



TRANSPORTE

Por: Oscar Medina Mora

Imagen: La nueva cara de los puertos colombianos. Tomada de: <http://www.puertodebarranquilla.com/>

LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA.

No hay muchos seres humanos o empresas que pasen por la vida sin tener siquiera un poco de mala suerte, algunos acaban teniendo mucha. La historia de la gestión de riesgos es una larga lucha entre nuestro vano deseo de proyectar con seguridad y la dura realidad de lo que cierto es que no existe, eso que llamamos el futuro en singular, pues hay una multiplicidad de futuros imprevisibles, que jamás perderán la capacidad de cogernos por sorpresa...” (Ferguson, 2010).

Un elemento esencial en la contratación es la evaluación y asignación de los riesgos, entendido en palabras del Dr. Gabriel De Vega Pinzón, catedrático de la Universidad del Rosario, como: “La probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del contrato, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos, esto es, son aquellos eventos que afectan la economía del contrato”. Se deriva pues este importante

elemento contractual de la incertidumbre propia del futuro y de cómo se trata de mitigar.

El psicólogo israelí Daniel Kahneman, premio Nobel de Economía, concluyó: “La idea que el futuro es impredecible es debilitada cada día por la facilidad con que explicamos el pasado. Nuestra tendencia a construir, y creernos, las narraciones del pasado, hace que nos resulte difícil aceptar los límites de nuestra capacidad predictiva” (Kahneman, 2012); por ello, es que es tan compleja la planeación de contratos en el largo plazo, que como el Contrato de Concesión Portuaria, regulado por la Ley 1 de 1991, “será de veinte años por regla general” (artículo 8).

Esta complejidad se agrava en razón a lo que expresa en su libro Robin Sharma “Es increíble lo que está pasando hoy en el mundo de los negocios. Todo está cambiando. Todo es pura incertidumbre mezclada con una profunda negatividad. Las reglas del juego han cambiado. La competencia es mucho más fiera que antes, los clientes son menos fieles que nunca. La tecnología ha alterado drásticamente la manera de trabajar. Y la Globalización ha nivelado el campos de juego.” (Sharma, 2010). A este escenario, en países como el nuestro en que la desconfianza y la presunción de mala fe se volvió regla general, se le agregaría: La incomprensión de las entidades de control de estos marcos de ejecución (más adelante se explicará).

Imagen: Sociedad Portuaria pide modificación al contrato de concesión portuaria. Tomada de: <http://www.eluniversal.com.co/>





Imágenes: Avances de las concesiones en infraestructura.
Tomadas de: <http://www.vicepresidencia.gov.co/>

En este ambiente de “incertidumbre exacerbada” y escasos márgenes fiscales, el Gobierno depende más de lo que se ha llamado en forma genérica como las Asociaciones Público Privadas – APPs o Concesiones, por medio de las cuales se cede el derecho de prestar un servicio público a un privado, con el fin de que este invierta sus recursos en él, y con su explotación económica, logre recuperar la inversión con una rentabilidad proporcional al riesgo propio de la actividad a desarrollar.

Es este el marco en el cual se desarrollan las concesiones portuarias desde hace 20 años. Estas formas de asociación público privadas para el desarrollo de la infraestructura portuaria no sólo han sido pioneras sino exitosas en su desarrollo. En un reciente estudio contratado por el Departamento Nacional de Planeación, la reputada firma ECONOMETRÍA, con más de 30 años de experiencia en estudios económicos, concluyó que: “En cuanto a las concesiones de puertos se identificó que las concesiones han ofrecido el desarrollo de unos niveles de eficiencia que el Estado, de acuerdo a conceptos de expertos del sector entrevistados como parte de este estudio, no hubiera podido alcanzar (...) Como consecuencia de esto el país hubiera tenido que realizar importantes inversiones para el desarrollo de puertos, muy probablemente hubiera sido necesario el desarrollo de nuevos puertos (...) Los beneficios económicos de las concesiones portuarias se encuentran entonces en el ahorro de recursos que éstas le han significado al Estado (...) Se calculó también la relación beneficio costo para las concesiones portuarias obteniendo como resultado que este es de 1.7; y el valor presente neto, que se estimó es de \$1,4 Billones a precios de 2012. El primer indicador señala que por cada peso que se invierte en el modelo de concesiones portuarias el país gana 1,7, y el segundo valora los beneficios totales que este modelo ha ofrecido al país.” (DNP - ECONOMETRÍA, 2013).

Una de las claves de este exitoso resultado fue la asignación de los riesgos hechos por el Estado en 1991, la fórmula tan eficaz como simple fue posteriormente analizada por el Documento CONPES 3107 de abril 3 de 2001 sobre “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura”, que junto con el Decreto 423 del año 2001, procuran una herramienta metodológica que permita fortalecer los procesos de vinculación de capital privado en infraestructura, y que en su análisis de experiencias en el caso portuario concluyó que se die-

ron desarrollos “transfiriendo la totalidad de los riesgos al privado”.

Fue así como en las Concesiones Portuarias se definieron los riesgos comerciales en función de la demanda y las tarifas; los constructivos que tienen que ver con cantidades de obra, precios y plazos; los de operación que se fundamentan en la incertidumbre en los costos de operación y eventos que le son intrínsecos a la misma; los financieros relacionados con la consecución de recursos y sus condiciones como plazos y tasas; los cambiarios originados en el cambio de precio de las divisas con respecto al peso; y regulatorios que tienen que ver con lo que se ha denominado el “Hecho del Príncipe” o todas aquellas medidas emanadas del Estado que, por razones de interés público, deben ser acatadas por las partes, y todos estos riesgos fueron cargadas en su totalidad al inversionista privado. Siendo lo anterior, y como se ha reiterado, una de las claves para el desarrollo exitoso de las APPs.

En este orden de ideas, la transferencia de un riesgo a una tercera persona, como sucede en el caso del contrato de seguro, en cuya situación se denomina prima, tiene un precio. Así las cosas, en las concesiones portuarias esa transferencia de riesgos fue pagada por el Estado por medio de unas condiciones en materia de la Contraprestación Portuaria que es definida por la ley como la compensación económica que: “... deben dar quienes se benefician con las concesiones portuarias” (Art. 7, Ley 1 de 1991). Pero como dice el viejo dicho “quien paga cree que paga mucho y quien cobra cree que cobra poco”, y en esto se ha centrado la discusión. Estudios serios e independientes como el de ECONOMETRÍA, antes referenciado, no dudan en expresar que el beneficio de las concesiones es evidente pero que la “prima pagada”, es decir los montos de contraprestación recibidas por el Estado, puede ser materia de revisión y ajuste (Ver Medina Mora, 2014).

Así las cosas,, es importante cuando se valora la ejecución de riesgos en el marco contractual, tener clari-

dad sobre el momento en que se acordó la asignación de riesgos y con base a esto, hacer la valoración de su impacto en la relación contractual, por lo que no se puede, ni debe, como, novedosa y exóticamente, han pretendido algunas entidades de control y funcionarios bien intencionados pero descontextualizados, desconocer tal distribución del riesgo y en consecuencia inferir incumplimientos, desbalances contractuales o detrimentos patrimoniales, que no sólo incrementan la incertidumbre jurídica, sino que generan escenarios de desconfianza entre las partes, lo que trae como consecuencia la ejecución de actividades y servicios que distraen tiempo y recursos, no agregan valor y si costos en la ejecución del contrato v.g. contratación de asesores de múltiples disciplinas para establecer estrategias argumentativas de defensa, primas en los seguros de ejecución más altas, intereses más gravosos, demoras en la toma de decisiones de los funcionarios, etc.

Referencias Bibliográficas

- Departamento Nacional Planeación. “Elaboración de una evaluación de impacto y resultados del modelo de concesiones público-privadas (puertos, aeropuertos y vías férreas) en Colombia, desde la perspectiva fiscal, el bienestar social y la competitividad nacional e internacional”. ECONOMETRÍA, 31 de julio de 2013
- Ferguson, Niall. El Triunfo del Dinero. ISBN 9788483068137. Random House Mondadori S.A.S. Ed. Debate, 2010.
- Kahneman, Daniel. Pensar rápido, pensar despacio. ISBN 9788483068618. Ed Debate, 2012.
- Medina Mora, Oscar. El Sector Portuario: “Una fuente de recursos fiscales o una herramienta de desarrollo”. 2014.
- Sharma, Robin. El Líder que NO Tenía Cargo. ISBN 9789588618258. Ed Grijalbo. 2010

Datos del Autor.

* Administrador Marítimo de la Escuela Naval “Almirante Padilla”, MBA de la Universidad de los Andes y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia., docente catedrático

