

# Asignación de riesgos en contratos de PPP y su reconfiguración como contratos “dinámicos”

DOCUMENTO TÉCNICO

NOVIEMBRE 2019



Autor: Ignacio Aragone Rivoir

# INDICE

- 1. Caracterización General**
- 2. Los Riesgos en los Contratos de PPP**
- 3. Pautas básicas a considerar en los procesos de asignación de riesgos en estructuras contractuales dinámicas**

## 1. CARACTERIZACIÓN GENERAL

Los contratos de PPP tienen una aplicación cada vez más creciente en el desarrollo de proyectos de infraestructuras, extendiéndose prácticamente a cualquier sector o subsector de actividad que implique la realización de obras públicas, gestión de servicios públicos, y/o utilización de bienes del dominio público o fiscal del Estado. En tiempos de restricciones fiscales y progresivo control del uso de los recursos públicos, la utilización del modelo contractual de PPP permite, bajo ciertos escenarios de asignación de riesgos, dejar “fuera de balance” los activos objeto del contrato y, por tanto, no computar la transacción como “deuda pública” (1)

Uno de los aspectos medulares del proceso de diseño de una estructura contractual de PPP, consiste en el previo análisis de los riesgos que impactan sobre el proyecto respectivo, así como de la forma más conveniente para su asignación entre las partes contratantes. A partir de allí, al momento de establecer la regulación contractual, de cada asignación de riesgos que se realice dependerá un enfoque regulatorio específico.

Proponer una estructura inicial de distribución de riesgos con su correspondiente regulación contractual, y pretender que la misma permanezca invariable durante todo el plazo de vigencia del contrato, sería lo mismo que pretender encasillar la realidad en el modelo conceptual ideado.

Este esfuerzo se vuelve aún más inútil respecto a contratos de PPP, dadas algunas de las peculiaridades del entorno bajo el cual se articulan estos proyectos, a saber:

- a. Una adecuada asignación de riesgos debería partir de la base de la existencia de estudios de factibilidad previos, sólidos y consistentes. Pero con frecuencia, se ven casos donde el alcance y profundidad de los estudios previos realizados por el Estado no son los que idealmente hubieran correspondido, por razones de variada índole (falta de recursos

---

<sup>1</sup> Así por ejemplo, para los países miembros de la Unión Europea, la EUROSTAT emitió la Decisión No. 18/2004 que regula la forma de contabilización y de medición del impacto de este tipo de proyectos en el nivel de déficit fiscal. Al respecto, se establecen criterios diferenciales según quién de las partes contratantes (esto es, el sector público o el privado) asuma los siguientes riesgos: a) riesgo de construcción, b) riesgo de demanda, y c) riesgo de disponibilidad. Para los casos en que el agente privado o contratista asuma el riesgo de construcción y, al menos, uno de los otros dos riesgos, entonces el proyecto podrá computarse “fuera de balance”. Por su parte, el FMI a través del Manual de Estadísticas de Finanzas Públicas (2014), presenta criterios para la sistematización de contabilización fiscal de contratos de PPP, que constituyen una guía a la hora de determinar a qué parte contratante debería atribuirse la “propiedad económica” de un activo objeto de contrato de PPP y, consecuentemente, su cómputo o no del activo como “fuera de balance”.

- presupuestales para cubrir los costos de tales estudios, plazos exiguos para estructurar los proyectos, entre otras).
- b. Por otra parte, también ha sido bastante común ver casos en donde a pesar de haberse estudiado un proyecto en profundidad, la realidad ha evidenciado ser diferente a la inicialmente proyectada. Casos por ejemplo, donde para un sistema de transporte masivo de pasajeros se proyecta una determinada demanda para el año 10, que se alcanza en los primeros 2 o 3 años (o por el contrario, que es lo que ocurre con más frecuencia, casos en los que se sobreestima la demanda); o donde al hacerse los estudios geológicos para la perforación de una montaña para la construcción de un túnel, se pudo comprobar que la composición geológica era bien diferente a la estimada a partir de los estudios realizados.
  - c. A su vez, por razones de diseño, esos contratos suelen suscribirse con plazos de vigencia de 15 o más años; y debido a ello, están más expuestos a la ocurrencia de factores de riesgo ya identificados, así como a nuevos riesgos o cambios de entorno no identificados al inicio del contrato. Elementos de riesgo que antes no existían pueden aparecer como amenaza, y de haberse manifestado antes, hubieran requerido una solución contractual específica.
  - d. Como consecuencia de lo anterior, durante su “vida”, estos contratos pasan por diferentes períodos de Gobierno; y donde algunos son proclives a respetar las condiciones acordadas, y otros, en cambio, han tendido a adoptar comportamientos “oportunistas” a su respecto y que, directa o indirectamente, afecten negativamente su desarrollo.

En definitiva, el escenario que enfrentan los proyectos de infraestructuras y servicios es, en esencia, cambiante.

Hasta ahora, la “filosofía” seguida en el diseño regulatorio de contratos de PPP ha sido la de establecer regímenes contractuales de carácter rígido; aunque, con diferentes alcances y matices, se han venido introduciendo elementos de “flexibilidad” para atender determinadas situaciones. Eventos de riesgos derivados o imputables a actos del Estado (sean o no atribuibles a la entidad pública contratante) dan usualmente al contratista derecho a renegociar el contrato de PPP a fin de mantener el equilibrio de la ecuación económico-financiera del mismo. Las situaciones de riesgos originadas en casos de fuerza mayor, también se suelen regular en los contratos de PPP admitiendo derecho a renegociación del contratista bajo determinados escenarios en donde el perjuicio exceda del monto cubierto por los seguros requeridos al contratista. En algunos contratos se han establecido soluciones específicas de protección del contratista ante determinados eventos de riesgo geológico (incluido dentro de los riesgos de construcción, según se verá); o en otros, para tratar situaciones de riesgo de demanda.

Pero la nota constante en todos esos casos es que el tipo de medidas adoptadas son más bien producto de una actitud “reactiva” del Estado como respuesta a los planteos del sector privado –empresas constructoras, operadoras y sobre todo, financiadores- en cuanto a no asumir determinados tipos de riesgos, por las consecuencias que de ello se derivarían (mayores costos de financiamiento, desinterés de financiadores y empresas en participar en la licitación, etc.); y sin la necesaria convicción por tanto, a veces, de que este tipo de medidas “flexibilizadoras” resultan buenas para el proyecto, más que para los participantes privados directamente.

Y precisamente como a veces tales medidas se adoptan desde esa perspectiva, las regulaciones contractuales que se establecen para dichas situaciones, no son las más adecuadas; provocando ello en determinados casos, que cuando se verifican efectivamente las mismas, se generan largos procesos de reclamaciones cruzadas en el marco de instancias de solución de controversias previstas en los respectivos contratos. “De aquellos polvos vienen estos lodos”, decía mi maestro.

Cuando tales problemas se presentan, la reacción del sector político se dirige – casi como movimiento pendular- a proponer la vuelta hacia el contrato de obra pública; en el entendido –equivocado, por cierto- que el problema es del contrato de PPP, cuando en realidad, el problema está la forma en que ha sido diseñado el contrato.

En definitiva, si en los proyectos desarrollados a través de contratos de PPP de largo plazo, el cambio es una constante, entonces resulta necesario diseñar un modelo de contrato de PPP basado en una estructura “dinámica” o adaptable a las variaciones de entorno.

Se trata, en definitiva, de un cambio de paradigma; de establecer desde una nueva “filosofía conceptual”, un modelo contractual de PPP “dinámico”, que más allá de preservar su esencia o naturaleza desde el punto de vista de sus prestaciones esenciales, en su diseño se asuman diferentes niveles de flexibilidad; incluyendo en particular, el régimen de asignación de riesgos entre las partes contratantes, y su tratamiento en un escenario de largo plazo.

A continuación se presentará un relevamiento general de los riesgos básicos en los contratos de PPP, para realizar, posteriormente, ciertas consideraciones de base para el desarrollo de un nuevo modelo de contrato de PPP a partir de las pautas antes mencionadas.

## **2. LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE PPP**

### **2.1 Proceso de asignación de riesgos**

La identificación de los riesgos del proyecto, la medición de su impacto, su asignación a las partes contratantes, y la evaluación y definición de mecanismos

de cobertura o mitigación, constituye el aspecto medular de la estructuración de una PPP pues, dependiendo de la forma en que se resuelvan dichos aspectos, existirán repercusiones en el diseño y ejecución del contrato.

Una adecuada labor en esta área implica realizar las siguientes actividades:

- a. En primer lugar, identificar los riesgos que afectan el proyecto, caracterizarlos según las particularidades de cada caso, y establecer sus potenciales efectos.
- b. En segundo lugar, determinar la intensidad posible de cada uno de los riesgos considerados (bajo, mediano o alto), así como la probabilidad de su ocurrencia (baja, media o alta).
- c. En tercer lugar, analizar los mecanismos de cobertura, mitigación o reasignación que pueden existir para dichos riesgos (por ejemplo, los riesgos de construcción pueden ser transferidos desde el contratista a una empresa constructora subcontratada a través de un contrato tipo “EPC”; determinados riesgos de eventos de la naturaleza pueden ser cubiertos a través de seguros; etc.).
- d. Por último, proceder a la asignación de los mismos a las partes contratantes, pudiendo plantearse casos donde la asignación se realiza exclusivamente a una de las partes (al contratista o a la contratante), o bien, bajo determinados supuestos dentro del mismo riesgo, a una parte o a la otra (asignación compartida).

## **2.2 Sistematización de los diferentes tipos de riesgos en proyectos de PPP**

Existen diferentes criterios para clasificar los distintos tipos de riesgos. Para el caso, he diseñado la siguiente clasificación, basada en estándares internacionales, a través de la cual organizo y presento los diferentes tipos de riesgo a partir de “grupos conceptuales”.

- A. Riesgos de planificación, diseño e implementación: Dentro de ese ítem, se incluyen los siguientes, entre otros posibles:
  - a. Riesgo de inconvenientes con interfaces / interconexiones del proyecto objeto del contrato de PPP con otros proyectos planteados por el Estado que aún no están definidos y que serán ejecutados en el futuro (situación frecuente en ciertos proyectos de transporte, comunicaciones, o en el sector de agua & saneamiento)

- b. Riesgo de aumento del alcance del proyecto respecto a las previsiones iniciales ("*scope creep*") dispuesto por la propia contratante, otras entidades públicas competentes, y/o grupos de interés
  - c. Riesgo de inconvenientes y/o sobrecostos en la tramitación de expropiaciones y/o servidumbres, o en la liberación de áreas o zonas en las cuales se desarrollará el proyecto (por ejemplo, por ocupaciones, etc.)
  - d. Riesgo de inconvenientes en obtención / tramitación de autorizaciones, permisos, aprobaciones y títulos habilitantes en general
  - e. Riesgo de diseño inadecuado del proyecto técnico ejecutivo propuesto por el contratista respecto de las obras a realizar
  - f. Riesgo de existencia de errores u omisiones en los estudios de viabilidad del proyecto realizados por la contratante
  - g. Riesgo de regulación de estándares de diseño y construcción que, posteriormente, presenten incompatibilidades con los estándares de diseño internacionales
- B. Riesgos de Construcción: Bajo este concepto suelen incluirse, entre otros:
- a. Riesgo de emplazamiento; esto es, de la posibilidad de que la ubicación propuesta del proyecto tenga que ser modificada
  - b. Riesgo de interferencia con redes de servicios públicos tales como agua, gas, etc. no identificadas en el inventario/levantamiento inicial realizado por la Autoridad Pública contratante
  - c. Riesgo de que el estado del área del proyecto y bienes en él comprendidos, presenten condiciones reales menos favorables respecto a las declaradas por la Autoridad Pública contratante.
  - d. Riesgo geotécnico, que incluye la posible existencia de condiciones geotécnicas inciertas, o de cambios respecto a las condiciones geotécnicas esperadas.
  - e. Riesgo de errores u omisiones en los estudios hidrológicos y/o hidráulicos que pudieran resultar correcciones costosas en el futuro
  - f. Riesgo de sobrecostos, sobrepazos y/o calidad deficiente en la construcción o ejecución de obras civiles e instalaciones, así como en la provisión de equipamientos necesarios a tales efectos.

- g. Riesgo de ocurrencia de daños a bienes o a terceros, como consecuencia de actividades de construcción a cargo del contratista
  - h. Riesgo de hallazgos arqueológicos o históricos en el área de obras del proyecto
  - i. Riesgo de falta de disponibilidad de acceso a servicios públicos necesarios para las actividades de construcción y/o equipamiento
  - j. Riesgo de puesta en marcha ("*start up*"), como consecuencia de retrasos en la puesta en servicio de las infraestructuras y/o instalaciones comprendidas en el contrato de PPP
- C. Riesgos de Operación: Entre otros, quedan incluidos los siguientes factores de riesgo:
- a. Riesgo de sobrecostos de operación y mantenimiento
  - b. Riesgo de *performance*; esto es, de que las actividades de operación, conservación y mantenimiento no logren alcanzar un nivel de servicio y de calidad para el proyecto acorde con las especificaciones definidas
  - c. Riesgo de falta de mano de obra y personal calificados disponibles para operar el proyecto y/o para desarrollar actividades comprendidas dentro del ámbito del proyecto
  - d. Riesgo de falta de disponibilidad, interrupción o discontinuidad en la prestación de servicios públicos, que tiene lugar cuando el Estado, a través de las instituciones públicas competentes, no pone a disposición –o lo hace en forma deficiente- los servicios públicos básicos que impiden el normal funcionamiento del proyecto.
  - e. Riesgo de sobrecostos en consumos por servicios públicos.
  - f. Riesgo de actualización de la tecnología del proyecto ("*up-keep*") y/o de obsolescencia de la tecnología del Proyecto.
  - g. Riesgo de uso deficiente de las infraestructuras comprendidas en el contrato de PPP por parte del Estado o usuarios a los que está dirigido
- D. Riesgos Ambientales: Bajo este concepto quedan incluidos, entre otros:
- a. Riesgo de demoras en el inicio de actividades de construcción y/u operación por falta de permisos y/o licencias ambientales, o retrasos en su otorgamiento.

- b. Riesgo de daños por efectos ambientales generados durante la construcción o la explotación, no previstos ni mitigados correctamente, a la Autoridad Pública contratante o a terceros.
  - c. Riesgo de sobrecostos para el desarrollo del Proyecto como consecuencia del cumplimiento de normativa ambiental, o disposiciones de la Autoridad Pública contratante o entidad pública competente.
- E. Riesgos de Fuerza Mayor: En términos generales incluye actos, hechos u omisiones, imputables a eventos de la naturaleza, o de terceros, sobrevinientes, de carácter excepcional, imprevisible, inesperados o extraordinarios; tanto en la ocurrencia del evento como en sus resultados; que impiden o dificultan sustancialmente el cumplimiento de todo o parte de las obligaciones previstas en el contrato de PPP a alguna de las partes durante un cierto tiempo (por ejemplo, por plazos superiores a los 30 días), o la tornan antieconómica bajo tal estado de situación, alterando significativamente la ecuación económico-financiera del contrato. Dentro de este concepto quedan incluidos, entre otros:
- a. Situaciones de crisis política o económica nacional o internacional, de carácter general o sectorial (o sea, que afecte las actividades comprendidas en el contrato de PPP) (también denominada “fuerza mayor económica” o “imprevisión”)
  - b. Actos de guerra externa, conmoción interna o civil, invasión, conflicto armado, bloqueo, revolución, motín, insurrección, sabotaje, vandalismo, pillaje o actos de terrorismo en el que se vea involucrado el país en el cual se desarrolla el contrato de PPP
  - c. Paros o huelgas de trabajadores de carácter general, que afecten a los trabajadores de la contratista; y que no se hayan originado en actos imputables a ésta.
  - d. Eventos de la naturaleza tales como terremotos, inundaciones, huracanes, tornados, maremotos, tifones, ciclones, incendios, explosiones, erupciones volcánicas así como cualquier otro desastre de origen natural.
  - e. Actos de terceros que impliquen la destrucción parcial o total de las infraestructuras afectadas al cumplimiento del contrato de PPP.
  - f. Cualquier accidente grave producido en el área del contrato de PPP por causa no imputable a la contratista, que impida el desarrollo normal del proyecto.

- F. Riesgos Políticos: Bajo este concepto quedan incluidos actos o medidas adoptadas en forma imprevista por el Estado que directa o indirectamente generen perjuicios al contratista, tales como:
- a. Imposición de restricciones para la convertibilidad de la moneda (esto es, ingresos obtenidos en moneda local) y/o transferencia de recursos financieros al exterior (pago de dividendos, atención del servicio de deuda, pagos a proveedores y subcontratistas, etc.)
  - b. Introducción de modificaciones al régimen fiscal o tributario, de carácter nacional, territorial o sectorial, que generen sobrecostos significativos imprevistos al contratista
  - c. Introducción de variaciones a leyes, decretos, resoluciones de entidades públicas competentes (incluyendo las emanadas de la propia Administración Pública contratante), u otras medidas dispuestas por organismos públicos ("hecho de príncipe") que incidan directa o indirectamente en el desarrollo del contrato de PPP a través de comportamientos "oportunistas".
  - d. Introducción de modificaciones unilaterales al contrato de PPP por parte de la Administración Pública contratante, ("*jus variandi*" administrativo) <sup>(2)</sup>; incluyendo la expropiación de determinados bienes afectados al cumplimiento del contrato de PPP
  - e. Terminación anticipada del contrato dispuesta por la Administración Pública contratante ("expropiación administrativa" o "rescate")
  - f. Incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones legales/reglamentarias y contractuales a su cargo
  - g. Adopción de medidas por parte de órganos reguladores y/o de control basadas en un marco normativo y/o institucional ambiguo, inadecuado o deficientemente desarrollado.
- G. Riesgos Financieros: Bajo este concepto se incluye, entre otros:
- a. Riesgo de no obtención del financiamiento apropiado (deuda y/o capital) para el desarrollo del Proyecto

---

<sup>2</sup> Se trata de una prerrogativa de que disponen las entidades públicas en general y, en función de la misma, pueden modificar unilateralmente un contrato, bajo los términos y condiciones previstos en la legislación aplicable, siempre que se compensen los daños y perjuicios ocasionados y se restablezca el equilibrio contractual.

- b. Riesgo de demoras en la estructuración del financiamiento y consiguiente cierre financiero
  - c. Riesgo de tasas de interés; esto es, de que las tasas de interés del financiamiento tomado (para casos de financiamiento a tasa variable) fluctúen de modo desfavorable, aumentando los costos financieros.
  - d. Riesgo de tipo de cambio; esto es, que la diferencia por tipo de cambio entre la moneda en la que el contratista ha tomado la financiación (por ejemplo, en US Dólares) y la moneda en que el contratista percibe los ingresos correspondientes (por ejemplo, soles peruanos, o pesos colombianos) fluctúe en forma adversa para éste
  - e. Riesgo inflacionario, esto es, que la tasa de inflación sea significativamente superior a la inicialmente estimada.
  - f. Riesgo fiscal; esto es, como resultado de cambios normativos o de aplicación en relación al régimen fiscal inicialmente vigente al momento de suscribirse el contrato de PPP
- H. Riesgos Comerciales o de Mercado: Entre otros, bajo este concepto se incluye:
- a. Riesgo de demanda, lo cual implica que la demanda por el uso del servicio es inferior o superior a la esperada, con lo que ello implica desde el punto de vista de menores ingresos o mayores costos respectivamente, y todo lo que de ello se deriva según los casos. Ello puede deberse a situaciones específicas posteriores que incidan en la demanda (por ejemplo, en una caída de la misma) o en erróneas estimaciones iniciales
  - b. Riesgo de “*ramp up*”; esto es, que desde la entrada en servicio del proyecto, transcurra un determinado período de tiempo hasta el momento en que empieza a consolidarse la captación de la demanda (por ejemplo, en proyectos de PPP de transporte masivo de pasajeros que compiten con otros modos de transporte).
  - c. Riesgo tarifario; que puede tener lugar ante situaciones tales como aquellas en donde el nivel de la tarifa es resistido por los usuarios, y/o existen dificultades para percibir su cobro, y/o existen dificultades o limitaciones para introducir los ajustes tarifarios en los plazos establecidos y/o, los mismos, no son sustentables para cubrir los costos derivados del desarrollo del Proyecto (OPex y CAPex) más la obtención de una razonable utilidad.

- d. Riesgo de dificultades para obtener los ingresos esperados como consecuencia de errores o fallas en la gestión / actividades a cargo del contratista.

### **3. PAUTAS BASICAS A CONSIDERAR EN LOS PROCESOS DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN ESTRUCTURAS CONTRACTUALES “DINÁMICAS”**

Existen a este respecto varias consideraciones a realizar, determinantes en esta nueva “filosofía” de diseño contractual. La aplicación de estas pautas no implica en modo alguno liberar al contratista de riesgos que debería asumir y, por ende, desnaturalizar en los hechos la aplicación del modelo de contrato de PPP. El objetivo es proponer ciertas reglas que permitan readaptar el contrato ante las variaciones en el escenario real sobre el que dicho contrato actúa.

- A. En primer lugar, debe siempre recordarse que cada proyecto es único. No existen dos proyectos iguales ni siquiera en el mismo país y en el mismo sector; por tanto, la asignación de riesgos debe realizarse considerando las particularidades de cada proyecto en particular.
- B. Como regla general, los riesgos implícitos en un proyecto de infraestructura deben asignarse a las partes que están en mejores condiciones de asumirlos, controlarlos y prevenirlos (3); o bien, a las partes que tengan mejor acceso a instrumentos para su cobertura, o puedan diversificarlos o mitigarlos a un menor costo (4); en otras palabras, que la asignación de riesgos determinada presente la mejor relación “costo-beneficio” para la Administración Pública contratante.

Los eventos de riesgo originados en factores no imputables al contratista, no deberían ser asumidos por éste y sí, en cambio, por el Estado. Esta asignación de riesgos al Estado, que es evidente para los casos en donde es él mismo quien con su accionar desencadena la situaciones de riesgo (por ejemplo, en el caso de los denominados “riesgos políticos”), es igualmente necesaria respecto de otros riesgos que impactan significativamente en la ecuación económico-financiera del contrato de PPP y son difíciles de controlar por cualquiera de ambas partes, como por ejemplo, los casos encuadrados en situaciones de fuerza mayor. Al final, se trata de riesgos

---

<sup>3</sup> Por control del riesgo entiéndase la capacidad de incidir en el resultado de una determinada actividad, con independencia de cuál fuere el resultado final de la misma. Así por ejemplo, en el caso del denominado “riesgo político”, es claramente el Estado quien tiene capacidad de desencadenar o no situaciones que califiquen como tal.

<sup>4</sup> Cabe consignar que la minimización del riesgo no solo refiere a minimizar la posibilidad de ocurrencia, sino también a la reducción de los efectos o consecuencias negativas en caso de que ocurra el evento en cuestión. La posibilidad de tener cierto grado de control sobre los riesgos puede presentarse en ambos aspectos (probabilidad e impacto), en uno solo de ellos, o en ninguno de ellos.

que el Estado los asumiría en cualquier caso; esto es, aún si hubiera suscrito un contrato de obra pública tradicional para ejecutar el mismo proyecto (5).

Si bien la mayor parte de los contratos de PPP más modernos, frente a determinadas situaciones de este tipo de riesgos prevén su asignación al Estado, al no hacerlo desde la convicción respecto a su necesidad en beneficio del proyecto (como se dijo, se suelen estipular de manera reactiva ante los planteos del sector privado casi a modo de “*deal breaker*”), las regulaciones contractuales dispuestas en tales casos, no suelen ser completas y adecuadamente desarrolladas. Partir del cambio filosófico propuesto, implica considerar la ocurrencia de tales situaciones como episodios esperables desde el punto de vista de la lógica de una relación de largo plazo, y por ende, establecer mecanismos y procedimientos que fluyan transparente y eficientemente en su aplicación a la resolución de tales casos.

- C. Consideraciones similares proceden respecto a la asignación de ciertos factores de riesgos específicos ante determinadas circunstancias particulares de cada proyecto; en donde, pretender asignárselos al sector privado, tornaría el proyecto antieconómico (requerimiento de una contraprestación mayor por el contratista, mayor costo financiero dispuesto por los financiadores, requerimiento de tarifas más altas, etc.) o irrealizable (falta de interés de potenciales contratistas y financiadores en participar en proyectos promovidos bajo pautas que no satisfagan los requerimientos mínimamente aceptables para los agentes privados). Dimensionar adecuadamente la percepción del sector privado en tales casos es esencial, a fin de evitar proyectos con sobrecostos innecesarios o, en el peor de los casos, licitaciones desiertas.

En los últimos tiempos hay factores de riesgo que los potenciales contratistas y financiadores ya no están dispuestos a asumir sin ninguna limitación, y como consecuencia de ello, es necesario regular su asignación en los contratos de PPP como situaciones de riesgo compartido.

Así por ejemplo, es usual prever que el riesgo geológico es asumido por el contratista salvo que al momento de ejecutar la obra, se determine la existencia de una composición diferente a la inicialmente prevista, que se traduzca en una variación significativa respecto de los costos inicialmente

---

<sup>5</sup> Por tanto, cuando por ejemplo durante la ejecución de un contrato de PPP se verifica un evento de riesgo geológico no detectado inicialmente que tiene como resultado un sobrecosto en fase de construcción, decir que haber desarrollado el proyecto a través de dicho contrato fue más costoso que hacerlo a través de un contrato de obra pública es un error evidente; puesto que de haberse utilizado esta última figura contractual, el resultado final respecto al costo de la obra hubiera sido el mismo. El problema, por tanto, no está en el contrato de PPP como tal, sino en la ocurrencia de determinados eventos no previstos, y en la forma en que tales situaciones son resueltas en el ámbito de dicho contrato.

- estimados; en cuyo caso, el contratista tendrá derecho a una compensación por el sobre costo a partir de determinado rango. Algo similar suele estipularse modernamente con referencia al riesgo expropiatorio, para preverse que será de responsabilidad del contratista cubrir los costos hasta un cierto valor; superado el cual, el adicional es de responsabilidad del Estado. O con el riesgo de demanda en general y de ramp up en particular, respecto de los cuales pueden establecerse que de no alcanzarse cierto umbral de ingresos mínimos, es de responsabilidad del Estado cubrir la diferencia entre el valor realmente obtenido y el previsto como ingreso mínimo asegurado. Se trata en general de casos donde los riesgos planteados son difíciles de identificar, determinar su impacto real, y de gestionar
- D. El enfoque filosófico propuesto, parte de la base de que al ser, en definitiva, los contratos de PPP, instrumentos de cooperación o asociación entre el sector público y privado, si en los mismos casos la situación real resulta ser significativamente más beneficiosa para el contratista que la inicialmente prevista, entonces el Estado tendrá derecho a una compensación bajo los procedimientos que se definan en los contratos.
- E. Por último, para determinadas casos, es posible y deseable establecer un nuevo concepto de revisión periódica del modelo regulatorio dispuesto contractualmente, de modo tal de ir adaptando el mismo a la evolución del entorno bajo el cual se desarrolla el proyecto; como sería por ejemplo, el régimen tarifario aplicable en determinados sectores de infraestructuras<sup>(6)</sup>

\* \* \* \* \*

---

<sup>6</sup> En el caso de contratos de PPP para obras y servicios de saneamiento, es frecuente encontrarse con situaciones en donde el Estado viene cobrando desde hace años una tasa de saneamiento –por lo general baja- pero sin hacer las obras correspondientes. Cuando se hace en esas situaciones un estudio para determinar la disponibilidad de pago por parte de los usuarios, se concluye en que difícilmente se acepte subir la tasa al inicio del contrato. Por tanto, para recuperar los costos, es común establecer que el contratista perciba dicha tasa, más un complemento por concepto de subsidio del Estado. Ahora bien, cuando después de ejecutadas las obras y apreciadas por la comunidad las ventajas de las mismas, el escenario en cuanto a disponibilidad de pago cambia radicalmente. En ese caso, ya no tendría sentido que el Estado continúe pagándole un subsidio al contratista, cuando el costo en su integralidad más una razonable utilidad podría obtenerse por la vía de la tasa de saneamiento. Este tipo de situaciones, que conceptualmente aplica a cualquier otro rubro (por ejemplo, en tarifas en servicios de transporte de pasajeros), merecería una regulación contractual de revisión periódica del régimen tarifario aplicable, de modo tal de ir ajustando progresivamente el mismo, acorde a la evolución del mercado.



El presente documento contiene información de carácter general y no tiene por objetivo referir a información reservada o confidencial de ninguna institución, entidad o persona en particular