veamos en primer término qué dificultades arrastran los países emergentes en forma muy general y global. Como sabemos, existe un bajo desarrollo institucional, en general los países emergentes tienen un desarrollo institucional relativo, la división de poderes no se cumple acabadamente, existe poco desarrollo humano, como consecuencia del bajo desarrollo económico y educacional.

Latinoamérica, para que tomemos una noción de la dimensión del problema, es una de las pocas regiones de Occidente que no participó de la Revolución Industrial o que participó marginalmente.

Se trata de sociedades en las cuáles el modelo económico sigue siendo extractivo, viven de la minería, del petróleo, de la agricultura, etc.

En ningún caso, la producción decisiva y preponderante de las sociedades en desarrollo de Latinoamérica se basa en la Industria, mucho menos en la tecnología y o servicios. Siempre merodeamos cerca de la explotación de los recursos naturales.

Esto es un indicador del grado de desarrollo económico, pero también del desarrollo político y humano en general. En efecto, las sociedades no pueden dividirse o seccionarse en su desarrollo. No es viable un alto grado de desarrollo político en una sociedad extractiva.

El riesgo de populismo siempre está presente, cuando el desarrollo económico y humano es incipiente.

Argentina por caso, parecía haber salido del populismo al principio de los 90, pero a mediados de los 90 se reintegró al populismo y lo profundizó aún más durante la década de los 2000, de manera tal que es una experiencia que no nos abandona, el populismo económico siempre merodea en las sociedades donde hay poco desarrollo humano, donde existe mucha pobreza.

El instrumento populista es un modo de ganar el poder en las sociedades de bajo desarrollo, un fantasma siempre presente cuando el nivel de la educación es bajo y la sociedad está dispuesta a creer en propuestas fantasiosas por su baja capacidad crítica.

Guillermo O Donnell, caracterizó para siempre a las “democracias delegativas” propias del subdesarrollo latinoamericano; como aquellas en las que el poder se gana en una elección razonablemente democrática, pero una vez que se ganan las elecciones, el ejecutivo toma la totalidad del poder o sea que el poder no está dividido.

En las democracias delegativas, el poder legislativo y el judicial están muy sometidos al poder del ejecutivo y el acto democrático se agota en la elección misma. A partir de ese momento la supremacía del ejecutivo es casi total hasta que se termine el período y haya una nueva elección.

Lógicamente en estas democracias delegativas, hay bajo control judicial de los actos del gobierno, lo cual tiene consecuencias sobre la vigencia del rule of law, que en los países emergentes, tiene poca profundidad.

2.2 Derechos de Propiedad.

También hay una baja conciencia sobre **la relación profunda de la tríada property rights – inversión- desarrollo humano.**

Hay siempre una mirada demagógica destinada a conseguir el poder, alimentando el dolor de los que menos tienen contra los que tienen.

Se mezcla en estas cuestiones sociológicas y demagógicas el tema de los derechos de propiedad y no se tiene claro, **que la fortaleza de los derechos de propiedad es fundamental para la existencia de inversión, y que ésta es la única palanca seria del desarrollo económico, y una de las palancas del desarrollo humano.**

La consecuencia de lo comentado es que en definitiva el riesgo país de cualquier economía emergente sea alto.

2.3 Riesgo país.

El riesgo país es una percepción global y subjetiva de los mercados, que determina en “basic points” cuál es el costo de financiar a cada país. Para obtener el costo total de financiar un contrato, obviamente hay que sumar a los puntos básicos del riesgo país, los propios del contrato de que se trate.

Como dijimos, el riesgo país es una percepción global y subjetiva, que toma en consideración infinidad de elementos, el desarrollo institucional, el económico y el desarrollo humano, la inversión existente, los “fundamentals” de la economía, la historia económica, el comportamiento financiero pasado, la profundidad de la vigencia del rule of law, el respeto a los derechos de propiedad, la independencia y efectivo poder de la Justicia, y muchos otros standards implícitos y explícitos.

Es totalmente subjetivo, lo forma la percepción de millones de agentes del mercado y es por definición inmanejable.

Si los Gobiernos quieren disminuir el “riesgo país” deberán tener una performance satisfactoria, sistemática y continuada en relación a estos parámetros, y en algún momento indeterminable en el tiempo, el mercado reaccionará positivamente.

Los emergentes tenemos como punto de partida un mayor riesgo país, que opera como mayor costo financiero básico para la infraestructura. A ello deben agregarse los riesgos propios de contrato de que se trate, que variarán según sea las reglas a que está sujeto.

Nosotros, como abogados o como gobernantes o como economistas, poco es lo que podemos hacer para mejorar el riesgo país en el corto plazo de un plan de infraestructura o peor aún en el plazo de una licitación.

Puede ser que las acciones de un gobierno, sean eficaces en mediano o largo plazo para influir en el riesgo país, pero en el corto plazo, el plazo en el que se decide una contratación de infraestructura, el riesgo país es un elemento dado e ingobernable.

Por lo tanto, la primera conclusión es que - como es imposible bajar el riesgo país en plazos breves y determinados - si deseamos bajar los costos financieros de la infraestructura de nuestros países emergentes, debemos concentrarnos en los riesgos propios de la contratación, derivados de la legislación general, del contrato mismo, etc.

2.4 Riesgo de Cambio. Arbitraje de Monedas.

Los países en desarrollo necesariamente deben financiarse en moneda extranjera, porque las monedas locales, no tienen tradición ni solidez para financiar grandes infraestructuras en el mercado de capitales.

De modo tal que a los problemas que mencionábamos, que generan un riesgo país, alto se incorpora un nuevo problema que está “en el medio”, entre el riesgo país y el riesgo propio del contrato, un problema que cabalga entre los dos riesgos.

El arbitraje de las monedas evoca el riesgo generado por la inflación, por las devaluaciones, por la suerte que en definitiva corra la moneda local, la moneda en la que se presta el servicio, respecto de la moneda del préstamo, necesariamente extranjera.

De manera tal que hay un arbitraje necesario: si yo construyo un camino y cobro peaje en moneda local, la deuda la tengo que pagar en dólares o en euros. El problema de todo arbitraje es que requiere soluciones de gran efectividad, porque el riesgo de cambio es uno de los riesgos más temidos por los mercados de capitales.

3- TERRITORIOS COMUNES A LA ECONOMÍA Y EL DERECHO.

Veremos a continuación algunas cuestiones económicas y jurídicas básicas, que todos conocemos, pero que conviene recordar inmediatamente antes de diseñar las recomendaciones para construir nuestro “puente jurídico”.

3.1 A Mayor Riesgo, Mayor Costo.

La primera de estas cuestiones es un paradigma muy simple y muy olvidado muchas veces, a la hora de legislar y a la hora de escribir estos contratos:

A mayor riesgo, mayor costo. No hay otra alternativa. Todo riesgo que se transfiere a un agente económico, se convierte inexorablemente en un costo que ese agente aplica.

¿Cuál riesgo? Todos los riesgos. Macroeconómicos, legales, casos fortuitos del hombre o de la naturaleza, hechos del príncipe, de demanda, de oferta, ambientales, tecnológicos, la lista de riesgos es interminable.

De manera tal que hay que ser muy cuidadoso y dejar de lado todo tipo de frivolidad ideológica o demagogia al momento de escribir leyes y de escribir pliegos y bases contractuales; porque lo que nosotros, los países emergentes, tenemos como grave problema a resolver - como hemos dicho - es el alto costo financiero, entonces tenemos que mirar con mucha profundidad el problema del riesgo. Parafraseando a Friedman podemos decir: “There is not such a thing as a free *risk*”.

3.2 Mercado y Contrato.

El otro tema que es territorio común a la economía y el derecho es el recuerdo de los dos “mundos” en que se desenvuelve la actividad de económica, el mundo del mercado y el mundo del contrato.

El mundo del mercado es un mundo libre. Es un mundo en el cual los operadores económicos pueden cambiar los precios, pueden cambiar las cantidades, pueden cambiar las tipologías de sus productos, pueden cambiar su tecnología, pueden cambiar las condiciones de pago, pueden cambiar las condiciones de entrega, pueden producir más, pueden producir menos, pueden no producir, pueden hacer casi lo que les dé la gana, y su único límite es la competencia. Hay un mercado donde hay otros que están haciendo lo mismo que ellos y ese mercado es el único marco que los contiene.

Frente al acontecer de la economía y el derecho, frente a los riesgos, las variables macroeconómicas, los casos fortuitos, los cambios legales, las recesiones, la inflación, el recalentamiento de la economía, los agentes económicos, con toda esa libertad que poseen

irán ajustando los precios, irán ajustando los costos, irán ajustando los plazos de entrega, irán ajustando la tipología y tecnología de los productos, harán lo que les parezca y les dé la gana, para poder subsistir, mejorar, ampliar su mercado, dentro del marco que les da la competencia y el riesgo.

Pero hay otro aspecto de esta libertad que no debemos olvidar, que es la creatividad, la inmensa capacidad de los agentes de inventar soluciones científicas, tecnológicas, comerciales, soluciones novedosas de cualquier índole, que permiten afrontar los riesgos, pero además – mucho más importante- que son un factor decisivo del progreso y el desarrollo humano.

En otros términos, la libertad del mercado es la contrapartida del riesgo para los agentes que operan en el mercado. La libertad del mercado y su derivada, la creatividad, es la que permite a los agentes mitigar o eliminar los riesgos² y a la sociedad desarrollar sus capacidades.

El “Riesgo Empresario” aceptado por los agentes económicos que operan en el mercado es muy alto, tan amplio como el rango de libertad del que disfrutan.

Siempre el “Riesgo Empresario” aceptable por los agentes económicos está en proporción a la libertad de que gozan que, sobra decirlo, jamás es absoluta.

Cuanto más regulemos un mercado, menor será el riesgo aceptable por los agentes económicos y viceversa. El arte del “buen gobierno” consiste precisamente en encontrar el punto de mayor eficiencia, o sea la mayor libertad compatible con las reglas de convivencia.

En cambio, qué pasa con el mundo del contrato, que sucede con la tribu de los agentes económicos, que operan bajo contrato en el mundo económico.

Así como el mercado es el reino de libertad, el contrato es el reino de las reglas.

Acá sencillamente no hay libertad. En el mundo del contrato, los derechos y obligaciones del contrato han sido definidos ex - ante.

Y ahora sobrevienen los riesgos, los mismos que sobrevienen en el mundo del mercado. Los riesgos que son los mismos, la recesión, el recalentamiento de la economía, la inflación, la devaluación, el caso fortuito, la macroeconomía, los cambios de la ley, etc. A diferencia de los agentes del mercado que tienen amplia libertad y pueden cambiar casi todo, aquí ninguna de las dos partes puede cambiar casi nada.

De modo tal que habrá que tener algún sistema, alguna regla intra - contrato para que el contrato pueda subsistir atravesando estos riesgos, estos cambios tan profundos, sin hacerle daño a ninguna de las dos partes.

² Por esto, cuando se restringe la libertad del mercado con absurdas reglas dirigistas, se desnaturaliza el funcionamiento y disminuye la capacidad de los agentes de afrontar los riesgos. Pero más importante, se pierde ese don maravilloso, el ingenio, la creatividad, perdiéndose una de las riquezas más importantes que el mercado le aporta a la sociedad.

El objetivo sin dudas es que aquel equilibrio pactado, aquel “do ut des” que se pactó al inicio del contrato, sobreviva con las modificaciones que sean necesarias, para que el acuerdo, que es el alma del contrato, pueda sobrevivir incólume a través de los riesgos.

La regla de oro en los contratos a plazo, sometidos a los riesgos que se generan en el tiempo, es que el equilibrio económico financiero originalmente pactado, debe mantenerse a pesar del impacto de los riesgos que no sean imputables a las partes, y que para ello deben disponerse mecanismos de compensación que mantengan la igualdad de la ecuación originaria que se pactó.

A diferencia del mundo del mercado, en el mundo del contrato, el “Riesgo Empresario” es una categoría casi inexistente, porque la libertad casi no existe.

Nada más erróneo que la extrapolación del Riesgo Empresario propio del mercado, que es sinónimo de libertad, al casi inexistente Riesgo Empresario propio del contrato, en el que la libertad no existe.

Entonces vemos claro que tenemos dos mundos bien diferenciados que jamás deben confundirse cuando evaluamos los riesgos a transferir.

En el mundo del mercado nada hay que procurarle a los agentes afectados por los riesgos, porque la libertad de que gozan, les permite actuar en consecuencia.

En el mundo del contrato, es imprescindible que existan reglas de compensación, que mantengan viva la ecuación económico financiera original, que las partes pactaron ab initio.

3. 3. Conclusiones de la primera parte

Podemos concluir entonces en que:

A- Los países en desarrollo tienen un desarrollo institucional relativamente bajo que influye en una baja estimación de los property rights y en un alto riesgo país,

B- Que el riesgo país es un valor dado por los mercados, inmodificable en plazos cortos por los gobiernos,

C- Que se debe tener presente siempre la relación riesgo – costo cuando se diseñan las leyes y los contratos,

D- Que en la concepción de las normas legales y/o contractuales referidas a concesiones o PPP siempre se debe tener presente que el Riesgo Empresario es una categoría propia del mercado y no del contrato.

E- Que el único modo de compensar el alto riesgo país, es una estructura legislativa y contractual que contribuya decisivamente a disminuir la percepción de riesgo (costo) de los mercados.

4- RECOMENDACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL “PUENTE JURÍDICO”

El propósito de estas recomendaciones es el cumplimiento del literal E anterior, o sea disminuir la percepción de riesgo de los mercados de capitales respecto de los países emergentes, en orden a la financiación de infraestructura.

Teniendo como premisa que el riesgo país es inmodificable en cortos plazos, nuestra tarea será construir bases legislativas y contractuales que ayuden en la disminución del riesgo, para obtener así la reducción del costo financiero y viabilizar más inversiones privadas en infraestructura.

O sea un puente jurídico que una dos orillas distanciadas, los mercados de capitales y los países emergentes.

4.1 El Cambio de Paradigma: De la Transferencia de Riesgos a la Ecuación Económico Financiera Constante.

La primera recomendación es un cambio muy profundo de paradigma, que implica un desplazamiento de la noción central, del corazón del contrato.

En efecto, en los países desarrollados el paradigma, la noción central de estos contratos de concesión o PPP, es precisamente la transferencia de riesgos, en tanto dicha transferencia tiene costos financieros muy bajos, que se agregan a un bajísimo o nulo riesgo país.

En cambio esos mismos riesgos, transferidos en los países emergentes tienen costos financieros muy altos que deben asociarse a un significativo riesgo país. Esta suma de costos conspira contra la factibilidad de las infraestructuras.

Por ello, el paradigma de la transferencia de riesgos, válido para los países desarrollados; en los países emergentes debe ser sustituido por la vigencia permanente del equilibrio económico financiero original del contrato.

Había un equilibrio económico financiero original que pactaron ambas partes y que ambas partes se pusieron de acuerdo en que era equivalente, era una ecuación. Al principio del contrato yo iba a construir esta autopista, iba a tener como contraprestación este peaje, e iba a necesitar un determinado plazo. Esa era la ecuación. Del lado del Estado, recibir la autopista, del lado del privado, percibir la contraprestación durante el plazo de explotación acordado.

Esa ecuación contractual estará sometida a los riesgos en el tiempo de su duración.

¿Cuáles riesgos? Bueno, todos los que hemos señalado: riesgo de recesión, riesgos macroeconómicos, riesgos legales, puede ser que cambien los impuestos, riesgos de casos fortuitos, Riesgos.

Qué es lo que debe hacerse, qué es lo que debe garantizar la ley de países emergentes frente a todos estos riesgos.

Lo que debe garantizar es que el contrato a través de recomposiciones por el proyecto va a mantener la ecuación económico financiera original. O sea que en definitiva, con aumentos de plazo, o con disminución de inversión, o con aumento con disminución de la contraprestación,

se mantenga en vigencia aquel equilibrio que fue pactado en el origen, el verdadero “pacta sunt servanda” en su profundo sentido.

Ese equilibrio debe estar vivo siempre y aunque haya que modificar nominalmente el valor del plazo o el de la inversión o el de la contraprestación, en definitiva aquel equilibrio original lo vamos a seguir manteniendo. Esta garantía es básica para disminuir los costos financieros.

El mejor ejemplo lo tenemos en Chile, Chile directamente ha promovido una alternativa para contratar concesiones, sobre la base del valor presente neto del flujo de fondos de la concesión o PPP, de modo tal que, mediante recomposiciones de plazo, de contraprestación y/o de inversión, ambas partes se garantizan mutuamente que nadie ganará ni perderá a expensas de la otra parte.

4.2 Riesgos Intransferibles.

Vamos a ver ahora el tema de los riesgos intransferibles o sea de aquellos riesgos cuya transferencia es inaceptable para los bancos y mercados de capitales.

Aquí ya no se trata de una evaluación de costos de transferencia, sino de la simple imposibilidad de transferir.

Nos referimos al riesgo legal, al riesgo macroeconómico y al caso fortuito. Estos riesgos son los “riesgos in extremis”, son altos riesgos.

Estos riesgos en los países emergentes sencillamente casi no se pueden transferir y me animaría a suprimir el casi.

El riesgo legal, implica que el privado absorba en el tiempo el efecto económico de los cambios de la legislación sobrevinientes a su contrato, o sea riesgos imprevistos e imprevisibles. No importa qué tipo de ley, impositiva, ambiental, laboral, social, comercial, ni tampoco de qué jurisdicción procede, nacional o local, para el privado resulta imposible absorber el impacto económico financiero en la ecuación del contrato.

Transferir el riesgo legal, significa que el contrato se someta a una condición simplemente potestativa o sea, todo el contrato está sujeto a lo que a mí como Estado me parece; porque si el privado tiene que asumir el riesgo legal y yo estado puedo cambiar las leyes, puedo cambiar tranquilamente todo el contrato. En su beneficio o en su perjuicio no importa. Naturalmente en las economías desarrolladas el riesgo legal es bajo por la tradición que existe con el cumplimiento de la ley, la vigencia del rule of law, hace que sean muy difíciles los cambios abruptos de 180 grados, los cambios violentos en las legislaciones. ¿Pero que dirían ustedes si yo les cuento que en Argentina por ejemplo en los años 2000 se resolvió que todos los contratos que estaban extendidos en moneda extranjera debían “pesificarse”, o sea convertirse en pesos a un valor determinado por el propio gobierno. ¿Existe el riesgo legal o no? ¿Es el mismo riesgo legal de un país desarrollado? Estos son los riesgos legales de los que yo estoy hablando. Entonces cuando hablamos de transferir riesgos legales en una economía en desarrollo, estamos hablando de transferir altísimos riesgos.

Lo mismo pasa con el riesgo macroeconómico. Argentina probablemente tenga un récord de crisis macroeconómicas en los últimos cuarenta años, pero también los otros países en

desarrollo de la región latinoamericana han tenido problemas macroeconómicos graves, muy graves. Mucho más graves, muchísimos más profundos y más violentos, más instantáneos y menos previsibles que los que han tenido los países desarrollados.

Pero además, las crisis macroeconómicas de los emergentes son mucho más agudas y duraderas que en los desarrollados.

Esto es así, porque cuando hay una crisis macroeconómica en los emergentes, se produce un “flight to quality,” que los deja sin financiamiento, imprescindible tanto para suavizar los picos de la crisis, como para financiar los desequilibrios en el largo plazo.

Esto no sucede en los desarrollados, que siempre cuentan con financiamiento abundante. Entonces, no es lo mismo transferir riesgo macroeconómico en un país desarrollado que en un país emergente.

Los riesgos macroeconómicos, inflación, devaluación, recesión, depresión, son riesgos que exceden absolutamente la capacidad de los contratantes privados.

Y finalmente el caso fortuito, el costo de su transferencia puede ser altísimo, o puede ser que simplemente imposibilite la ejecución de las infraestructuras.

Cuando se trata de casos fortuitos naturales, que se refieren por ejemplo a riesgo geológico, se puede transferir en la medida que se trate de obras adonde esto se pueda medir.

Pero qué dirán ustedes si de repente los terroristas ponen una bomba y destruyen completamente la infraestructura que se venía construyendo hasta ese momento ¿Ese caso fortuito es transferible?

Mi padre decía que en ingeniería todo es posible. Lo único que importa es el costo y acá es exactamente lo mismo. Todas las transferencias de riesgos son posibles, el asunto es saber cuánto cuestan.

El gran tema de las economías en desarrollo, de las economías emergentes, es que necesitan muchísima infraestructura. Su problema no es transferir los riesgos. Nuestro problema, es que nos faltan caminos, nos faltan escuelas, nos faltan hospitales, nos faltan trenes, nos falta toda la infraestructura que necesitaríamos para ser desarrollados.

4.3 Transferencias de Riesgos con Límites Económicos.

Existe un camino intermedio: la transferencia de riesgos con límite económico, expresado en los documentos de licitación que forman parte del contrato.

Esta modalidad implica establecer un orden preciso de magnitud del riesgo transferido, de tal modo que traspasado el límite, el impacto económico es retenido por el Estado.

Usando esta modalidad, la Administración al licitar regula el riesgo/costo que quiere transferir y, como consecuencia, al limitar la cantidad de riesgo transferido, expresado en moneda, es posible transferir ciertos riesgos, que sin este instrumento serían intransferibles.

4.4 Leyes Reglamentarias.

La siguiente recomendación, gira en torno a los límites que deben imponerse al Poder Ejecutivo, que en una “democracia delegativa” tiene bajo control legislativo y judicial y con frecuencia vulnera los derechos de propiedad de quiénes contratan con él.

Esta posibilidad del ejecutivo de violentar los contratos, aumenta en la medida en que las leyes que regulan nuestros contratos de concesión y de PPP, dejan muchos aspectos librados a la reglamentación de la Administración.

Un decreto siempre se puede cambiar con otro decreto y ante este cambio, al contratista privado lo único que le quedará será un reclamo administrativo, judicial o arbitral, según sea el caso.

Por eso la siguiente recomendación, consiste en que las leyes de concesión y PPP deben ser altamente reglamentarias, dejando al Ejecutivo la menor cantidad posible de materias delegadas, siguiendo los ejemplos de Chile, España, Perú, Colombia y muchos más.

Si las leyes son muy específicas y muy reglamentarias hay menos cosas que se pueden cambiar por la simple voluntad del Ejecutivo.

4.5 Las Facultades Exorbitantes

En este empeño que estamos persiguiendo, para hacer posible la financiación privada de infraestructuras públicas en países de bajo desarrollo, aparecen en el análisis las “facultades exorbitantes”.

En el derecho administrativo continental clásico, existen facultades exorbitantes que posee el estado. Las facultades exorbitantes todos las conocemos, son la capacidad de interpretar, de suspender los contratos, de disminuir o aumentar la inversión, el plazo o el contenido económico y finalmente, la facultad de extinguir unilateralmente el contrato por razones de interés público.

En esta charla, no vamos a discutir las facultades exorbitantes con relación al derecho administrativo en general, porque excederíamos absolutamente el marco de esta exposición.

Pero sí analizaremos estas facultades en relación con las concesiones y PPP.

¿Cómo se hacen compatibles estos contratos de largo plazo, inversión privada intensiva, bajísima liquidez y alto riesgo, con facultades que pueden ejercerse sin tutela jurisdiccional, con la mera voluntad del estado y que implican modificar, cambiar, y eventualmente extinguir unilateralmente el contrato?

¿Cómo conviven estas facultades que hacen a la protección irrenunciable del interés público, con la seguridad jurídica que requieren estos contratos hipersensibles?

La experiencia del uso de estas facultades exorbitantes en Argentina, durante la década de 2000, quebrando decenas de contratos, ha sido aleccionadora, en el sentido de que es imprescindible la regulación específica de estas facultades, en orden a estos contratos de concesión y PPP.

Respecto de los contratos que estamos analizando, la realidad es que es imprescindible limitar y/o condicionar estas facultades, de tal modo que, sin que el estado pierda su capacidad de gobierno, los contratistas privados no se vean dañados por su ejercicio.

Para cumplir esta finalidad es imprescindible que:

- El ejercicio de estas facultades en los contratos de concesión y PPP, esté regulado específicamente, por normas de la mayor jerarquía del ordenamiento.
- Se debe indemnizar la totalidad del daño producido por su ejercicio, incluyendo el lucro cesante.
- El cálculo de la indemnización debe ser realizado por un Tribunal Arbitral.
- El pago debe ser previo a los efectos del ejercicio de las facultades.

4.6 Tribunales Arbitrales y Dispute Boards.

La última recomendación se refiere a la resolución de disputas. Es una cuestión importantísima en todos los contratos de larga duración y más aún en estos contratos, que tienen prestaciones y obligaciones recíprocas altamente interdependientes entre sí, y que están sometidos a grandes riesgos imprevisibles en su acaecimiento, entidad y oportunidad.

El aseguramiento de una jurisdicción rápida, especializada e imparcial, es imprescindible para disminuir riesgos que, en caso contrario, se trasladan inevitablemente al costo financiero.

Los poderes judiciales en general, tanto de los países desarrollados, como de los países emergentes, carecen de aptitud para analizar estos contratos tan específicos.

Además, hay que decir que en muchos países, el Estado tiene privilegios procesales. Más allá del absurdo que esto implica en términos generales, la presencia de esos privilegios procesales es inaceptable en estos contratos, en que un privado invierte sumas cuantiosas sometidas a infinidad de riesgos.

Pare nuestros países, que tienen altos riesgos estructurales, es absurdo sumar más riesgo y más costo por no asegurar una jurisdicción apta, especializada e imparcial.

Por ello las recomendaciones son:

- Dispute Boards que actúen durante todo el desarrollo del contrato, desde su inicio, con capacidad de asesorar a las partes tanto en las cuestiones técnicas, como en las jurídicas y económicas, proponiendo soluciones amigables a las disputas desde el inicio de las mismas.
- Tribunales arbitrales de equidad o de derecho, que actúen resolviendo definitivamente los conflictos en que el Dispute Board no encuentre soluciones amigables.

5- CONCLUSIONES

- A. El riesgo país es determinante de un alto costo financiero que llamamos estructural, inmodificable en los plazos de contratación. La disminución es un proceso lento e inaccesible para los operadores de contratos.
- B. Es fundamental entonces disminuir los costos financieros que podemos disminuir, esos son los costos financieros que generan la estructura de la ley de contratación y los contratos de proponemos al mercado de oferta.
- C. La experiencia indica que en estas contrataciones ciertos parámetros legislativos no pueden exportarse. Necesariamente los países emergentes necesitan disminuir el riesgo para ser financiados, a costos que permitan la factibilidad de la mayor cantidad de infraestructuras.
- D. A lo largo de esta exposición, hemos intentado desarrollar un catálogo de conceptos que contribuyen a disminuir el riesgo y el costo, sin mengua de las facultades y deberes de la Administración.

Estamos convencidos de que estas recomendaciones, contribuyen al cumplimiento de nuestro objetivo como naciones en desarrollo, que es el de tener muchas obras, y no el de transferir muchos riesgos.

MUCHAS GRACIAS