

CONTRATOS PÚBLICOS DE LARGA DURACIÓN Y ASEGURAMIENTO DEL RIESGO POLÍTICO: UNA PRÁCTICA CADA VEZ MÁS EXTENDIDA.

Borja COLÓN DE CARVAJAL FIBLA
Jefe de Planificación. Diputación Provincial de Castellón

INDICE:

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. DECISIONES POLÍTICAS Y CONTRATOS PÚBLICOS**
 1. EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
 2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA
 3. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO
- III. REPARTO DE RIESGOS Y CONTRATOS PÚBLICOS**
- IV. EL ASEGURAMIENTO DEL RIESGO POLÍTICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS**
- V. CONCLUSIÓN**
- VI. BIBLIOGRAFÍA**

I.- INTRODUCCIÓN.

A nadie se le escapa que durante el procedimiento de contratación pública, más allá de contar éste con una de las legislaciones más exigentes y técnicas del ordenamiento jurídico español¹, deben tomarse decisiones de carácter político que van a condicionar, en mayor o menor medida, las estrategias empresariales que los operadores económicos van a seguir para la óptima utilización de sus recursos.

La tendencia actual está demostrando que los contratos públicos de larga duración, fundamentalmente los de gestión de servicios públicos, concesión de obra pública y colaboración público-privada, son aquéllos que con mayores dificultades escapan a esas decisiones discrecionales², que no arbitrarias, de los poderes públicos en

¹ Sirva de ejemplo las palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA para referirse al mismo: "Pocos ámbitos como la contratación pública ejemplifican la legislación motorizada característica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y especialmente de España en los últimos decenios".

² A este respecto, siempre me ha parecido interesantísima la definición doctrinal del concepto jurídico indeterminado de "discrecionalidad" aportada por la exposición de motivos de la insigne Ley de 27 de

cuanto a las características consustanciales de los mismos y, más concretamente, respecto a su plazo.

No obstante, también es cierto que la crisis económico-financiera que actualmente acecha a las economías modernas está provocando que los operadores económicos estudien con más detalle aquéllos contratos que les interesan, máxime si éstos se plantean realizar sus inversiones en el extranjero, temerosos en ocasiones de las mencionadas “decisiones políticas” que hipotecan a algunos equipos de Gobierno cuyo mandato, salvo reelecciones sucesivas, solo alcanza los 4 años. Si a esto le contraponemos la duración máxima de los contratos antes expuestos, 60, 40 y 20 años respectivamente, nos daremos cuenta cómo cada vez más, el aseguramiento del riesgo político se convierte en un elemento fundamental de este tipo de contratos, independientemente de los tradicionales riesgos derivados de cualquier operación a largo plazo, como pueden ser los riesgos de demanda, de construcción o de disponibilidad.

II.- DECISIONES POLÍTICAS Y CONTRATOS PÚBLICOS.

Decíamos, pues, que existe una tipología de contratos públicos que por su naturaleza, la mayor parte de ellos englobados en la categoría de *greenfield*³, deben tener un plazo de duración más largo, habida cuenta de las necesidades financieras de los mismos y de los prolongados plazos de amortización de las inversiones que llevan aparejadas.

Sin embargo, son estos contratos los que más pueden sufrir el influjo de los cambios políticos, precisamente por estar expuestos durante más tiempo a las decisiones estratégicas que los órganos de contratación puedan adoptar al calor de las potestades exorbitantes que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) les otorga, limitadas éstas en cuanto a sus efectos y fundamentos tanto por la jurisprudencia como por el Derecho Positivo pero, en la práctica, un auténtico abuso desproporcionado para cambiar las reglas de juego de los contratos⁴.

diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, según la cual: “La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos: la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún Órgano competencia para apreciar en un supuesto dado, lo que sea de interés público.”

³ Entendido como el desarrollo de proyectos desde cero.

⁴ La Administración Pública goza de una serie de prerrogativas en el ámbito de la contratación pública que en el seno de la contratación privada son prácticamente desconocidas, como privilegio o situación de prevalencia de una de las partes frente a la otra. En este sentido, es la LCSP, como piedra angular de la normativa española en materia de contratos públicos, la que regula esta materia en dos artículos concretos en los que se enumeran las principales prerrogativas de las que gozan las Administraciones Públicas en el ejercicio de su actividad contractual sometida a Derecho

Por otro lado, y claramente en favor del empresario adjudicatario, el equilibrio económico del contrato velará por el mantenimiento de las condiciones económico- financieras que deberán regir durante toda la vida del mismo, siendo el mejor contrapeso a las modificaciones contractuales antes comentadas y representando, en definitiva, la mejor garantía del empresario frente a los riesgos inherentes al propio contrato.

1. EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

La gestión indirecta de servicios públicos por parte de sociedades mercantiles privadas ha sido, desde siempre, una de las fórmulas más utilizadas por las Administraciones Públicas para lograr la tan ansiada racionalización de los recursos públicos. En esencia, la Administración ha pretendido aprovecharse de la experiencia del sector privado para que éste gestione sus servicios, habida cuenta de la ineficacia de ésta para prestarlos de manera adecuada sin incurrir en un déficit público desmesurado.

Dejando a un lado la inmensa literatura en torno al concepto de servicio público y a las diferentes formas de gestión directa que éste puede revestir⁵, vamos a centrarnos, en la línea de lo expuesto anteriormente, en las diferentes modalidades de este contrato, así como en los plazos máximos de duración del mismo⁶.

El contrato de gestión de servicios públicos, según se define por el art. 8 de la LCSP, es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante⁷. Esta definición no deja, sin embargo, entrever su naturaleza multiforme y compleja⁸, a pesar de arrojar bastante luz en torno a las notas más características del mismo. A pesar de todo, no resulta difícil comprender cómo el contrato de gestión de servicios públicos se ha convertido actualmente en un auténtico contrato de base asociativa donde la Administración y el empresario

Administrativo. No obstante, hay que advertir que a lo largo del articulado de la citada Ley se recogen otras potestades que, no teniendo esta denominación específica, confieren así mismo a la Administración una posición jurídica privilegiada dentro de la relación bilateral que representa el contrato. Así pues, es el art. 194 de la LCSP el que contiene las principales prerrogativas de la Administración en la contratación administrativa, indicando su tenor literal que: "Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta."

⁵ Para un análisis más minucioso de esta cuestión se puede acudir a SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2004): "Principios del Derecho Administrativo General", Volumen II, Iustel, págs. 292 y ss.

⁶ Todas ellas modalidades de gestión de los servicios públicos de conformidad con el art. 253 de la LCSP.

⁷ En la redacción dada a este art. por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

⁸ Tal y como lo define la STS de 22 de septiembre de 1986.

colaboran estrechamente en la prestación de los servicios esenciales como, por ejemplo, la sanidad o la educación⁹.

La concesión, como primera modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, es aquella por la que el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura, lo que determina, en último término, la transferencia de los principales riesgos del contrato al adjudicatario del mismo. Esto no impide, al igual que sucede con el contrato de concesión de obra pública, que la Administración deba restablecer el equilibrio económico de la concesión en el momento en que este se rompa, dicho de otro modo, la Administración deberá acudir “en ayuda del concesionario, compartiendo con él los riesgos que de forma imprevista hayan podido surgir con el fin de evitar el colapso total del servicio concedido”¹⁰.

La gestión interesada, por su parte, implica que la Administración y el empresario participen en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato, con lo que el reparto de riesgos inherentes al mismo ya no favorece, al menos en la teoría, a la Administración Pública. Cabe decir, por otro lado, que existen autores que opinan que esta modalidad supone que, en esencia, la Administración contratante gestione el servicio a su riesgo y ventura pero con la colaboración de una empresa a la que la retribuye a través de una participación en los beneficios¹¹.

En tercer lugar, nos encontramos el concierto con una persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. Esta modalidad se utiliza, tradicionalmente, en aquellos servicios públicos que se ofrecen en régimen de concurrencia con el sector privado y en los que la prestación que realiza la Administración Pública puede ser insuficiente.

Finalmente, la cuarta y última modalidad de gestión de servicios públicos es la sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas, en la gestión del citado servicio. Esta fórmula concreta, que adopta diferentes denominaciones en el Derecho comparado, tales como, *Kooperationsmodell*, *Joints Ventures* o *Sociétés d'Economie Mixte*, encuentra su referente comunitario en la Comunicación Interpretativa relativa a la aplicación el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), de 5 de febrero de 2008.

⁹ Para un estudio más detallado de los orígenes de la gestión pública sanitaria a través de fórmulas de colaboración público-privada, acudir a COLÓN DE CARVAJAL FIBLA (2009): “Una nueva oportunidad para la gestión eficiente de la sanidad pública: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Actualidad del Derecho Sanitario*, 2009, núms. 156 y 157.

¹⁰ GALLARDO CASTILLO, María Jesús (1996): “El contrato de gestión de servicios públicos”, *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, *Comares*, pág. 533

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (2004): “Curso de Derecho Administrativo I”, *Civitas*, pág. 735.

Por último, y en relación con la duración de los contratos de gestión de servicios públicos, es preciso acudir a la literalidad del art. 254 de la LCSP, según la cual éstos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

- a) 50 años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años.
- b) 25 años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) 10 años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

El contrato de concesión de obra pública tiene en el ordenamiento jurídico español un origen muy remoto, contemplándose ya por la Real Orden de 10 de octubre de 1845, y posteriormente recogándose por la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, que lo denomina ya concesión en su artículo 53¹². No es, sin embargo, hasta la Ley 13/2003, de 23 de mayo¹³, reguladora del contrato de concesión de obras públicas en que este contrato se configura, de forma independiente, como contrato administrativo típico, incluyéndose como tal, en el ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Actualmente, la regulación de dicho contrato se encuentra contenida en el art. 7 de la LCSP, según el cual la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 de la citada norma, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien

¹² Según el cual: “Los particulares y Compañías podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeran en el art. 7 de esta ley, mediante concesiones que al efecto se les otorguen.”

¹³ Para profundizar en este contrato es posible acudir a GIMENO FELIU, José María (2005): “La normativa reguladora de los contratos de concesión de obra pública (reflexiones críticas tras la reforma de 2003)”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 26, págs. 53-76.

únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio¹⁴.

Cabe decir, por otro lado, que las obras se realizarán conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación y en los plazos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pudiendo ser ejecutadas con ayuda de la Administración. De este modo, la ejecución de la obra que corresponda al concesionario podrá ser contratada en todo o en parte con terceros.

La ayuda de la Administración en la construcción de la obra podrá consistir en la ejecución por su cuenta de parte de la misma o en su financiación parcial. En el primer supuesto la parte de obra que ejecute deberá presentar características propias que permitan su tratamiento diferenciado, y deberá ser objeto a su terminación de la correspondiente recepción formal. Corresponderá al concesionario el control de la ejecución de las obras que contrate con terceros debiendo ajustarse el control al plan que el concesionario elabore y resulte aprobado por el órgano de contratación. Éste podrá en cualquier momento recabar información sobre la marcha de las obras y girar a las mismas las visitas de inspección que estime oportunas.

El concesionario será responsable, asimismo, ante el órgano de contratación de las consecuencias derivadas de la ejecución o resolución de los contratos que celebre con terceros y responsable asimismo único frente a éstos de las mismas consecuencias.

Por otro lado, cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario.

¹⁴ Continúa el art. 7 de la LCSP de la siguiente forma:

“2. El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, podrá comprender, además, el siguiente contenido:

a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.

b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

3. El contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.”

La construcción de la obra pública objeto de concesión podrá asimismo ser financiada con aportaciones de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente, en los términos que se contengan en el correspondiente convenio, y con la financiación que pueda provenir de otros organismos nacionales o internacionales.

Por último y más importante, las concesiones de construcción y explotación de obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrá exceder de 40 años. Sin embargo, las concesiones relativas a obras hidráulicas se regirán, en cuanto a su duración, por el artículo 134.1, letra a) del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, según el cual dichas obras podrán durar hasta 75 años¹⁵.

3. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO.

Si atendemos al objeto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado o CPP que el art. 11 le atribuye¹⁶, nos damos cuenta de la confusión, acumulación y refundición de elementos que tal regulación propicia. Distinguimos, sin embargo, dos cuestiones claramente diferenciables del objeto de este contrato: por un lado, las prestaciones a las que se obligará el operador privado (la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general) y, por el otro, el propio objeto del contrato, a saber: la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado y otras prestaciones

¹⁵ Literalmente el citado art. establece que: "El plazo de la concesión para la construcción y explotación o solamente la explotación de las obras hidráulicas será el previsto en cada pliego de cláusulas administrativas particulares para lo que se tendrá en cuenta la naturaleza de las obras y la inversión a realizar, sin que pueda exceder en ningún caso de 75 años."

¹⁶ Según dicho art.: "Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado."

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

En segundo lugar, es el carácter subsidiario del propio CPP el que deja entrever su naturaleza instrumental¹⁷. No quiero decir con esto que el citado contrato tenga menor importancia que los demás o que sea secundario, pero según la configuración que le atribuye la LCSP parece que no se le esté dotando de la fuerza que debería tener un contrato administrativo típico. En este sentido, el apartado 2 del citado art. 11 lo deja claro: sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

En este sentido, el citado art. 118 establece que con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación.

Por último y en cuanto a la duración del CPP, el art. 290 de la LCSP establece que no podrá exceder de 20 años. No obstante, cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública, se estará a lo dispuesto en el artículo 244 sobre la duración de éstos (40 años con carácter general).

III.- REPARTO DE RIESGOS Y CONTRATOS PÚBLICOS.

Nos interesa, no obstante, no tanto el análisis de los diferentes contratos aquí expuestos, sino más bien los riesgos derivados de los mismos, precisamente por representar éstos una clara y duradera vocación aglutinadora de intereses público-privados.

¹⁷ Lo cierto es que el carácter subsidiario del CPP no era una característica del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, sino que éstas lo modificaron en el trámite parlamentario, considerándose, pues, dicha alteración, *voluntas legislatoris*. En concreto, enmienda núm. 159 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, BOCG de 29 de marzo de 2007, Serie A núm. 95-22, pág. 230.

Son muchas las características de estos contratos que los configuran como únicos y especiales, pero solo una de ellas es la que, en la práctica, refleja su verdadera vocación como fórmulas asociativas. Nos estamos refiriendo al hecho de que todos ellos producen como efecto económico-jurídico global y esencial la transferencia de riesgos de la Administración Pública al empresario privado¹⁸. Así lo dice claramente la LCSP en relación, por ejemplo, con el contrato de concesión de obra pública, en sus artículos 225 y 229: las obras se construirán a riesgo y ventura del concesionario y éste estará obligado a explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación.

Si analizamos, no obstante, los riesgos implícitos en todo contrato donde se fusionen las dos variables esenciales antes apuntadas (larga duración y financiación privada) podremos ver que el reparto de los mismos suele favorecer sobremanera a la Administración adjudicataria, de modo que ésta soportará, en el caso de que se produzcan, solo los denominados riesgos no comerciales, a los que luego nos referiremos.

Por lo que respecta a los demás riesgos de estos contratos, la doctrina suele agruparlos en tres grandes categorías. En primer lugar, el denominado riesgo de construcción, que se deriva de hechos tales como retrasos en la entrega de la infraestructura pública, el incumplimiento de los criterios establecidos en el contrato, asumir costes adicionales que pueden surgir durante la ejecución del contrato, las deficiencias técnicas y efectos externos negativos, etc. En este sentido, se entiende que la Administración asume este riesgo si tiene que realizar pagos periódicos al empresario sin tener en cuenta el estado efectivo de la infraestructura o activo.

En segundo lugar, nos encontramos con el riesgo de disponibilidad, que consiste en no entregar el volumen convenido en el contrato, el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad o de las certificaciones administrativas aplicables a servicios a usuarios finales y especificadas en el contrato, el incumplimiento de los estándares de calidad fijados contractualmente, etc. Este riesgo es asumido por el empresario si la Administración goza de la facultad de reducir significativa y automáticamente los pagos periódicos cuando concurren las circunstancias anteriormente citadas.

Finalmente, nos encontramos con el riesgo de demanda, que vendría referido a la variabilidad de la demanda con independencia del comportamiento del adjudicatario, riesgo éste que ha de surgir de los cambios del ciclo económico, de las nuevas tendencias del mercado, de la competencia o de que el concesionario actúe con maquinaria obsoleta, pero en ningún caso de la deficiente o baja calidad de los

¹⁸ Para profundizar en el reparto de riesgos de las concesiones de obra pública es preciso la COMISIÓN EUROPEA (2004): "Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones".

servicios prestados. En este caso, la Administración asumirá el riesgo si paga lo mismo al adjudicatario por los servicios prestados con independencia las fluctuaciones de demanda.

En relación a los “riesgos comerciales” a los que antes nos referíamos y que deberán ser asumidos por la Administración adjudicataria del contrato, debemos decir que con esta expresión se hace referencia a todos aquellos riesgos imprevisibles cuyo control escapa a las facultades ordinarias de la gestión eficaz de los contratos por parte del empresario privado, ya que éste no puede prever los eventos que originan dichos riesgos. Y he aquí donde las “decisiones” de los poderes adjudicadores en el marco de esos contratos públicos pueden ser más perjudiciales.

De este modo, no es extraño encontrar desde hace algún tiempo empresas especializadas en cubrir lo que se ha venido a llamar el “riesgo político del contrato”, o lo que es lo mismo, el aseguramiento de los riesgos inherentes a cualquier pacto que, en el casos de los contratos adjudicados por Administraciones Públicas, puedan derivarse de las potestades exorbitantes que antes comentábamos, refiriéndonos fundamentalmente al *factum principis*, al *ius variandi* y a la fuerza mayor¹⁹.

Por último, debemos observar cómo la cobertura de este riesgo se hace más necesaria en el momento en que un empresario decide implicarse en contratos licitados por Gobiernos extranjeros, donde el propio desconocimiento del terreno aviva un sentimiento de inseguridad sobre el citado empresario que allana el camino a un posible aseguramiento del riesgo político del contrato.

IV.- EL ASEGURAMIENTO DEL RIESGO POLÍTICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

El Seguro de Riesgo Político es una herramienta diseñada para proteger los intereses de las empresas frente a posibles acciones gubernamentales que puedan dejar en una situación de indefensión los derechos inherentes a sus inversiones. Un error común es considerar que existe una sola póliza de riesgo político. Existen, en realidad, segmentos diferenciados en este mercado: el relacionado con el comercio y el relacionado con las inversiones.

Por un lado, los riesgos relacionados con el comercio se asocian a la venta de bienes o servicios a entidades gubernamentales, y pueden ser cubiertos por pólizas de “*contract frustration*”. Una mala administración de las finanzas de un país puede llevarlo a la cesación de pagos, o a restringir las remesas de una empresa a sus casas matrices en moneda fuerte. Los Gobiernos muchas veces adoptan decisiones contrarias al inversor para reforzar políticas o influenciar en la opinión pública local y,

¹⁹ En relación con dichos riesgos consultar, entre otros, el Informe 25/2006, de 20 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

lamentablemente, esta inestabilidad política muchas veces va acompañada de violencia.

Respecto a los riesgos asociados a inversiones en países extranjeros ya sea mediante subsidiarias, afiliadas o *joint ventures*, los mismos se derivan de las acciones del Gobierno extranjero que pueden llegar a tener un impacto significativo en los resultados de la operación, o de cambios en la situación sociopolítica.

Las situaciones políticas que pueden afectar las inversiones extranjeras son:

1. Cambios de Gobierno a través de elecciones.
2. Un sistema legal influenciado por la política.
3. El surgimiento de movimientos populares que puedan desembocar en violencia.
4. Debilidad institucional del país.
5. El surgimiento de sentimientos nacionalistas en contra de la globalización.

Ante estas situaciones, los Gobiernos actúan de manera impredecible, afectando a la capacidad de las empresas para hacer negocios. A continuación se describen los principales riesgos que pueden ser cubiertos a través de un Seguro de Riesgo Político:

1. Confiscación, expropiación, nacionalización, que suponen una apropiación de parte del Estado sin ningún tipo de compensación.
2. Escasez de euros/dólares u otra moneda fuerte, haciendo que el Gobierno restrinja la conversión, o transferencias de dólares provenientes de ganancias o dividendos, ganancias acumuladas u otros montos que la filial deba girar al exterior.
3. Violencia política, guerra civil, insurrección, rebelión, revolución, sabotaje o terrorismo. Todo esto puede causarle daño material a los activos de la empresa y obligar a abandonar la inversión.
4. Falta de cumplimiento, por parte del Estado, de la decisión de un fallo arbitral a favor del inversor extranjero.

Las pólizas antes descritas están generalmente disponibles tanto en los mercados públicos como privados. El mercado público incluye al *Overseas Private Investment Corporation* (OPIC), el *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) y el *Export – Import Bank of the United States* (EXIM). En el mercado privado se encuentran AIG, Cuvr o Zurich, entre otras aseguradoras.

Con respecto a los textos de póliza podemos decir que no existe un formato único y estándar. Es decir, cada texto varía según la aseguradora. La calidad y claridad de una póliza depende mucho de los términos negociados, por lo que se necesita de experiencia y conocimiento como un requisito para poder negociar en

términos de igualdad con un asegurador tanto en el armado de la póliza como en la presentación de una posible reclamación.

Las exposiciones a riesgos políticos y las soluciones implementadas varían dependiendo del sector industrial y de los países en los que la empresa opera, por lo que se trata de pólizas “hechas a medida”. Las capacidades del mercado asegurador varían de país en país ya que, generalmente, el Seguro de Riesgo Político está disponible hasta por el 100% del valor de la inversión total. El plazo de la póliza puede ser de hasta 15 años. Las primas se fijan por el plazo del seguro y, salvo aclaración en contrario, la póliza es no-cancelable, de manera que las aseguradoras no quiten cobertura si las circunstancias políticas en el país cambian.

La preparación de la reclamación en el Seguro de Riesgo Político es diferente del proceso que se sigue en el caso de cualquier otro seguro, ya que no hay formularios de siniestros. Gestionar una reclamación de este riesgo constituye un proceso interactivo, ya que tiene el objetivo de lograr un conocimiento de lo acontecido basado en los hechos y en las situaciones específicas, así como su impacto en el proyecto del asegurado.

V.- CONCLUSIÓN.

Preparación, adjudicación, efectos y extinción son tradicionalmente las fases en las que se organiza el procedimiento de licitación de los contratos públicos, cuatro pasos prácticamente reglados en su totalidad por la LCSP pero que en ocasiones se ven afectados por decisiones políticas tomadas al amparo de las denominadas potestades exorbitantes de la Administración que la misma Ley les reconoce.

Estas decisiones, más allá de representar la voluntad legítima de unos equipos de gobierno democráticamente elegidos, pueden plantear problemas y desajustes en las inversiones realizadas por los empresarios en los contratos públicos adjudicados por aquéllos, de tal forma que, en la medida de lo posible, lo citados empresarios están buscando soluciones para asegurar todos y cada uno de los riesgos que puedan derivarse de su inversión.

Reconocidos por todos los riesgos derivados de los contratos asociativos de larga duración (riesgo de demanda, de disponibilidad y de construcción), aparecen nuevas inseguridades en el seno de estos contratos públicos, denominados por el Mercado “riesgos políticos”, que también deben ser tenidos en cuenta por los empresarios, más aún si pretenden ser adjudicatarios de contratos en el extranjero, quedando éstos exclusivamente sujetos a los hechos y circunstancias que se puedan derivar de las potestades exorbitantes que la Ley atribuye a las Administraciones Públicas.

VI.- BIBLIOGRAFÍA.

COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B. "Una nueva oportunidad para la gestión eficiente de la sanidad pública: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 156-157, 2009.

GALLARDO CASTILLO, M. J. "El contrato de gestión de servicios públicos", *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Granada: Comares, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid: Civitas, 2004.

GIMENO FELIU, J. M. "La normativa reguladora de los contratos de concesión de obra pública (reflexiones críticas tras la reforma de 2003)", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 26, 2005.

Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, Comisión Europea, 2004.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2004): *Principios del Derecho Administrativo General*, Madrid: Iustel, 2004.