



Revista Digital de Derecho Administrativo

ISSN: 2145-2946

Universidad Externado de Colombia

Reís, Tarcila; Alves, Rafael; Dantas, Renata
Imprecisiones en materia de indemnizaciones en los contratos
de concesiones y asociaciones público privadas en Brasil
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 25, 2021, pp. 213-253
Universidad Externado de Colombia

DOI: 10.18601/21452946.n25.07

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503867013007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Imprecisiones en materia de indemnizaciones en los contratos de concesiones y asociaciones público privadas en Brasil

TARCILA REIS¹

RAFAEL ALVES²

RENATA DANTAS³

RESUMEN

El tema de los términos contractuales no eran parte de las discusiones centrales en la estructuración de proyectos de concesiones y asociaciones público-privadas

- 1 Doctora en Derecho Público de SciencesPo-Paris, París, Francia. Profesora en la FGV Direito de São Paulo, São Paulo, Brasil. Subsecretaría de Asociaciones del Gobierno de São Paulo, São Paulo, Brasil. Visiting Scholar en Massachusetts Institute of Technology (MIT), Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos. Correo-e: tarcela.jordao@fgv.br. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6717-4203>.
- 2 Maestro en Finanzas Corporativas de la Escola Brasileira de Economia e Finanças EPGE-FGV, Rio de Janeiro, Brasil. Contador y consultor financiero, São Paulo, Brasil. Correo-e: rmaiaalves@outlook.com. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1956-591X>.
- 3 Maestra en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, Brasil. Directora general y de Asuntos Institucionales de la Agencia Reguladora de Transportes del Estado de São Paulo (ARTESP), São Paulo, Brasil. Correo-e: renata.dantas@gmail.com. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9158-1258>. Fecha de recepción: 18 de agosto de 2020. Fecha de modificación: 20 de septiembre de 2020. Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2020. Para citar el artículo: REIS, TARCILA, ALVES, RAFAEL Y DANTAS RENATA, "Imprecisiones en materia de indemnizaciones en los contratos de concesiones y asociaciones público privadas en Brasil", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, 2021, pp. 213-253. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n25.07>.

brasileñas hasta hace poco. Sin embargo, los desafíos prácticos a los que se enfrentó la Administración pública evidenciaron la necesidad de examinar esta temática. En efecto, las terminaciones anticipadas y la exigencia de dar una respuesta previa a los efectos de cada uno de los hechos de terminación del contrato se hicieron más notorias en un escenario de crisis del crédito. Ahora bien, el desarrollo de las técnicas para la toma de decisiones permite observar que aún persisten imprecisiones y dudas en cuanto a las indemnizaciones que se deben y a su cuantificación en materia de contratos de concesiones y asociaciones público-privadas (APP).

Palabras clave: infraestructura, concesiones, asociaciones público-privadas (APP), estructuración de proyectos, terminaciones contractuales.

Imprecisions in the Matter of Compensations in Concessions and Public-Private Partnerships in Brazil

ABSTRACT

Until recently, the subject of contractual terms was not part of the main discussions on the structuring of concessions and public private partnerships (PPP) in Brazil. However, the practical challenges experienced by the Public Administration on this matter revealed the need for its review. As a matter of fact, early contractual terminations and the duty to provide a previous response to the effects of each event allowing for an early termination became more compelling in a credit crisis scenario. Despite the development of decision-making techniques in Brazilian law, some inaccuracies and doubts can still be found regarding the amount of compensation due and its quantification in concessions agreements and PPP.

Keywords: Infrastructure, Concessions, Public Private Partnerships (PPP), Project Structuring, Contractual Term.

INTRODUCCIÓN

Los términos en los contratos de concesión parecían no protagonizar las discusiones de las estructuraciones de los proyectos de concesiones y asociaciones público-privadas en Brasil hasta los últimos cinco años. Las cláusulas monótonamente repetían los dispositivos legales⁴, dejando eventuales preguntas sobre

4 En Autopistas, en la 1.ª y 2.ª Etapas de concesiones federales, las cláusulas contractuales que tratan sobre las hipótesis de terminación de la concesión tienen redacciones bastante similares a las del Capítulo X - De la terminación de la Concesión, de la Ley Federal

lo que sucedería en cada hipótesis de terminación anticipada del contrato sin respuesta o con la respuesta de una la futura negociación entre las partes.

Poco a poco, la preocupación se fue instalando.

Los primeros contratos de concesión empezaron a extinguirse, demandando un despliegue concreto de argumentos doctrinarios con espacio para eventuales indemnizaciones. El hecho de haber una tesis sobre la posibilidad de indemnización se mostró insuficiente. Se tornó necesario también una estrategia para tomar decisiones y conocimiento técnico para utilizar la metodología de evaluación de los bienes que se considerara racional.

Las terminaciones anticipadas de importantes contratos de concesión fueron objeto de discusión⁵, destacando los respectivos dispositivos contractuales que

n.º 8.987/95, inclusive con repetición casi literal de algunos ordenamientos de la ley, destacándose, aquí, sus artículos 35 y 36 (cláusulas 109 a 114 de los contratos de la 1.ª Etapa y 19.32 a 19.35, en los contratos de la 2.ª Etapa). En las 3.ª y 4.ª Etapas de concesiones de autopistas federales, aunque la cláusula de hipótesis de terminación (cláusula 29) reproduzca el texto legal, en las cláusulas subsecuentes, que tratan de cada una de las hipótesis, hay una primera tentativa de diferenciarlas en relación a la indemnización, excluyendo su cabida en el caso de advenimiento del término contractual (cláusula 30.3.1), pero sin mayores detalles en las demás hipótesis. En los contratos de la 1.ª y 2.ª Etapa de concesión de las autopistas estatales paulistas, la redacción de las cláusulas que tratan de la terminación de la concesión es más simple aún, pues mal reproduce el texto legal y tampoco regula la forma de terminación, mencionando indemnización, sin detalles, en las hipótesis de caducidad y traspaso, únicamente. Detalles mayores surgen con el contrato de la Concesión Patrocinada de la Autopista dos Tamoios (cláusulas 43 a 49), indicando, inclusive, posibilidad de pago directo a financiadores (cláusula 44.3).

- 5 Por ejemplo, la Concesionaria Vía 040 (BR 040 DF/GO/MG) es SPE (sociedad de propósito específico) controlada por la Invepar Rodovias, con contrato de concesión para ampliación, conservación y mantenimiento de autopistas por el plazo de 30 años, firmado en marzo de 2014. Se trata de un contrato derivado de la Subasta de la 3.ª Etapa de Concesiones Federales, por la modalidad de menor tarifa. Sucede que, después de ejecutar un poco más del 10% de las duplicaciones previstas, pasó a buscar la terminación anticipada del contrato y adhesión a la relicitación, en los términos de la Ley Federal n.º 13.448/2017. La Concesionaria declaró sufrir un desequilibrio económico-financiero del contrato especialmente derivado de la crisis económica y la disminución de tránsito. El pedido de adhesión a la relicitación fue aprobado por la ANTT en noviembre de 2019 y aguarda análisis del Ministerio de Infraestructura. Luego, será celebrado el término aditivo para establecer las condiciones de la terminación anticipada e indemnización de inversiones no amortizadas (www.via040.com.br), abriendo así la discusión sobre el tema. De igual forma, la Concesionaria Viracopos Brasil (Aeropuerto Internacional de Viracopos, Campinas/SP) es SPE controlada por el consorcio Viracopos Brasil (51%) e Infraero (49%). El consorcio Viracopos Brasil, a su vez, es constituido por TPI (Triunfo, Participaciones e Inversiones) (48,12%), UTC Participaciones (48,12%) y Egis Airport Operation (3,76%). Vencida la subasta en febrero de 2012, cuyo criterio de adjudicación fue *mayor otorga*, la Concesionaria, en medio de disputas con la ANAC y con dificultades para el pago de la licitación, reclamó recuperación judicial "para solucionar la crisis de liquidez derivada, principalmente, por la ausencia de recomposición de los eventos que causaron los desequilibrios económico-financieros en el contrato de concesión y de la crisis económica que se instaló en el Brasil a partir de 2014". Entre discusiones con el órgano regulador sobre

se refieren al tema, pero sin nivel de detalles suficientes para que la evaluación de los valores fuera clara y objetiva.

Adicionalmente, se aumentó la necesidad de responder *previamente* (antes de la licitación) a las preguntas relativas a las consecuencias de cada tipo de terminación, esto debido a que la estructuración de los proyectos en los últimos años se dio en un contexto de grave restricción al crédito y a una crisis de los oferentes tradicionales de la infraestructura brasileña. Comenzó a surgir una apelación para el incremento de *financiación* de los proyectos, con la intención de extender los perfiles de los potenciales oferentes, fuentes y modalidades de financiación, facilitando el acceso al capital, incluso, el extranjero. Saber qué esperar al final del contrato se convirtió⁶ en una condición clave para la decisión de entrar en él. Notables avances fueron realizados.

Sin embargo, nos parece que, en la práctica, las experiencias en este proceso de elaboración de términos contractuales y cláusulas destinadas a regular sus consecuencias, demuestran que aún quedan dudas sin responder sobre la lógica subyacente a las indemnizaciones. Tales imprecisiones y dudas parecen muchas veces fundamentadas en una noción de flexibilidad o de contingencia indiscriminada sobre las condiciones de los contratos de concesión y asociaciones público-privadas. Bajo este enfoque, la razón de las indemnizaciones solo sería válida, en teoría, *desde que no sea contraria* a las previsiones contractuales

la caducidad, devolución y relicitación de la concesión, la Concesionaria cuestionó los parámetros de indemnización de las inversiones no amortizadas, pretendiendo llevar la discusión al Tribunal Arbitral (www.viracopos.com). Como tercer ejemplo, la Compañía de Concesión de la Autopista Juiz de Fora-Rio-Concer (BR 040 MG/RJ) es SPE controlada por Triunfo Participaciones e Inversiones S/A, Construcap CCPS Ingeniería y Comercio S/A, CMSA Participaciones S/A e CCI Concesiones Ltda. Se trata de un contrato de concesión por el plazo de 25 años, firmado el 31 de octubre de 1995, cuya prorrogación de 2017 fue anulada (12.º Término Aditivo y Resolución n.º 5.353, de 8/06/2017), lo que implicó la instauración de un proceso de depuración de la terminación y discusiones sobre el montante de indemnización debida.

- 6 Se confirmó en el sentido de no ser una sorpresa. Inadvertidamente, abogados del sector privado usan el argumento de que lo que importa para firmar el contrato es saber cómo y en cuáles condiciones la parte podrá salir del contrato. De la misma forma, manuales de buenas prácticas en asociaciones público-privadas y concesiones monótonamente reiteran la importancia de las cláusulas que regulan la terminación de los contratos. Por ejemplo, el *Guidance on PPP Contractual Provisions*, dedica uno de sus capítulos a discutir los principales aspectos y recomendaciones al respecto de terminaciones contractuales, fuera de resaltar su necesaria adaptación para países emergentes: "*Underlying the Lenders' analysis of their likely debt repayment will be an assessment of the strength of the Contracting Authority's covenant to pay (i.e. its ability to pay any termination payment). In cases of weak or uncertain Contracting Authority credit, additional credit support may be sought by the Private Partner and its Lenders. This may be the case, for example, in less stable regimes or emerging markets or where the Contracting Authority is not part of central government. Support may be available via multilateral or export credit agencies or central government*". WORLD Bank, PPIAF & GLOBAL INFRASTRUCTURE FACILITY, *Guidance on PPP Contractual Provisions*, Washington: International Bank for Reconstruction and Development - The World Bank, 2017, p. 72.

sobre el tema. Y estas últimas serían válidas, *desde que no sean contrarias* a las contingencias de su utilización.

Por ejemplo, hay una posición favorable frente a la flexibilización de las reglas contractuales, así como a la posibilidad de indemnización, teniendo en cuenta excepciones, en la medida en que los contratos las prevean. Según esta posición, la regla general es la ausencia de indemnización sobre los bienes reversibles, *excepto en casos de expresa previsión contractual*⁷. Igualmente, sobre la contingencia del contrato, se alega la relatividad de las presunciones sobre la cabida de la indemnización: "Cuando la extinción se hace por advenimiento del término, hay presunción de que todos los bienes fueron amortizados a lo largo de la concesión. Si hubiese terminación anticipada, la presunción es de la ausencia de amortización. Ambas presunciones son relativas".

En cuanto a la postura jurisprudencial, aunque algunos tribunales confirieron la indemnización al final del plazo contractual, estas decisiones aún no son suficientes para aclarar de manera definitiva el tema. Por ejemplo, en el recurso interlocutorio del Recurso Especial 1139802 se discute sobre el momento de pago de la indemnización (si es previo o posterior al final del contrato), pero no se cuestiona la posibilidad misma de pagarle⁸. La posición del Tribunal Superior de Justicia fue la misma en la sentencia del Recurso Especial 1059137^[9].

El problema es que la persistencia de este escenario de imprecisiones y dudas puede generar, por lo menos, dos tipos de problemas para el tratamiento de las indemnizaciones de concesiones y asociaciones público-privadas. El primero es que se consolide la impresión de que la idea subyacente del derecho a la indemnización es flexible, es decir, que depende de lo que diga el contrato. Esto debilitaría cualquier visión crítica sobre estas cláusulas. El contrato generaría una expectativa sin sentido, simplemente porque fue contractualmente prevista. El segundo problema es la deslegitimación del espacio necesario de adaptación de las indemnizaciones por crear un ambiente de desconfianza, generada por la flexibilidad imprecisa en el manejo de los conceptos fundamentales relativos a la indemnización. Frente a la flexibilidad infundada de los pilares de la indemnización, se comprometería la credibilidad de las ineludibles demandas por construcciones compensatorias fruto de las adaptaciones al proyecto. Esto sería un retroceso.

Por otra parte, la discusión sobre las imprecisiones y dudas relativas a las indemnizaciones no puede dejar de lado los obstáculos derivados de la interpretación poco constructiva, pero frecuente, sobre dos premisas de los contratos de

7 BENEDICTO DE TOLOSA FILHO, *Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos comentada e anotada*, Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 114.

8 Superior Tribunal de Justiça, AgRg en el REsp 1139802/SC, Primeira Turma, juzgado el 12/04/2011, DJe 25/04/2011.

9 Superior Tribunal de Justiça, REsp 1059137/SC, Primeira Turma, juzgado el 14/10/2008, DJe 29/10/2008.

concesión y APP: a) la incapacidad de prever todo en el contrato, y b) la inevitabilidad de las negociaciones en torno a algún problema referente al contrato. El hecho es que no discrepamos de las premisas: el desconocimiento sobre el futuro es un dato de vida y el diálogo precedente a las decisiones es un dato esperado de las relaciones Estado-contratista en las sociedades democráticas. En lo que no estamos de acuerdo es en las implicaciones que serían derivadas *naturalmente* de estas premisas. Estas son: a) la premisa de que los contratos a largo plazo son incompletos o que se continúa sin predecir casi nada o se pierde la tenacidad de lo previsto; y b) la premisa de que los contratos no son automáticamente aplicables, asignándole autoridad a una negociación indisciplinada. En efecto, nos parece que las implicaciones dependen de tratamientos, más o menos atentos, a las probables imprevisibilidades y negociaciones que presuponen la ejecución de contratos complejos y de largo plazo.

En este artículo, primero se discutirán argumentos que flexibilizan y sustentan la falta de indemnización *como resultado* de la llegada del término contractual. Es decir, se cuestionará si hay derecho a la indemnización de los bienes no amortizados o depreciados, cuando un contrato de concesión se termina normalmente, en función del término de su plazo. Escogimos la discusión sobre este tipo de indemnización como *regla general* porque nos permite justamente compendiar el pensamiento fundamental al derecho a la indemnización y evaluar las imprecisiones y dudas que permanecen (1). Posteriormente, deliberaremos sobre el pensamiento utilizado en ejemplos de *adaptación de reglas* relativas al cálculo de indemnización en las hipótesis de terminación anticipada del contrato (2). Dentro de este espacio de acceso a diferentes unidades de referencia y esquemas de indemnización, señalaremos cómo nos parece que los ejemplos funcionan y presentaremos las razones por las cuales entendemos que algunas unidades de referencia no fueron contempladas en los contratos.

Nuestra conclusión es que la ley de las concesiones nos ofrece un arsenal limitado y esta limitación se traduce en la necesidad de incorporar conceptos no jurídicos al debate. Multidisciplinariedad es la premisa en este campo de acción. Tampoco es una limitación la "falta" de previsiones legales más detalladas sobre los diversos tipos de indemnización. Después de todo, el beneficio de esta "falta" es justamente permitir soluciones de cálculo adaptadas a los contratos (sector, riesgos, ente federativo, etc.). El arsenal es limitado en la medida en que, literalmente, lo que sería la *regla general* jurídica está lejos de reflejar la contundencia de la preocupación económica-financiera que las indemnizaciones plantean para los inversionistas y financiadores. Tenemos una actitud *indiferente*. Podríamos haber dicho más y mejor, con poco¹⁰.

10 Siguen los principales cambios realizados por el Proyecto de Ley 7.063 de 2017 en trámite que: a) inaugura la necesidad de pago previo de indemnización en la hipótesis de rescisión; b) confiere un juicio de conveniencia y oportunidad al gestor para fines de instauración del proceso de terminación, además de listar sus condiciones; c) confiere al contrato la

Tal vez esa sea una de las razones para nuestro atraso de dos décadas en el tema.

1. NO CABE UNA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE LA LLEGADA DEL TÉRMINO CONTRACTUAL: ARGUMENTOS PARA LA REGLA GENERAL

1.1. LA CONCESIÓN ES UN CONTRATO CUYAS INVERSIONES SERÁN AMORTIZADAS Y REMUNERADAS EN UN PLAZO DETERMINADO: PROPUESTAS DE OFERENTES QUE REFLEJAN LA EVALUACIÓN DEL VALOR DEL DINERO EN EL TIEMPO

Una concesión presupone un contrato¹¹ porque es necesario un vínculo estable y seguro para que el inversionista asuma proyectos cuantiosos. Los contratos de concesión se revelan como el modelo adecuado para garantizar esta seguridad, porque alejan la precariedad relacional de otros instrumentos público-privados, tales como los permisos y las autorizaciones. Como es más difícil terminar un contrato que los otros instrumentos, la parte privada se siente más cómoda en confiar en el compromiso que establece con el poder público y, a partir de eso, prodigar sus recursos.

No obstante, tener un contrato no es suficiente. Aparte de requerir un vínculo jurídico que proporcione la seguridad necesaria para proyectos cuantiosos, es un hecho que la concesión debe ser un contrato de plazo *determinado*. El artículo 2.º de la Ley Federal 8.987/1995 prevé expresamente que tanto las concesiones de servicio público como las de servicio público precedidas de obra tendrán plazo determinado. Sin embargo, las concesiones de servicios públicos precedidas de obra deben ser ejecutadas "de forma que la inversión de la concesionaria sea remunerada y amortizada mediante la exploración de servicio o de la obra por plazo determinado"¹².

forma de prever indemnización en la hipótesis de terminación; y d) posibilita el uso de las reglas de terminación para el caso de falencia. Se trata de un bloque de insumos para otro artículo, pero llamamos la atención para el enfoque dado a la caducidad. Mientras tanto, la falta de limitación del alcance del daño a ser deducido del montante debido a la hipótesis de terminación subsiste, lo que puede terminar por consolidar el riesgo de volatilización de este montante. Corresponderá a los reguladores continuar delimitando este alcance. TARCILA REIS, "Acordo Tripartite: enfrentando os desafios da financiabilidade de projetos de Concessão e Parcerias Público-Privadas no Brasil", en Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, André Tito da Motta Oliveira, Rafael Hamze Issa y Rafael Wallbach Schwind (coords.), *Direito, Instituições e Políticas Públicas: o Papel do Jusidealista na formação do Estado*, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017, pp. 403-428.

11 Conforme el artículo 4 de la Ley Federal n.º 8.987/1995: "La concesión de servicio público, precedida o no de la ejecución de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deberá observar los términos de esta Ley, de las normas pertinentes y de la convocatoria de la licitación".

12 Artículo 2.º de la Ley Federal 8.987/1995.

Y todo esto tiene su razón de ser. El plazo del contrato de concesión es determinado porque el tiempo es una variable indispensable para que el inversionista privado evalúe *cuándo* sus inversiones deben estar amortizadas y *cuánto* de un probable retorno obtendrá en cierto periodo. Esta evaluación ayuda en la decisión sobre *si es viable* elaborar la propuesta comercial para cierta licitación y *en qué términos* (más o menos agresiva). En otras palabras, si el plazo fuera indeterminado, sería imposible saber cómo amortizarán las inversiones y cómo posibilitará los resultados esperados¹³. Al fin de cuentas, solo se puede estimar el valor del dinero en el tiempo, cuando se sabe de cuánto tiempo estamos hablando.

En la medida en que la estimación de un plazo determinado para la amortización y remuneración de las inversiones es una condición especial, sería contradictorio afirmar que al final del plazo del contrato cabría una *indemnización para bienes no amortizados*. La elaboración de la propuesta comercial en la licitación se fundamenta, entre otras variables, en el plazo. Hasta el momento, todos los oferentes consideran el mismo plazo para decir cuánto pagarían por aquel contrato, ante todos los términos en él dispuestos, por ejemplo, sobre la base de la matriz de riesgos, obligaciones, etc. La premisa para ser oferente es presentar una propuesta comercial que tenga sentido frente al plazo estipulado, una propuesta que *quepa* en aquel plazo, esto es, una propuesta cuyo retorno sea suficientemente atractivo, *considerando* el plazo.

En otras palabras, la propuesta es un compromiso de que el oferente, en caso de ser el ganador, no necesitará de más plazos para amortizar y remunerar las inversiones, además de cumplir todas las obligaciones estipuladas en el contrato. En un ejemplo de subasta por mayor oferta, el oferente propone un valor de oferta, *asumiendo* que tendrá que amortizar y remunerar las inversiones previstas en el plazo previamente establecido en el contrato. Esto quiere decir que si no hay cambios a lo largo de la ejecución contractual (desequilibrios, discutidos más adelante), la propuesta del oferente ganador refleja el escenario más ventajoso para la Administración pública (de mayor oferta, en el ejemplo) por la delegación al privado del *derecho*¹⁴ de explorar las inversiones durante aquel cierto periodo.

13 En otras palabras, en la medida en que una concesión supone la realización de inversiones, aquel que aportará los recursos necesarios deberá ser capaz de estimar su retorno para que pueda tomar la decisión de invertir, teniendo en cuenta las demás opciones de inversión disponibles en el mercado al momento de dicha decisión. Esto vale también para contratos intensivos en servicios de operación, dado que el análisis de atractividad de un contrato también deberá tener en consideración el plazo que el inversionista tendrá para obtener el margen estimado.

14 Es obvio que este derecho implica una serie de deberes concomitantemente. El contrato de concesión preverá los derechos y obligaciones de las partes involucradas.

Admitir que, al final del plazo del contrato, el contratista pueda ser indemnizado porque *sus inversiones no fueron*¹⁵ amortizadas y remuneradas, significaría admitir que el compromiso inicial se habría perdido. La indemnización por no amortizar y remunerar las inversiones significaría indemnizar el incumplimiento de su propuesta. Consecuentemente, esto afectaría la ecuanimidad del certamen, ya que se pierde la opción de comparar las propuestas de los oferentes, pues cada uno podría considerar de forma diferente las condiciones a espaldas del derecho a la indemnización, impidiendo la distinción entre la propuesta agresiva y la propuesta que ya considera posteriormente el pleito de indemnización.

En la elaboración de las propuestas, los oferentes contrarrestan con otra variable de incerteza por medio de la siguiente pregunta: ¿cuál es la posibilidad de alcanzar el éxito en el pleito de indemnización al final del contrato? Entre más alta sea esta percepción sobre el pleito, más agresiva será la propuesta. Como no se podrá estar seguro sobre esta premisa, los diversos pronósticos sobre la indemnización al final serán un obstáculo para la ecuanimidad de las propuestas.

En ese sentido, las mejores prácticas en los contratos de concesión han apuntado a la necesidad de observar el plazo contractual. Por ejemplo, la Guía de Prácticas del Centro Europeo de Asociaciones Público-Privadas (EPEC) destaca que, por regla, las APP deben ser estructuradas de forma que no sea necesaria la realización de pagos por el poder concedente al término contractual¹⁶. Igualmente, la guía de prácticas de la empresa de proyectos EBP Brasil (Estruturadora Brasileira de Projetos, en su sigla en portugués) propone como modelo cláusulas que suprimen la cabida de la indemnización¹⁷.

Así mismo, a partir de 2009^[18] hasta la actualidad, la gran mayoría de los contratos de concesión de los que tenemos conocimiento, han incorporado cláusulas en este sentido. A continuación, se presentan algunos ejemplos:

15 Veremos más adelante que la indemnización derivada del desequilibrio contractual es diferente de la indemnización derivada del advenimiento del término contractual.

16 EIB, *The EPEC PPP Guide*, 2015. Disponible en línea: <http://www.eib.org/epec/g2g/iv-project-implementation/41/416/index.htm>.

17 Estruturadora Brasileira de Projetos. Disponible en línea: www.ebpbrasil.wikispaces.com.

18 MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO, "Concessões de Infraestrutura e a Proibição de Indenizar Concessionário por Investimentos não amortizados: cortar o mal pela raiz ou tapar o sol com a peneira?", en *20 anos da lei de concessões, 10 anos da lei de PPPs. Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social*, Porto Alegre: Revolução Ebook, 2015, pp. 367-382.

| Contrato | Cláusula |
|--|---|
| Contratos de concesión de los Aeropuertos de Guarulhos, Viracopos, Galeão y Confins* | "13.12.1. Al término de la concesión ocurrirá la revisión para la Unión de los bienes vinculados a ella, y esta se dará sin derecho a cualquier indemnización para el contratista". |
| Contratos de concesión de autopistas de la 3.ª Etapa, Fase III de la ANTT (abarca la concesión de las autopistas BR-050/GO/MG, BR-163/MT, BR-163/MS y BR-060/153/262/DF/GO/MG)** | "La concesionaria no demandará judicialmente ante ninguna indemnización relativa a inversiones vinculadas a los Bienes de Concesión derivadas del término de plazo de concesión, teniendo en cuenta lo que dispone la subcláusula 4.3.3". "4.3.3. Todos los Bienes de Concesión o inversiones realizadas en ellos, deberán ser integralmente depreciados y amortizados por la Concesionaria en el Plazo de Concesión de acuerdo con los términos de la legislación vigente, sin cabida de cualquier pleito de recomposición del equilibrio económico-financiero en el advenimiento del término contractual". |
| Contrato de Concesión de la Prestación de Servicios de Transporte Colectivo Público de Pasajeros - Alcaldía de São Paulo*** | "18.1 Restituyen al poder Concedente, gratuita y automáticamente, en la extinción de la concesión, todos los bienes que se encuadren en los términos previstos en este contrato". |
| Contrato APP Proyecto Hospital Suburbio-Bahía**** | "4.4.1 Todos los Bienes de la Concesión o inversiones en él realizados, deberán ser integralmente depreciados y amortizados por la Concesionaria, en el Plazo de la Concesión, de acuerdo con los términos de la legislación vigente". "26.2 En la hipótesis de advenimiento del término contractual, la Concesionaria no demandará judicialmente ninguna indemnización relativa a inversiones vinculadas a los Bienes de Concesión derivadas del Plazo de la Concesión, teniendo en cuenta lo que dispone la cláusula 4.4.1 arriba citada". |
| Concesión administrativa para la construcción y operación del Sistema de Disposición Oceánica de Jaguaribe-Bahía***** | "27.1.1 La reversión será gratuita y automática, con los bienes en condiciones normales de operación, utilización y mantenimiento, libres de cualquier costo o encargo". |
| Contratos de concesión de autopistas de la 4.ª Etapa del Programa de Concesiones del Estado de São Paulo (abarca la concesión de los lotes de autopistas "Centro-Oeste Paulista", "dos Calçados", "Rodoanel Norte" y "Piracicaba-Panorama-PiPa") | "12.6. Todas las inversiones previstas originalmente en este CONTRATO DE CONCESIÓN, inclusive el mantenimiento y sustitución de BIENES REVERSIBLES, deberán ser depreciados y amortizados por la CONCESIONARIA en el PLAZO DE LA CONCESIÓN, sin cabida de cualquier pleito o reivindicación de indemnización por eventuales saldos no amortizados al final del PLAZO DE LA CONCESIÓN, sobre esos bienes". "15.7. Los desembolsos e inversiones de la CONCESIONARIA, que hayan sido realizadas con el objetivo de garantizar la actualización de la CONCESIÓN, incluyendo el desarrollo de INDICADORES DE DESEMPEÑO entre otras exigencias establecidas en el CONTRATO y en los ANEXOS, deberán estar amortizados dentro del PLAZO DE LA CONCESIÓN, sin derecho de la CONCESIONARIA a instaurar juicios sobre cualquier derecho de indemnización o ajuste económico-financiero". "41.5. En la última REVISIÓN ORDINARIA que anteceda el término del PLAZO DE LA CONCESIÓN, las PARTES deberán prever eventuales inversiones necesarias a la desmovilización, siendo correcto que tales inversiones deberán ser amortizadas hasta el advenimiento del PLAZO DE LA CONCESIÓN, conforme la Cláusula Cuadragésima Novena". |

* MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO, "Concessões de Infraestrutura e a Proibição de Indenizar...?", óp. cit., pp. 367-382.

** Ibid.

*** ALCAIDIA DE SÃO PAULO, Contrato de Concesión de la Prestación de Servicios de Transporte Colectivo Público de Pasajeros. Disponible en línea: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/concessao_rea_05_via_sul_transportes_urbanos_ltda_1372958857.pdf.

**** GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA, Contrato PPP Proyecto Hospital Suburbio. Disponible en línea: http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Contrato_N30_2010_parte1.pdf.

***** GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA, Concesión administrativa para la construcción y operación del Sistema de Disposición Oceánica de Jaguaribe. Disponible en línea: http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/CONTRATO_424-2006_SDO_JAGUARIBE.pdf.

1.2. LA INDEMNIZACIÓN COMO RESULTADO DE PROHIBIR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO NO PROCEDE PORQUE SIGNIFICARÍA GARANTIZAR UNA DEVOLUCIÓN AL CONTRATISTA

Sin embargo, se argumenta que la indemnización al término de los contratos de concesión sería, en realidad, un *deber* del poder concedente, obediente a la prohibición legal del enriquecimiento ilícito¹⁹. Esta prohibición significa que nadie puede enriquecerse financieramente a costas de terceros, a pesar de cualquier contrapartida contractualmente prevista. En caso de que esto ocurra, la ley determina que el beneficio indebidamente recibido, debe ser devuelto.

Como consecuencia de la aplicación analógica de la prohibición al enriquecimiento ilícito de los contratos de concesión, al no indemnizar al contratista por los valores invertidos y no amortizados y remunerados, el poder concedente estaría beneficiándose ilegalmente de estos dineros, sin ningún tipo de contraprestación. Solo si se produjera la debida amortización de los valores invertidos y el pago debido por los bienes reversibles, se estaría ante un contrato válido, donde el Poder Público pagó al contratista por los servicios prestados. La prohibición al enriquecimiento sin causa, en este caso, sería la verdadera regla supra contractual, realmente latente en cualquier contrato²⁰.

El problema es que la garantía de indemnización en esta hipótesis implicaría la garantía de retorno al contratista. Como el contrato de concesión involucra compartir riesgos, la única garantía razonable al comisionista es la de poder explorar los servicios por el plazo previamente determinado, al final del cual se podría alcanzar el retorno deseado, desde que sean mantenidas las condiciones del contrato (incluyendo la matriz de riesgo). El incumplimiento de esta premisa (terminación anticipada) es lo que impide que el contratista busque la remuneración estimada en el momento de la licitación, que consideró la vigencia del contrato para la amortización y remuneración de sus inversiones. Cuando el contrato prevé que las inversiones deberán estar amortizadas y remuneradas hasta su término, sucede una serie de implicaciones en el plan de negocios de los oferentes, impactando directamente en la propuesta comercial que se ofertará. Si el contrato ha llegado a su término manteniendo las

19 El artículo 884 del Código Civil prevé: "Aquel que, sin justa causa, se enriquece a costa de otros, será obligado a restituir lo indebidamente obtenido, realizada la actualización de los valores monetarios, garantizando la igualdad entre las partes dentro de las reglas previamente establecidas al momento de la realización del instrumento contractual".

20 En este sentido, EROS GRAU, "Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 261, 2012, pp. 33-46. De igual forma, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 24.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 361. Respalda la incidencia del confisco en caso de que no sean indemnizados los bienes reversibles, GUSTAVO BINENBOJM, "Alterações de prazo nas concessões e permissões de serviço público", *Justiça & Cidadania*, n.º 102, 2009, pp. 26-30.

condiciones previstas en él, el pleito por falta de amortización o remuneración no puede tener repercusión.

Dado que el rendimiento del contratista no está garantizado, siempre es posible que las inversiones no sean remuneradas al final de la concesión (o por lo menos, la expectativa de remuneración que fue proyectada en el momento de la elaboración de la propuesta frustre al contratista y los resultados alcanzados por él). Es decir, una remuneración inferior a la realizada en la propuesta ganadora no implica una indemnización al final del contrato. En este caso, no hay enriquecimiento ilícito del Estado, hay, simplemente, materialización del riesgo de desempeño, atribuido al contratista y de acuerdo con la lógica de las concesiones.

1.3. LA INDEMNIZACIÓN COMO RESULTADO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DEL CONTRATO ES DIFERENTE DE LA INDEMNIZACIÓN COMO RESULTADO DEL ADVENIMIENTO DEL TÉRMINO CONTRACTUAL

Otro argumento, tal vez el más común²¹, que defiende la posibilidad de indemnización de los bienes no amortizados o depreciados en la hipótesis de terminación del contrato por advenimiento del término contractual deriva del principio de equilibrio económico financiero de los contratos. Los defensores de la premisa de indemnización afirman que el principio de mantenimiento de este equilibrio garantiza que, en casos excepcionales, donde cualquier alteración unilateral desequilibra las condiciones existentes en el momento de la realización del contrato, la carga excesiva atribuida al contratista sea compensada por medio de la recomposición del equilibrio²².

La posibilidad del reequilibrio reduciría los riesgos a los que se somete el contratista cuando presenta la propuesta en el momento de la licitación, pues él sabría que, en caso de que haya una alteración sustancial en la relación contractual, no sería perjudicado. Con los mecanismos de recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato, el contratista será puesto en una situación equivalente (ni mejor, ni peor) a la anterior del advenimiento del evento del desequilibrio²³.

21 En este sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO, "A ampliação do prazo contratual em concessões de serviços públicos", *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 23; FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *Concessões*, Belo Horizonte: Fórum, 2015.

22 En esta línea, el artículo 9, parágrafo 1.º de la Ley Federal n.º 8.987/1995 de 1995 dispone: «§ 1.º La tarifa no será subordinada a la legislación específica anterior y solamente en los casos expresamente previstos en la ley, su cobranza podrá ser condicionada a la existencia de servicio público alternativo y gratuito para el usuario". (Redacción dada por la Ley Federal n.º 9.648/1998).

23 En este sentido, véase FEDERAL HIGHWAY ADMINISTRATION, *Model Public-Private Partnerships Core Toll Concessions Contract Guide*, 2014. Disponible en línea: https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/model_p3_core_toll_concessions.pdf; y también lo que se afirma en WORLD

Según los defensores de la posibilidad de indemnización, la misma lógica se aplicaría a la posibilidad de obtener una indemnización en caso de terminación de la concesión por advenimiento del término contractual.

Puede presumirse que las inversiones realizadas durante el periodo de la concesión serán amortizadas a lo largo de la duración del contrato; sin embargo, habría hipótesis excepcionales donde, sea por razones de necesidad de nuevas inversiones o por reducción de tarifas, los valores invertidos no sufrirán amortización.

En estos casos y debido al cambio de circunstancias, al llegar a su término, el contrato estaría desequilibrado, lo que implica una indemnización, porque esta sería la única forma de reequilibrar el contrato *al final*. Es lo que afirma, por ejemplo, Alexandre Aragón, justificando la atenuación de la presunción de inexistencia de la indemnización en el advenimiento del término contractual con la finalidad de realizar la recomposición descuidada en el momento oportuno. Según Aragón, "cuando la concesión se termina en el plazo normal, se debe considerar que los bienes reversibles ya están, aunque no corresponda a una realidad financiera, debidamente amortizados, a menos que, a lo largo del contrato, haya ocurrido algún desequilibrio económico-financiero indebidamente resuelto en el momento"²⁴. El término del contrato sería un momento para ajuste de cuentas.

Comparar la recomposición del equilibrio económico-financiero y la terminación de la concesión, en cambio, puede generar un equívoco, ya que la comparación confunde la *causa* de indemnización. Si es debida, la indemnización resultará de la quiebra del equilibrio contractual, y no abre dudas sobre la amortización de los bienes al final del plazo normal del contrato. En caso de desequilibrio, este deberá llevar en consideración el tiempo contractual restante para que las inversiones sean amortizadas y remuneradas.

El argumento de la posibilidad de indemnización en el advenimiento del término contractual parece suponer que el cálculo de la cantidad, en función del reequilibrio, sucede en dos momentos²⁵: a) en el proceso administrativo de recomposición, y b) al final del contrato. Como explica Floriano de Azevedo Marques Neto, la causa está fuera del cumplimiento regular del plazo de la concesión. Siendo que, "Lo supuesto es que al mismo tiempo en que haya una reversión del valor de los bienes revertidos, ya esté siendo amortizado por la regular exploración del servicio. No obstante, sea porque algún factor externo

BANK, PPP in Infrastructure Resource Center for Contracts, Laws and Regulations (PPPIRC). Disponible en línea: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/road%20bridge%20concession%20agreement.pdf>.

24 ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 445.

25 Observaciones sobre la recomposición en dos momentos serán discutidos en el caso del sector eléctrico.

al contrato impidió la regular exploración de la concesión (desde que se refiera al riesgo ajeno al contratista), sea porque la concesión tuvo su término anticipado, o incluso por haber necesitado de nuevas inversiones en bienes esenciales a la concesión, excepcionalmente puede ocurrir que la restitución requiera de la indemnización del contratista por el poder concedente.²⁶

En otras palabras, la indemnización nunca surge de la terminación por advenimiento del plazo. Si hubo desequilibrio, durante el proceso de recomposición se definirá el valor debido. Este evento puede ocurrir en cualquier tiempo durante la vigencia del contrato, no en función del advenimiento del término contractual (término esperado del contrato).

Aparte del equívoco sobre el mecanismo de la indemnización (recomposición del equilibrio vs. terminación del contrato), es pertinente anotar un potencial equívoco sobre el instrumento (¿indemnización u otro?) utilizado para cada caso, por ejemplo, Marçal Justen Filho se refiere a la indemnización particularmente como una de las medidas más usuales²⁷ en hipótesis de recomposición del equilibrio económico financiero de la concesión²⁸. La habitual referencia a este tipo de mecanismo parece facilitar la confusión: la indemnización por la recomposición del equilibrio económico-financiero equivaldría a la indemnización por el vencimiento del plazo del contrato. De hecho, la indemnización es uno de los mecanismos para la recomposición del mencionado equilibrio en el contrato, pero hay otros, como el aumento del plazo, la revisión de la tarifa, la anulación de obligaciones, etc. En otras palabras, la indemnización es apenas un instrumento, cuya finalidad es garantizar la implementación de un derecho (recomposición del equilibrio), no de establecerlo (indemnización como resultado del término contractual). El hecho de ser un instrumento previsto en los contratos para ejecutar la recomposición del equilibrio económico-financiero no implica el derecho a la indemnización al final del contrato de concesión. La confusión queda más fácilmente demostrada si mencionamos otros mecanismos que permitan este equilibrio. Mientras la recomposición puede darse con extensión de plazo, por regla general, la única forma de corregir el impacto de una terminación anticipada del contrato es la vía de indemnización.

A saber, existe el *derecho* a la indemnización en el término anticipado del contrato y el *derecho* a la recomposición del equilibrio cuando se confirma un evento de desequilibrio, pero este último derecho puede ser garantizado por medio de otros mecanismos. Simplemente por consecuencia de la terminación del contrato *por advenimiento del término del plazo*, no existe derecho a la indemnización.

26 FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *Concessões*, *óp. cit.*, p. 197.

27 No tenemos datos para respaldar que la indemnización es la forma más usual de reequilibrio. Por el contrario, en nuestra experiencia, en concesiones de autopistas, las recomposiciones se dan predominantemente por aumento de plazo o alteración tarifaria.

28 MARÇAL JUSTEN FILHO, "A ampliação do prazo contratual em concessões..." , *óp. cit.*, p. 119.

1.4. EL ARGUMENTO CONTABLE: COMO LA AMORTIZACIÓN ES LA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD DE UN ACTIVO PARA GENERAR BENEFICIO ECONÓMICO FUTURO, TIENE QUE SER TOTAL AL FINAL DEL CONTRATO

En términos contables, no tiene sentido afirmar que el activo no fue amortizado al final de la concesión, ya que la amortización implica la posible disminución de que un activo genere un lucro económico en el futuro. Lo que sucede es que, como al final de la concesión, los activos asociados a ella no podrán generar beneficios económicos futuros a la concesionaria, no hay razón para hablar de bienes no amortizados. En sentido estricto, todos los bienes están amortizados en el término contractual. Para desarrollar este raciocinio, vamos a discutir los conceptos de activo, beneficio económico futuro y desembolsos.

Primero, el Pronunciamiento Conceptual Básico (CPC 00), que trata sobre la estructura conceptual de los estados financieros, es claro en definir *activo*: "es un recurso controlado por la entidad como resultado de eventos pasados y del cual se espera que emanen futuros beneficios económicos para la entidad". Es decir, no hay un activo sin la asociación a la posibilidad de auxiliar en beneficios económicos futuros para la entidad (concesionaria).

El activo es un elemento directamente relacionado con la medición de la situación patrimonial y financiera de la entidad; por lo tanto, independiente del concepto descrito anteriormente, es siempre respetado el supuesto de la contabilidad y su esencia prevalece sobre la forma legal. Es decir, por activo no se entiende solamente el concepto explicado, sino que este también debe involucrar las características que lo definen como activo en la práctica (real medición de la situación patrimonial y financiera de una entidad).

Como un activo puede ser un *bien* o un *derecho* de la entidad (comisionista), él también puede implicar una forma física o no. Ejemplos de estos activos son los bienes de activo inmovilizado, a diferencia de los activos financieros y los activos intangibles.

Igualmente, vale la pena destacar, tratándose del reconocimiento de los activos, que hay dos premisas. La primera de ellas es que la medición de la posibilidad de futuros beneficios económicos se da basada en la evidencia disponible (los mejores datos disponibles) al momento de la elaboración de los estados financieros. Con relación a esta hipótesis y su esencia, el reconocimiento se deriva del estudio del material (no de la forma) de los mejores datos disponibles.

La segunda premisa para el reconocimiento de activos es la posibilidad de medirlos con confiabilidad²⁹. Es decir, los datos del estudio son considerados informaciones completas, neutrales y libres de errores, en la hipótesis de que dicho estudio sea reconocido y confiable. En el caso de que no sea posible

29 CPC 00: "La información es confiable cuando es completa, neutral y libre de errores".

medir con seguridad el valor del bien o derecho, este no deberá ser reconocido como activo o lucro. No obstante, si hay una información relevante, hay que verificar si puede divulgarse con notas explicativas, esto es, se evalúa el activo y en una nota explicativa se registra la posibilidad de cambio de esta evaluación, con la hipótesis de recopilar información futura más precisa.

En segundo lugar, el beneficio económico futuro que se deriva de los activos está directo o indirectamente relacionado a la capacidad de generación de caja y equivalentes de caja para la entidad (concesionaria). Mejor explicado, los activos pueden utilizar diversos mecanismos para generar beneficios económicos futuros para la concesionaria. Por ejemplo, los activos pueden: a) ser usados en la producción de bienes y/o en la prestación de servicios, separado o en conjunto con otros activos; b) ser sustituidos por otros activos; c) ser utilizados para liquidar un pasivo; o d) ser distribuidos a los propietarios de la sociedad. De cualquier forma, ellos representan la capacidad de generar beneficios económicos a la entidad (concesionaria).

En tercer lugar, el beneficio económico futuro que se deriva de los activos no puede ser entendido sin su contrapunto. Justamente, este contrapunto del beneficio económico futuro es el desembolso, definido por el CPC 00 como: "reducciones en los beneficios económicos durante el periodo contable, bajo la forma de salida de recursos o de reducción de activos o asunción de pasivos, que dan lugar a una disminución del patrimonio neto, y que no estén relacionados con distribuciones a los titulares de los instrumentos patrimoniales".

Existen desembolsos representados por las reducciones imprevisibles de la capacidad de generación de beneficio económico futuro o que, simplemente, no están directamente relacionadas a la actividad de la entidad, consideradas generalmente como pérdidas, como, por ejemplo, los resultados de siniestros, pérdidas derivadas de operaciones de cambio y la reducción del valor recuperable del activo (*impairment*)³⁰.

También hay desembolsos que reflejan las reducciones de la capacidad de generación del beneficio económico futuro de una entidad en función del desempeño usual de sus actividades, como la depreciación y el costo de las ventas. De esta forma, la amortización se considera un desembolso que consiste en la reducción de la capacidad de generación del beneficio económico futuro a la entidad.

Como los activos son bienes o derechos capaces de generar beneficios económicos futuros, no se habla de inversiones no amortizadas al final de

30 El *impairment* debe realizarse cuando es identificado que el valor contable de un activo no refleja su capacidad de generar beneficio económico futuro para la entidad, es decir, cuando hay evidencias de que el valor de una posible venta o el cálculo de generar caja de un activo es menor que aquel registrado en el balance patrimonial de la compañía. En este caso, la empresa debe reconocer una reducción del valor del respectivo activo, es decir, una pérdida.

cierto plazo contractual porque, en este momento, el derecho de explorar actividades que generan los mencionados beneficios económicos futuros se agota. Más aún, considerando todas las premisas involucradas en un proyecto, como el retorno esperado y el mismo plazo, la compensación prevista para una determinada inversión, en el área de negocios, puede que se caracterice como económicamente inviable. Esta inversión necesitaría de una mayor compensación, por ejemplo, obteniendo beneficios económicos más elevados del plazo original o generando los mismos beneficios económicos con un plazo más amplio. Sin embargo, al final del plazo, su amortización es completa porque, como mencionado anteriormente, la capacidad de generación de caja no existe, ya que el derecho de explotación cesa. Por otra parte, no se debe confundir amortización con evaluación de viabilidad de inversión.

1.5. LA CONCESIÓN GENERA EL DERECHO DE EXPLORAR INVERSIONES, NO EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LAS INVERSIONES: DIFERENCIANDO ACTIVOS INMOVILIZADOS, ACTIVOS FINANCIEROS Y ACTIVOS INTANGIBLES

Existe una línea argumentativa que favorece la posibilidad de indemnización como resultado del advenimiento del plazo de la concesión donde parece fusionarse en la relación entre inversión y propiedad. La propiedad de las inversiones sería del contratista "hasta que" estas inversiones sean completamente amortizadas y remuneradas. Como consecuencia, mientras esto no sea así, el derecho de propiedad sobre estos bienes permanecerá bajo el poder del contratista, aún cuando el contrato fuera cancelado en su tiempo originalmente previsto y el contratista tuviera el deber de entregar los bienes al poder concedente.

Según esta línea argumentativa, mientras el activo no sea amortizado y remunerado, el activo pertenece al contratista o, en otros términos, si en la hipótesis de producirse la restitución del activo al poder concedente en el plazo originalmente previsto en el contrato, pero sin el activo ser considerado amortizado y remunerado, tal restitución se caracterizaría como una expropiación³¹. Vemos aquí una típica medida excepcional y de fuerza ejercida por

31 Inclusive, Mauricio Portugal argumenta que, frente al carácter expropiatorio de la reversión, el comisionista tendría el derecho a la indemnización previa a la terminación del contrato por inversiones no amortizadas. Veamos: "En contratos de concesión y APP, el comisionista realiza inversiones en una infraestructura para prestación de servicios y recibe remuneración que, en parte, se destina a amortizar esas inversiones y en parte, se destina a cubrir los costos operacionales de la prestación del servicio. Cuando se da la terminación (anticipada o por decurso de plazo) del contrato de concesión, el comisionista está obligado a transferir la infraestructura que construyó o mejoró para la Administración pública, por medio del proceso de reversión de los bienes necesarios a la continuidad de la prestación del servicio. La reversión de los bienes se da independientemente de las inversiones que fueron realizadas para su adquisición, construcción e implantación estando

el Estado frente al derecho de propiedad del particular, lo que necesariamente implicaría el derecho a la indemnización.

Dada esta premisa, sería necesario el pago de indemnización para realizar la restitución (entrega al poder concedente) de estas inversiones no amortizadas y remuneradas, caso contrario, la consecuencia por la falta de indemnización sería, según se argumenta, extrema. Esto quiere decir: "En relación a la restitución de los bienes de propiedad de la concesionaria, la indemnización será siempre la debida, pues, en caso contrario, tendríamos un verdadero decomiso"³².

Nos parece que hay un error sobre la premisa (derecho de propiedad) cuya violación implica en un resultado de "decomiso". Más allá de lo que nos informan los elementos jurídicos de un contrato de concesión, también lo es la conclusión resultante de su evaluación bajo un prisma contable en el sentido de que no hay derecho de propiedad.

La interpretación técnica del Comité de Pronunciamiento Contable (ICPC 01 - Contratos de Concesión) es clara al afirmar que la infraestructura contemplada en el contrato no debe ser registrada como activo inmovilizado del contratista, ya que los contratos de concesión no transfieren a la concesionaria el derecho de controlar el uso de la infraestructura de servicios públicos. Por medio de un contrato de concesión, la concesionaria apenas dispone del acceso a la infraestructura para operarla en nombre del poder concedente, bajo determinadas condiciones, como, por ejemplo, servicios de construcción, mejora o adquisición de equipos.

La consecuencia de la inexistencia de activos inmovilizados es que, para los fines de concesión, el activo puede ser financiero o intangible. De forma general, los activos contemplados en los contratos de concesión pueden corresponder a derechos sobre:

– Un activo financiero, cuando el contratista posee el derecho contractual de recibir caja u otro activo financiero como resultado de la prestación de los servicios en el ámbito de la concesión, cuya efectividad³³ se producirá a pesar

o no amortizadas. Rigurosamente, el proceso de reversión tiene la misma naturaleza de una expropiación. Aunque las recetas recaudadas por el comisionista con la exploración del objeto del contrato de concesión no hayan sido suficientes para remunerarlo por la realización de las obras o adquisición de los bienes, él está obligado a transferirlos al poder concedente". MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO, "Concessões de Infraestrutura e a Proibição...", óp. cit., pp. 367-382.

32 RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 178.

33 Según IFRS, "The operator shall recognize a financial asset to the extent that it has an unconditional contractual right to receive cash or another financial asset from or at the direction of the grantor for the construction services; the grantor has little, if any, discretion to avoid payment, usually because the agreement is enforceable by law. The operator has an unconditional right to receive cash if the grantor contractually guarantees to pay the operator (a) specified or determinable amounts or (b) the shortfall, if any, between amounts received from users of the public service and specified or determinable amounts, even if payment is contingent on the operator ensuring that the infrastructure meets specified quality or efficiency requirements".

de cualquier juicio discrecional del poder concedente, el cual está obligado a evaluar los posibles criterios contractuales de este derecho de una manera absolutamente vinculante y objetiva.

- Un activo intangible, cuando el contratista posea derecho contractual de cobrar a los usuarios de los servicios públicos.

- Activos financieros e intangibles, cuando el contratista posee el derecho contractual de los dos puntos mencionados anteriormente.

De una forma simple, se puede trazar un paralelo entre los tres ítems anteriores con las concesiones administrativas, las comunes y las patrocinadas, respectivamente.

Centrémonos en proyectos estructurados bajo la forma de concesión común, cuyo análisis se ajustará a las normas relativas a los activos intangibles. Como fue dispuesto anteriormente en la definición de los activos, un intangible solo podrá ser reconocido si: a) es probable que se generen beneficios económicos futuros a favor de la entidad, y b) su costo pueda ser valorados con confiabilidad.

La contabilización de un activo intangible debe conocer su vida útil, pudiendo ser definida o indefinida. Para que sea atribuida una vida útil indefinida, el pronunciamiento técnico CPC 04 - Activo Intangible, es claro al decir que, frente al análisis de todos los factores relevantes, *no existe un límite previsible para el periodo durante el cual el activo deberá generar flujos de caja netos positivos para la entidad*. Activos intangibles con vida útil definida deberán ser amortizados, mientras que los que no tienen, no deberán serlo.

Resulta que la vida útil de un activo intangible resultante de derechos contractuales/legales no debe exceder su vigencia. Por lo tanto, debe observarse el periodo durante el cual la entidad espera utilizar dicho activo. Durante este periodo, la entidad obtendrá sus beneficios económicos, lo que significa que hay una influencia, no solo de factores económicos sino también legales, para la definición de utilidad, quedando claro que la definición deberá observar el menor periodo entre las dos opciones (derecho/vigencia contractual vs. capacidad del activo ser utilizado); es decir, si en el contrato, el derecho de explorar el activo es más duradero que su capacidad de ser utilizado, es necesario considerar un plazo adecuado para que el activo pueda ser utilizado. Por otro lado, si el contrato es más corto que la capacidad del activo para ser utilizado, es necesario considerar el plazo contractual, pues es el periodo durante el cual la entidad podrá obtener los beneficios económicos del activo.

El reconocimiento del desembolso con amortización debe observar el modelo de consumo de los beneficios económicos futuros esperados para el activo en cuestión. En el caso de que no sea posible determinar tal modelo, se sugiere que sea amortizado de forma lineal, de acuerdo con la vida útil esperada.

Específicamente sobre las concesiones, la orientación de la OCPC 05 - Contratos de concesión, emitida por el Comité de Pronunciamiento Contable, dispone que: "42. El activo intangible debe ser amortizado dentro del plazo

de la concesión. El cálculo debe ser realizado de acuerdo con el modelo de consumo del beneficio económico generado por él, que, normalmente, es en función de la curva de la demanda".

1.6. LA INDEMNIZACIÓN NECESARIA PARA INCENTIVAR LA INVERSIÓN COMO RECOMPOSICIÓN POSTERGADA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DEL CONTRATO

Se argumenta además que el contratista no tendrá ningún incentivo para realizar eventuales inversiones necesarias durante los últimos años de duración de la concesión, si queda contractualmente explícito que no habrá ningún tipo de indemnización al final del plazo del contrato, ya que el contratista sabría que si invierte grandes valores en aquel momento, difícilmente logrará recuperarlos en el plazo restante del contrato, por lo que acabaría optando por no realizar nuevas obras o inversiones, a menos que sean indispensables para mantener el servicio.

En un artículo específico sobre el tema, Maurício Portugal Ribeiro afirma que "a pesar de las incertezas sobre un pago efectivo, el derecho a la indemnización por inversiones no amortizadas todavía es un instrumento importante para incentivar la realización de inversiones por los contratistas al final de los contratos y, sería pertinente que los contratos la reglamentarán en vez de suprimirla"³⁴.

El autor defiende este argumento solo cuando los contratos están basados en la obligación de desempeño, es decir, aquellos donde el contratista tiene la obligación de mantener los niveles del servicio pactado. La lógica no se aplicaría a los contratos basados en obligación de inversión, donde el contratista está vinculado a la realización de inversiones con valores y momentos definidos originalmente en el contrato de concesión. Justamente es en estos casos, según el autor, que las inversiones ya fueron previamente decididas, sin pensar en *desincentivo* para realizar las inversiones en los periodos finales.

De hecho, estamos de acuerdo con el autor en el sentido de que hay un desincentivo real del cumplimiento contractual en la hipótesis de la condición de activación ser alcanzada en el periodo final del contrato, esto porque el contratista no distingue el plazo para obtener los beneficios de la realización de las inversiones de aquella estructura. A los contratos les faltan mecanismos más afectivos para exigir del contratista, el cumplimiento de la obligación de inversión derivada de alcanzar la condición de activación y así se inicia una discusión sin fin sobre si se alcanza o no.

34 MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO. "Concessões de Infraestrutura e a Proibição...", óp. cit., pp. 367-382.

No obstante, a pesar del desincentivo real que reconocemos, no compartimos la idea de resolverlo mediante la creación de un derecho (indemnización) como resultado de una obligación que ya fue contratada, de acuerdo con la concretización del riesgo atribuido al contratista, esto es, la realización de inversiones es una obligación del contratista cuando la condición de activación el sea alcanzada.

Pagar una indemnización en este caso sería aceptar el cargo de la concretización del riesgo por aquel que contractualmente lo asumió. En otras palabras, el pago de una indemnización implicaría un desequilibrio contractual. Indiscutiblemente, otra forma de resolver el problema sería destinar el riesgo de nuevas inversiones al poder concedente cuando se alcance la condición de activación. De todos modos, en esta hipótesis no se habla en indemnización por bienes no amortizados, simplemente indemnización (u otro mecanismo) para recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato.

En esta discusión de incentivos vale la pena mencionar la experiencia del sector eléctrico, que ofrece una previsión sistemática de indemnización en el advenimiento del término contractual. Teniendo en cuenta los contratos de concesión en el sector, fue editada la Medida Provisional 579, de septiembre de 2012, que dio origen a la Ley Federal 12.783/2013, exactamente con el objetivo de regularizar la posibilidad de renovación de las concesiones en el sector eléctrico. La Medida Provisional destaca la posibilidad de pagar la indemnización de las inversiones vinculadas a bienes reversibles aún no amortizados o no depreciados definiendo la forma como sería hecho el cálculo y estableciendo los orígenes de los valores utilizados para el fin de la indemnización³⁵.

Con el fin de evaluar lo que lo distingue de los demás contratos de concesión, vale la pena explicar que se trata de un sector altamente regulado. La decisión latente de la fuerte regulación sectorial se debe a que su desempeño genera una fuerte influencia en la economía del país, teniendo en cuenta el impacto inmediato de sus costos a los consumidores, sean estas industrias o personas, que

35 El artículo 8 de la ley establece: "Las concesiones de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica que no sean prorrogadas en los términos de esta Ley, serán licitadas, en la modalidad de subasta o competencia, por hasta 30 (treinta) años. [...] § 2º El cálculo del valor de la indemnización correspondiente a las parcelas de las inversiones vinculadas a bienes reversibles, aún no amortizados o no depreciados, utilizará como base la metodología de valor nuevo de reposición, conforme criterios establecidos en el reglamento del poder concedente". Ya el artículo 15 de la ley dispone: "La tarifa o receta que trata esta Ley deberá considerar, cuando haya lugar, la parcela de las inversiones vinculadas a los bienes reversibles, aún no amortizados, no depreciados o no indemnizados por el poder concedente, y será revisada periódicamente bajo la forma de contrato de concesión o término aditivo. § 1º El cálculo del valor de las inversiones vinculadas a los bienes reversibles, aún no amortizados o no depreciados, para la finalidad que trata el *caput* o para fines de indemnización, utilizará como base la metodología de valor nuevo de reposición, conforme criterios establecidos en el reglamento del poder concedente".

pagan directamente por el servicio. Fuera de eso, se trata de un servicio que debe atender a una condición universal, lo que implica peculiaridades en su tratamiento legal y económico-financiero.

Este sector posee tres actividades distintas: generación³⁶, transmisión³⁷ y distribución³⁸. Está contractualmente previsto³⁹ que los bienes son revertidos al final de la concesión, pudiendo indemnizar aquellos activos que no fueron totalmente amortizados o depreciados. Y hay una razón para *esperar* el pago de la indemnización al final de este tipo de contratos.

Por un lado, hay una necesidad de realizar inversiones sistemáticas, con el fin de cumplir niveles de servicio y de expansión del sistema. Por otro lado, hay una imposibilidad de definir previamente un valor de tarifa adecuada para la amortización de estas inversiones recurrentes y, de cierta forma, imprevisibles, durante el plazo delimitado para la concesión.

En resumen, esto significa que, en estos contratos, las inversiones no son originalmente fijas, ni serán integralmente compensadas por la tarifa. Estos contratos demandan inversiones en bienes reversibles, para cumplir niveles de servicios regulados y para la expansión del sistema durante toda su vigencia, que deben ser objeto de recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato por medio de la Revisión Tarifaria Periódica⁴⁰.

36 La actividad de generación posee diversas variaciones de arreglos contractuales, cada una con particularidades que afectan el análisis del negocio, pero que no son pertinentes para la finalidad del presente artículo.

37 En la actividad de transmisión, tenemos activos financieros, una vez que la receta a ser obtenida por el comisionista se basa en la receta anual permitida (RAP), condicionada apenas a la disponibilidad de la infraestructura (bajo determinados indicadores de performance). Esto quiere decir que la receta no deriva de la utilización de la infraestructura por los usuarios, es decir, no hay riesgo de demanda, hay un derecho incondicional de recibir caja u otro activo financiero derivado del cumplimiento de la obligación contractual de la disponibilidad del activo.

38 En este artículo no se pretende describir con detalle los procedimientos aplicables a la estructura de tarifas, revisiones tarifarias e indemnizaciones inherentes a la actividad de distribución.

39 Por ejemplo, Equatorial Alagoas Distribuidora de Energía S. A., 19 de marzo de 2019. Disponible en línea: <https://www.aneel.gov.br/documents/10184/15063013//Contrato+de+Concess%C3%A3o+002-2019>. "Cláusula Décimo Segunda. Subcláusula Segunda: Cancelada la concesión, se operará y pleno derecho, a la reversión de los bienes e instalaciones vinculadas al servicio al PODER CONCEDENTE, procediendo a los levantamientos y a las evaluaciones, como también a la determinación del montante de la indemnización a la DISTRIBUIDORA, considerando los siguientes procedimientos: a) realización de inventario de los bienes reversibles; b) valoración de estos bienes por el valor nuevo de reposición (VNR); c) consideración de la depreciación acumulada observadas en las fechas de incorporación del bien al sistema eléctrico obteniendo el valor líquido; y d) reducción de las obligaciones especiales (OE) del cálculo del valor a ser indemnizado".

40 Por ejemplo "LA DISTRIBUIDORA reconoce que las tarifas vigentes en la fecha de firma de este CONTRATO, en conjunto con las reglas de reposicionamiento tarifario son suficientes para la adecuada prestación de servicio y mantenimiento del equilibrio económico-financiero

Pero, dependiendo del volumen de las inversiones mencionadas y del periodo restante para el fin del contrato de concesión, el impacto de la recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato dadas las inversiones hechas por la concesionaria a través del aumento de tarifas podría ser muy relevante, afectando directamente a los usuarios o a las políticas públicas.

Por lo tanto, para que no haya aumentos relevantes en la tarifa cobrada al usuario y, al mismo tiempo, se preserve el equilibrio del contrato, el regulador establece la vida útil estimada de cada bien integrante de la infraestructura de distribución, así como las tasas de depreciación reguladoras. La consecuencia contractualmente prevista es que todo lo que al final del contrato no esté totalmente amortizado, de acuerdo con el reglamento aplicable en términos de tasa de depreciación, es pasible de indemnización.

La consecuencia societaria, para este sector, es el registro contable de acuerdo con el modelo bifurcado de activos. En el sector eléctrico, específicamente en la actividad de distribución de energía, la concesionaria (entidad) posee al mismo tiempo: a) activos financieros, representados por los valores a recibir a título de indemnización con el advenimiento del término contractual, y b) activos intangibles, representados por los valores relativos al derecho de exploración de los servicios prestados en el objeto del contrato, por medio del cobro de tarifas, para el uso de la estructura por parte de los usuarios (demanda).

Los activos deben ser amortizados, adoptando la mejor curva de depreciación que represente el modelo de consumo de los beneficios económicos futuros que le corresponden a la concesionaria (entidad) y que, en el caso de actividad de distribución, coincide con el mecanismo de tarifa de la venta de energía, teniendo como base la vida útil económica estimada de cada bien,

de este CONTRATO". ANEEL, Contrato de Concesión n.º 002/2019. Disponible en línea: <https://www.aneel.gov.br/documents/10184/15063013/Contrato+de+Concess%C3%A3o+002-2019>. De igual forma: "Durante la vigencia de los 30 años de un contrato de distribución (plazo máximo establecido por ley, pudiendo ser prorrogado por igual período) las tarifas necesitan de revisiones y reajustes por parte de la ANEEL para que esta alcance algunos de sus objetivos; como la atención de los intereses de la población (dependiendo de la eficiencia de las actividades operacionales, los reajustes y revisiones pueden disminuir la tarifa cobrada) y la garantía del equilibrio económico-financiero de los agentes que prestan los servicios de distribución de energía. Las revisiones tarifarias, que ocurren a cada cuatro años, tienen por objetivo preservar el equilibrio económico-financiero de las concesiones y realizar evaluaciones (análisis de cambios en los mercados nacional e internacional, comparación de tarifas de una región geográfica con otra semejante, entre otras) con el fin de identificar y preservar la continuidad de las operaciones en los diversos procesos del sector". TALLES VIANA BRUGNI, ADRIANO RODRIGUES, CLÁUDIA FERREIRA DA CRUZ & NATAN SZUSTER, "IFRIC 12, ICPC 01 e Contabilidade Regulatória: Influências na Formação de Tarifas do Setor de Energia Elétrica", *Sociedade, Contabilidade e Gestão*, vol. 7, n.º 2, 2012, pp. 104-119. Disponible en línea: <http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-06/index.php/ufrj/article/view/1497/1341>.

establecida por el regulador y acogida por el mercado como un valor razonable y confiable⁴¹.

Las concesiones de distribución de energía eléctrica tienen un plazo determinado, por lo tanto, para estos activos, que consisten en el derecho de cobrar de los usuarios tarifas para la disponibilidad de los servicios, queda claro que el beneficio económico futuro es cancelado cuando este derecho cesa, es decir, al fin del contrato contractual, lo que lo conlleva a su amortización total al fin de la concesión. Ahora, con relación al impacto de ajustes tarifarios de los usuarios y por las razones anteriormente expuestas, el regulador establece tasas de depreciación reguladoras que llevan algunas de las inversiones realizadas a lo largo de la concesión a no ser totalmente amortizadas dentro del plazo contractual, constituyendo así, el derecho a la indemnización para la concesionaria al final. Estos activos no completamente amortizados son reconocidos como activos financieros, pues son un derecho incondicional al recibir caja u otro activo financiero.

Con la intención de preservar el equilibrio económico-financiero del contrato, sin exponer a los usuarios finales a variaciones inmersas en el valor a ser pago por la energía, el regulador controla la tasa de depreciación de los bienes. La consecuencia de este control es que se podrá verificar una incompatibilidad entre el plazo (realización de la inversión y el fin del contrato) y la tasa de depreciación establecida. De esto suceder, el poder concedente deberá pagar la indemnización al contratista.

Aunque esta incompatibilidad sea constatada, la depreciación integral de los activos debe ocurrir en el último día del contrato. No hay cómo huir de esta regla, donde las inversiones deben estar totalmente depreciadas, ya que, reiterando, al final del contrato, no se trata de los beneficios económicos generados como consecuencia de los activos del contrato. En última instancia, los activos dejan de existir para la concesionaria.

De esta forma, es importante resaltar que la debida indemnización por el poder concedente resulta de la imposibilidad: a) de realizar la recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato por la tarifa, o b) de establecer

41 El poder concedente, representado por la agencia reguladora, es el responsable de establecer la vida útil económica estimada de cada bien integrante de la infraestructura de distribución de la determinación de la tarifa, como también la determinación del valor de la indemnización de los bienes reversibles en el vencimiento del plazo de concesión. Esta estimación es revisada periódicamente y aceptada por el mercado como razonable y adecuada para efectos contables y de regulación, desde que representen la mejor estimativa de vida útil económica de los bienes. Sin embargo, la responsabilidad final por la definición de la vida útil económica de cada bien es de la entidad que reporta, y debe tener en consideración el valor residual de la estructura. Es importante recordar que los contratos de concesión en Brasil tienen plazo de vencimiento y, por lo tanto, bajo el punto de vista del accionista, son un negocio con vida útil finita y bajo el punto de vista del consumidor, es una prestación de servicio público con plazo indeterminado.

previamente una tarifa capaz de garantizar que las obligaciones previstas en el contrato serían adecuadamente remuneradas dentro del plazo de la concesión y no en la terminación del contrato por advenimiento del plazo contractual. Es decir, la condición que activa la indemnización al final del contrato es la decisión de recomponer el equilibrio económico-financiero *a posteriori*, sin lugar a duda sobre la amortización al final del contrato. En última instancia y simplícidamente, para que el modelo de concesión sea viable económicamente, el poder concedente tiene que escoger entre: a) el pago por el gobierno (o su delegado) de la indemnización al final del contrato, o b) transferir la obligación para los usuarios.

Desde el inicio del contrato, las partes sabrán que habrá indemnización por las inversiones no integralmente amortizadas durante la concesión. Dicha indemnización se da en el advenimiento del término, pero solamente porque frente a las características del sector queda establecido desde el inicio que las recomposiciones del equilibrio económico-financiero del contrato serán concluidas al final de la concesión.

1.7. LAS DIFICULTADES EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY FEDERAL

N.º 8.987/1995 SOBRE EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN COMO RESULTADO DEL ADVENIMIENTO DEL TÉRMINO CONTRACTUAL

El artículo 36 de la Ley Federal n.º 8.987/1995 señala que:

La reversión en el advenimiento del término contractual se adjudicará con la indemnización de las parcelas de las inversiones vinculadas a los bienes reversibles, aún no amortizados o depreciados, que hayan sido realizados con el objetivo de garantizar la continuidad y actualidad del servicio concedido.

Aquí, la ley parece disponer expresamente que el pago de la indemnización es exactamente al término contractual, puesto que se refiere al pago de la indemnización como consecuencia de la revisión "en el advenimiento del término contractual", es decir, al final del contrato, la indemnización sería debida por el poder concedente al contratista, en función de la reversión de los bienes reversibles.

Se observa que la literalidad del dispositivo no deja duda. El artículo 36 no se limita a indicar la *posibilidad* de indemnización en el advenimiento del término contractual, por el contrario, afirma que la indemnización ocurrirá con la reversión de los bienes, estipulando sus condiciones. Primero, que la indemnización corresponda a las parcelas de las inversiones no amortizadas o depreciadas. Segundo, que estas inversiones hayan sido hechas con el propósito específico de garantizar la continuidad y actualización de los servicios. Con base en esta interpretación del artículo 36 y completadas la condición de implicaciones económico-financieras (falta de amortización y depreciación

de las inversiones) y la condición e índole de las inversiones (no cualquier tipo de inversión, pero aquellas cuyo objetivo sea garantizar la continuidad y actualización del servicio), no habrá duda: la indemnización sería debido al advenimiento del término contractual.

El problema es que esta interpretación del artículo 36 enfrenta dificultades cuando es confrontada con la lógica económica-financiera de las concesiones, según los argumentos mencionados anteriormente. Además, se limita a una interpretación aislada y literal de dicho artículo por perjuicio en el contenido de otros artículos que regulan el tema y el pensamiento económico financiero subyacente a los inversionistas y financiadores de los proyectos de concesión. Veamos qué más dicta la Ley Federal n.º 8.987/1995.

1.7.1. Las dos interpretaciones del § 4.º del artículo 35 y sus consecuencias

Este artículo es clave para la evaluación sobre la posibilidad de indemnización como resultado del advenimiento del término contractual. Se prevé que:

En los casos previstos de los incisos I y II de este artículo, el poder concedente, anticipándose a la terminación de la concesión, procederá a los levantamiento y evaluaciones necesarios para determinar los valores de tal indemnización que será debida a la concesionaria, según los artículos 36 y 37 de la presente ley.

Un primer análisis e interpretación se enfoca en el comportamiento del poder concedente en las siguientes hipótesis de terminación de contrato: advenimiento del término contractual y traspaso. El destinatario de la expresión "anticipándose a la terminación de la concesión" sería el poder concedente. El ordenamiento exigiría que antes que la concesión llegará a su final esperado (advenimiento del término contractual) o a su final por interés público (traspaso), el poder concedente realice los levantamientos y evaluaciones necesarios para la determinación de la debida indemnización. El poder concedente *se anticiparía*, realizando estos cálculos antes del final, para preparar los valores correspondientes en el caso en que se aproximen estas dos hipótesis de la terminación de la concesión.

Hay, por lo menos, tres consecuencias para esta interpretación.

La primera sería la *selectividad* de la ley para la hipótesis en la cual se espera cautela y planeación del poder concedente. El poder concedente debería ser precavido y realizar los levantamientos necesarios con suficiente antelación en dos tipos de terminación de la concesión: a) conclusión normal del plazo o b) traspaso. Según esta interpretación del ordenamiento, las demás hipótesis de terminación contractual (incisos III, IV, V y VI) no exigiría que el poder concedente se comporte con tal previsión, es decir, antes de declarar la nulidad o caducidad del contrato, no le cabría al poder concedente proceder al análisis

ni tampoco tener en consideración el monto de la indemnización debida al contratista.

La segunda consecuencia sería atribuir al poder concedente un papel protagonista en las evaluaciones necesarias para determinar la indemnización en dos tipos de terminación del contrato de concesión. El argumento de este ordenamiento sería determinar *quién* realizará las evaluaciones. El § 4.º del artículo 35 existiría para llamar la atención del *poder concedente*, convirtiéndolo (no las partes) en el competente para realizar estas evaluaciones de antemano, en estas dos hipótesis (antes de la terminación). Esta consecuencia explicaría porqué la indemnización, en caso de terminación contractual por caducidad, es *calculada en el transcurso del proceso*, esto es, mientras en el advenimiento del término contractual y el traspaso, el poder concedente es quien se anticipa y calcula la indemnización y en el caso de caducidad, tal indemnización sería determinada en función de un acto procesal.

La tercera consecuencia de esta primera interpretación sería potencialmente contradictoria dentro de la Ley Federal 8.987/1995. Mientras el § 4.º del artículo 35 le determina al poder concedente que se anticipe, realizando los levantamientos antes del advenimiento del término contractual y de traspaso, el § 2.º^[42] del mismo artículo 35 habría introducido un flujograma en la terminación de concesión. Una vez terminado el contrato, el poder concedente asumiría el servicio y solo con el activo en las manos, daría el siguiente paso: proceder a los levantamientos, evaluaciones y liquidaciones necesarias. Después de todo, si los § 2.º y § 4.º del artículo 35 y el § 4.º del artículo 38 *conviven armoniosamente*, el § 2.º sería únicamente destinado a la hipótesis de: a) anulación iniciada por el poder concedente, y b) por falencia de la concesionaria. En otras palabras, a menos que la ley haya tenido el objetivo de elaborar una "regla general" aplicable apenas en los casos de anulación y falencia del contratista, la ley habría sido contradictoria: en un ordenamiento dice que los levantamientos ocurrirán *después* de la terminación de la concesión, mientras que, en otro, se prevé que los levantamientos ocurrirán *antes* de la terminación.

Esta no nos parece ser la mejor interpretación, por las siguientes razones. Primero, no hay un argumento racional de selectividad de cautela por el poder concedente. ¿Por qué no evaluar antes el monto debido de la indemnización en caso de terminación? Probablemente esta evaluación ayudaría (o podría ayudar) a tomar la decisión sobre la anulación del contrato. Segundo, ¿por qué atribuirle al poder concedente un papel destacado en una evaluación que se refiere al derecho del contratista? Parece poco viable suponer que esta evaluación del poder concedente necesariamente prevalecerá delante de las del contratista, titular del derecho a la indemnización. Asumir que apenas la

42 "§ 2.º Extinta la concesión, habrá inmediata asunción del servicio por el poder concedente, procediendo a los levantamientos, evaluaciones y liquidaciones necesarias".

caducidad admitiría un cálculo de indemnización *en proceso* ignora cualquier influencia de las directrices rudimentarias del proceso administrativo. Tercero, ¿por qué *concebir en la anticipación* de la evaluación que, justamente para ser precisa (representar lo que debe ser indemnizado), requiere la máxima cercanía al momento de la terminación? Aunque haya razones para imaginar beneficios derivados de un poder concedente que planifica sobre los eventuales montantes que pagará, la buena intención subyacente a este argumento choca en la selectividad que la ley ampara: planeación solo en algunos casos. Finalmente, ¿por qué habría permitido la ley contradecirse en este tema?

Proponemos una segunda interpretación.

Nuestro análisis no aclara la planeación (anticipación) del poder concedente sobre el cálculo de la indemnización, mucho menos le concede un papel privilegiado o aislado en su determinación. Nuestro análisis lleva a concebir que el papel del § 4.º del artículo 35 es el de garantizar un derecho frente a la potencial terminación anticipada realizada por el poder concedente. Mientras este ordenamiento conlleva el derecho de la indemnización, los artículos 36 y 37 conducen a la forma como este derecho será ejercido, y dicha forma nos parece ser la razón primera de las referencias *apenas* a los incisos 1 y 2. La forma del ejercicio del derecho de indemnización se diferencia de dos principales maneras: a) quiebra de la expectativa regular del cumplimiento del plazo por razones determinadas y relacionadas al contrato, y b) quiebra de la expectativa regular del cumplimiento del plazo por razón indeterminada, registrada en la conveniencia de la expresión "interés público", y a ser identificada y evaluada por medio de la voluntad legislativa específica ulterior (traspaso).

Entendemos que el § 4.º del artículo 35 explica que el *derecho* a la indemnización, por causa de la terminación del contrato, ocurre en la medida en que haya *terminación anticipada del contrato*. Se trata de un derecho del contratista, cuando el poder concedente se anticipa a la terminación de la concesión. El ordenamiento sirve para garantizar que las terminaciones anticipadas promovidas por el poder concedente necesariamente van a implicar una evaluación y la determinación de una indemnización, es decir, la función del párrafo es construir un derecho a la indemnización como resultado de la conjunción de dos hipótesis: a) que haya anticipación del plazo originalmente previsto, y b) la anticipación de la terminación haya ocurrido por medio del poder concedente.

Si no fuera necesario que la concesión se anticipe para la debida indemnización, este párrafo sería totalmente innecesario. ¿Por qué prever *cuándo* cabe una indemnización en un párrafo de un artículo sobre los tipos de la terminación del contrato? El párrafo aclara en cual terminación (*solo en la anticipada*) se debe indemnizar. Si el siguiente artículo (artículo 36) ya prevé un derecho general de indemnización al final de *cualquier* contrato (inclusive final regular, dentro del plazo), ¿cuál es la necesidad de repetir el derecho a la indemnización para la hipótesis de terminación anticipada?

El agente que promueve esta anticipación también es importante para la comprensión sistemática del derecho a la indemnización. Como mencionamos anteriormente, el § 4.º del artículo 35 traza una línea de corte que: a) quiebra la expectativa regular del cumplimiento del plazo por razones determinadas y relacionadas al contrato, y b) quiebra la expectativa regular del cumplimiento del plazo por una razón indeterminada de interés público.

Esta línea de corte parece conducir un derecho a la indemnización por cualquier causa de terminación anticipada promovida por el poder concedente (causada por o de su iniciativa), ya que el ordenamiento se inclinó por una regla general: habrá indemnización en la anticipación del plazo (cualquier razón), debido a la posibilidad de afirmar el derecho a la indemnización en cada tipo de terminación anticipada. Es decir, no se busca culpables o motivos que lo justifiquen, *a priori*. Hacer esto no tiene sentido porque, es necesario, justamente, realizar primero los levantamientos y evaluaciones, fuera de considerar las condiciones establecidas en cada contrato. *A priori*, la única cosa que tiene sentido garantizar es el derecho a una evaluación que corresponda a una expectativa mínima de indemnización esperada.

Esta parece ser la razón de encontrar siquiera una línea sobre el derecho de indemnización del contratista en la hipótesis de terminación que puede suceder sin ningún indicio de que este fuera negligente en la ejecución contractual: anulación o terminación. A fin de cuentas, de ninguna manera nos parece razonable sostener que el contratista no tendría derecho a la indemnización en la hipótesis de terminación del contrato por la no ejecución contractual del poder concedente. Siendo así, la posible respuesta nos parece ser la ausencia de tal ordenamiento frente a una regla más general bajo la posibilidad de indemnización en función de la terminación anticipada del contratado; de igual forma, el § 4.º del artículo 35 no sería necesario en el caso de cualquier extinción (no apenas anticipado) fuera la conclusión interpretativa adoptada por el artículo 36.

1.7.2. La identificación del montante mínimo "de las parcelas de las inversiones vinculadas a los bienes reversibles, aún sin amortizar o depreciar" de prescripción, aleja su aplicación para término ordinario del contrato

Adicionalmente, el artículo 38, §5^[43] previó que la indemnización de los bienes no amortizados o depreciados compondría un *montante mínimo* de indemnización para la terminación anticipada, que, aun en caso de caducidad o propenso al

43 "§ 5.º La indemnización que trata el párrafo anterior, será debido en la forma del artículo 36 de esta Ley y del contrato, descontando el valor de las multas contractuales y de los daños causados por la concesionaria".

descuento de daños y multas, sería debido. Observe que la caducidad es el tipo de terminación anticipada de la concesión como resultado del incumplimiento del contratista. Esto nos lleva a creer que el valor mínimo debido, incluso en la caducidad, solo puede existir si *se compara* a una situación en la cual los bienes fueron amortizados y depreciados completamente, ya que no tiene sentido indemnizar, en el caso de caducidad, de la misma forma (con el mismo valor mínimo) que se indemnizaría en el caso de término normal del contrato.

Es decir, la respuesta al análisis del artículo 38, §5.º, no puede ser que la concesionaria tenga derecho a la indemnización en el término del plazo de concesión, así como en el caso de caducidad, porque no hay motivos para comparar derechos iguales en situaciones totalmente distintas. Lo que el artículo 38, §5 nos aclara es que la indemnización en el caso de caducidad *también* existe y es calculada bajo los términos del artículo 36, puesto que, incluso cuando el contratista se comporte mal, el poder concedente, frente a la terminación anticipada, no podrá quedarse con los bienes que fueron pasibles de amortización y depreciación sin la debida contrapartida, bajo la pena, *aquí sí*, de enriquecimiento ilícito. La anticipación de la terminación es lo que genera el deber de indemnizar, porque impide la amortización y la depreciación prevista en el plazo original.

En este sentido, se puede afirmar que "El plazo de la concesión no debe ser ni superior ni inferior al necesario para la amortización de las inversiones previstas, considerando la ecuación económica del contrato en su totalidad"⁴⁴. Entonces, la determinación del plazo debe generar una premisa de amortización al final del contrato, que será quebrado si el plazo es acortado por la terminación anticipada⁴⁵.

2. INDEMNIZACIONES EN CASO DE TERMINACIONES ANTICIPADAS: EJEMPLOS DE LO QUE SE PUEDE ADAPTAR

La ley de concesiones enumera seis hipótesis para la terminación de la concesión, siendo: a) el advenimiento del término contractual, b) el traspaso, c) la caducidad, d) la rescisión, e) la anulación, y f) la falencia o extinción de la empresa concesionaria y fallecimiento o incapacidad del titular, en el caso de empresa individual⁴⁶. Con la evolución de la regulación, más allá de las hipótesis previstas explícitamente en la Ley Federal 8.987/1995, los contratos de concesión pasaron a incluir: a) casos fortuitos y de fuerza mayor, y

44 ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, *Concessão de serviços públicos*, 2.ª ed., São Paulo: Maheiros, 2002, p. 86.

45 Veremos que hay otras causas de indemnización en un contrato de concesión, pero estas no derivan de la quiebra de la premisa "plazo determinado para amortizar y remunerar las inversiones".

46 Artículo 35 de la Ley Federal 8.987/1995.

b) la configuración de hipótesis de rescisión amigable, cuya fuente normativa proviene de la Ley Federal 8.666/1993^[47]. Naturalmente, con excepción del advenimiento del término contractual, las demás hipótesis interrumpen el curso normal de la concesión, anticipando su extinción y propiciando así la indemnización por parte del poder concedente.

De forma general, puede entenderse que la legislación brasileña utiliza las indemnizaciones como una forma de impedir el enriquecimiento ilícito de las partes⁴⁸, dado que, durante el plazo de la concesión, la concesionaria realiza inversiones en bienes reversibles, como es exigido por el contrato y para garantizar la continuidad y actualización del servicio concedido, esperando amortizarlos, obteniendo remuneración compatible con sus objetivos, hasta el fin del plazo inicialmente estipulado para la concesión.

Siendo así, cuando hay una interrupción anticipada del plazo del contrato, la concesionaria pierde la capacidad de amortizar estas inversiones y los activos en proceso son revertidos al poder concedente. Suponiendo que no haya indemnización, lo que ocurre es que, mediante la reversión, el poder concedente recibe un activo por el cual no pagó, por lo menos no por completo. El pago por el activo se da justamente por medio de la concesión del derecho de exploración de este, durante el plazo inicialmente estipulado.

De esta forma, la regla general para el cálculo del montante de la indemnización parte del valor de las inversiones en bienes reversibles no amortizados o depreciados. Vale la pena observar que no se pretende en el presente artículo discutir: a) el cálculo de esta parcela, las posibles metodologías, particularidades e ítems a ser considerados en la obtención de tal resultado; como tampoco b) las reglas generales, como la priorización del pago, límites máximos o mínimos para el montante, entre otros.

La definición del montante a ser pago por la indemnización, resultado de la terminación anticipada del contrato de concesión, tiene tratamientos distintos dependiendo de la hipótesis. De otro modo, podrían ser simplemente divididas entre las hipótesis de la terminación imputable: a) a la concesionaria y b) al poder concedente, donde acaban incluidos los eventos de caso fortuito y fuerza mayor. De esta forma, el presente artículo discutirá a partir de aquí, las principales premisas involucradas en el cálculo de la indemnización derivado de la caducidad y traspaso que, respectivamente, se relacionan a las

47 Se observa que la ley paulista de concesiones ya prevenía la rescisión amigable como hipótesis explícita de la rescisión amigable, según nota de pie más adelante.

48 Hay tratamientos distintos aplicados en otras jurisdicciones, donde, por ejemplo, se consideran: a) valor total o parcial del saldo de los financiamientos, b) valor presente de los flujos de caja futuros, y c) montante obtenido por medio de la re-licitación del proyecto en el mercado. PPP KNOWLEDGE LAB, *Public-Private Partnerships Reference Guide*, Washington: International Bank for Reconstruction -The World Bank, 2017. Disponible en línea: <https://pppknowledgelab.org/guide/sections/66-termination-provisions#table-19>.

hipótesis imputables a la concesionaria y al poder concedente, en un sentido de riesgo político en la evaluación de la convivencia del contrato o de la idea del concepto de interés público⁴⁹. A continuación, será discutido el organismo de rescisión amigable.

2.1. CADUCIDAD

Frente a la hipótesis de la caducidad, que es caracterizada por una falla de la concesionaria en el cumplimiento de las exigencias contractuales, del montante inicial, es decir, las inversiones sin amortizar o depreciar, deberán ser descontadas, según el párrafo 5.º del artículo 38 de la Ley 8.987/95, a) el valor de las multas contractuales y b) los daños causados por la concesionaria.

Vale la pena observar que hay una discusión sobre la pertinencia de considerar un eventual valor de otorga fija, efectivamente pagado por la concesionaria para poder obtener el derecho a la exploración de la concesión, en el cálculo del montante indemnizable⁵⁰. La ley de concesiones guarda silencio frente a esa posibilidad o sobre el propio concepto de otorga como inversión, lo que empezó a ser realizado por medio de los contratos. Como los contratos más antiguos eran escuetos en sus cláusulas sobre la terminación anticipada, nunca fue suficientemente claro lo que se debería considerarse en el ambiente regulador brasileño.

Contratos más recientes son más detallados sobre las cláusulas para cada hipótesis de terminación anticipada, de tal suerte que ya se pueden ver tratamientos diferentes sobre este tema. Por ejemplo, los contratos más recientes de la ARTESP (Agencia de Transportes del Estado de Sao Paulo) son claros sobre la aplicación del monto fijo que se otorga en la hipótesis de traspaso⁵¹. Recientemente, en el contrato de la concesión divulgado en consulta pública por la Secretaría de Transportes Metropolitanos del proyecto de las líneas 8 y 9 de la Compañía Paulista de Trenes Metropolitanos (CPTM), se admitió el

49 No abordaremos aquí el la cantidad indemnizable en la hipótesis de "rescisión" en las concesiones, previsto en el artículo 35, IV, o sea, la hipótesis de terminación anticipada derivada del incumplimiento contractual del poder concedente, lo que sería una caducidad al contrario.

50 La discusión sobre la cabida de consideración de la otorga fija, incluyendo la eventual plusvalía ofertada en el ámbito de la propuesta financiera, junto con los valores indemnizables, es amplia y posee diversos matices que deben ser observados. El presente artículo no pretende discutirlos.

51 A partir de la 4.ª etapa del programa de concesiones de autopistas paulista, con el Lote 28 - Centro Oeste Paulista. ARTESP, Contrato de Concesión del Lote 28 - Centro Oeste Paulista. Disponible en línea: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx> [consultado el 13 de marzo de 2020].

pago del valor del valor fijo en todas las hipótesis de terminación anticipada del contrato, inclusive para la hipótesis de caducidad⁵².

2.2. TRASPASO

Con relación al traspaso, el legislador no trata de forma diferenciada el valor de la indemnización, pero exige que dependa de una ley que lo autorice y que su pago sea previsto. Sucede que el traspaso es una hipótesis sobre la cual la concesionaria no tiene ningún control o previsibilidad, siendo competencia exclusiva del poder concedente, es decir, aún siendo motivada por el interés público, es un quiebre de contrato que impide completamente la posibilidad de la concesionaria de obtener los resultados que fueron inicialmente estipulados y la motivaron a construir la relación contractual con el Estado.

Siendo así, no es coherente admitir que el tratamiento del traspaso y de las hipótesis análogas, es decir, aquellas no aplicables a la concesionaria, deba ser el mismo para aquellos que han dado motivos. En otras palabras, la concesionaria pierde, motivadamente, el derecho de explorar la concesión en las hipótesis donde es responsable por la terminación anticipada, mientras que este derecho le es confiscado por el poder concedente cuando no ha dado motivo.

Teniendo esto claro, es razonable que la indemnización prevista para estas hipótesis sea, mínimamente, capaz de evitar prejuicios que no habrían ocurrido en el caso de que el contrato de concesión haya sido cumplido de acuerdo con lo inicialmente pactado⁵³.

Para los contratos más antiguos, como los de la primera etapa del programa de concesiones de las autopistas paulistas, que habla sobre la hipótesis de traspaso, cita las leyes federales 8.987/95 y 8.666/93 con el fin de permitir que el valor de la indemnización no se limite a las inversiones no amortizadas o depreciadas⁵⁴. Para los contratos más recientes como los de la ronda de concesiones aeroportuarias de la ANAC (Agencia Nacional de Aviación Civil)

52 COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS, Contrato de Concesión de las líneas 8 y 9. Disponible en línea: <http://www.sis.cptm.sp.gov.br/DataRoom/Conta/Login?Length=5>.

53 La ley de concesiones no dispone sobre el aspecto cuantitativo, pero se puede evaluar subsidiariamente lo que disponen los artículos 78 y 79 de la Ley Federal 8.666/93: "Artículo 78: "Constituyen motivo para la rescisión del contrato: (XII) razones de interés público, de alta relevancia y amplio conocimiento, justificadas y determinadas por la máxima autoridad de la esfera administrativa a la que está subordinado el contratante y formuladas en el proceso administrativo a la que se refiere el contrato". Artículo 79 § 2.º: "Cuando la rescisión ocurra con base en los incisos XII a XVII del artículo anterior, sin que haya culpa del contratado, este será resarcido de los prejuicios regularmente comprobados que haya sufrido, teniendo incluso derecho a: I) devolución de la garantía; II) pagos debidos por la ejecución del contrato hasta la fecha de la rescisión; III) pago del costo de la desmovilización".

54 1.ª Cuarta etapa del programa de concesiones de autopistas paulista, contempla los Lotes 1 al 12. Disponible en línea: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx> [Consultado el 13 de marzo de 2020].

en 2019, ya incluyen previsiones específicas que permiten el valor de la indemnización incluyendo: a) costos de desmovilización y b) lucros cesantes⁵⁵.

En relación con la otorga pagada por la concesionaria para la exploración de la concesión, la discusión sobre la cabida de inclusión en el valor indemnizatorio es mas pacífica. Ahora bien, si la concesionaria pierde el derecho de exploración mediante su confiscación por el poder concedente y el otorgamiento es considerado en el valor de la inversión, parece más pacífico admitir la restitución del valor pagado por esta para la obtención del referido derecho. Es lo que disponen, por ejemplo, los contratos de la 4.ª Etapa de concesiones de las autopistas paulistas, que incluyen expresamente el valor desembolsado como título de otorga fija al montante indemnizatorio⁵⁶.

2.3. RESCISIÓN AMIGABLE

El potencial consenso en la terminación anticipada de un contrato público no aparecía como una opción para ocupar tiempo y espacio en los debates, pero

55 Conforme cláusula 13.13 del Contrato de Lote Centro-Oeste: "Para atender al interés público, mediante ley autoritativa específica, la ANAC podrá retomar la Concesión, después de asegurar el previo pago de indemnización compuesta de las siguientes parcelas: 13.13.1. de los lucros cesantes, calculados con base en la expectativa de los años restantes de la concesión, limitado, mínimamente, al saldo debido actualizado vencido y a vencer de cualquier financiamiento contraídos por la Concesionaria; y 13.13.2. costo de desmovilización, incluyendo el valor de todos los encargos y cargas derivados de multas, rescisiones e indemnizaciones debidas a empleados, proveedores y otros terceros creadores de la Concesionaria, de cualquier título". ANAC, Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do bloco centro-oeste. Disponible en línea <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/bloco-centro-oeste/documentos-relacionados/contrato-assinado/contrato-002-anac-2019.pdf/@download/file/Contrato%20002-ANAC-2019.pdf> [consultado el 13 de marzo de 2020].

56 Conforme cláusulas 42.2 y 42.2.1 del Contrato del Lote 29 - Via Paulista: "42.2. En caso de traspaso, la CONCESIONARIA tendrá derecho a la indemnización, en los términos del art. 36 de la Ley Federal n.º 8.987/95, que deberá cubrir: i. Las parcelas de las inversiones realizadas y vinculadas a los BIENES REVERSIBLES, que hayan sido realizadas para garantizar la continuidad y actualización del servicio concedido, y las parcelas de la OTORGA FIJA efectivamente pagadas, en ambas hipótesis no amortizadas o depreciadas; ii. Todos los encargos y costos derivados de multas, rescisiones e indemnizaciones que se realizadas por los proveedores, contrataciones y terceros en general, como resultado de la ruptura de los vínculos contractuales, siendo estos valores compatibles a lo practicado en el mercado, en especial en el caso de las partes relacionadas. iii. Los lucros cesantes; 42.2.1. Exclusivamente para fines de indemnización para el caso contemplado en la cláusula 42: v. Serán considerados los valores contabilizados por el reconocimiento de la OTORGA FIJA, desde que sean efectivamente desembolsados por la CONCESIONARIA". ARTESP, Contrato de Concesión del Lote 29 -- Via Paulista. Disponible en línea: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx> [consultado el 13 de marzo de 2020].

tampoco se trataba de una tesis descartada. Por parecer poco creíble, la misma no generaba mucho interés en las redacciones del contrato, más en un contexto en el que ninguna forma de terminación contractual parecía merecer mayor esfuerzo. De repente, comenzó a surgir la necesidad de prever en el contrato una hipótesis en la cual la materialización de un riesgo permitiera la salida de las partes de común acuerdo. No se trataba necesariamente de un incumplimiento de una obligación por parte del poder concedente o del contratista, pero sí de la concreción de un riesgo que tornaría el contrato muy oneroso o inviable. El objetivo no era sancionar sino promover una salida (*way-out*⁵⁷) para la consecuencia de un riesgo común. Las partes estarían de acuerdo en la necesidad de poder utilizar este resultado, ya que la norma de los contratos hasta entonces los arrinconaba. No era el caso de caducidad, de rescisión ni mucho menos de traspaso, por citar los tipos de terminación anticipada que normalmente gozan de mayores detalles en los contratos.

La idea de utilizar la rescisión amigable como hipótesis permitiría este resultado, sin embargo, podría ser blanco de dos argumentos contradictorios.

Por un lado, sería el posicionamiento contrario a cualquier posibilidad de rescisión amigable en contratos de concesión. En el centro de este posicionamiento estaría el hecho de la rescisión amigable no estar prevista en el artículo 35 de la Ley 8.987 de 1995, que enumera las hipótesis de cancelación de la concesión. Según esta visión, si la rescisión amigable no fuera prevista, no podría ser utilizada. Como la ley de concesiones fue específica en listar cuáles serían los tipos de terminación de contrato, no sería permitido adicionar por vía contractual, a pesar de la vía legislativa, otro tipo, excedente, excluido por el legislador de las concesiones. El legislador de las concesiones habría sido claro⁵⁸.

Por otro lado, tendríamos la posición favorable a la hipótesis de la Administración pública, concluir amigablemente un contrato, *desde que* la elaboración del acuerdo ocurriera en el momento de la terminación del contrato. Aceptar esta

57 Esta expresión fue sugerida y recurrentemente utilizada por el equipo de estructuración de proyectos de autopistas del gobierno de São Paulo entre 2016-2018, como ejemplo de Isadora Cohen, Guilherme Martins, Renata Dantas y Rafael Benini.

58 Se deja registrado que, en el caso de São Paulo, la Ley de Concesiones Paulista (Ley Estadual n.º 7.835/1992) trae la previsión que está transcrita a continuación, lo que facilitó las cláusulas contractuales de *way out* en los más recientes contratos de concesión. Por el contrario, la justificación es la inminencia de inviabilidad contractual por todas las partes, en razón de la materialización del riesgo determinado. El contrato también prevé, atendiendo el artículo 26, las reglas de indemnización para la hipótesis. "Artículo 19. - Se cancela la a concesión por: [...] IV - rescisión amigable o judicial; [...]. Artículo 26 - El término anticipado de la concesión, resultante de la rescisión amigable, será obligatoriamente precedido de una justificación que demuestre el interés público de la terminación, conteniendo reglas claras y detalladas sobre la composición patrimonial derivadas del ajuste".

hipótesis de la rescisión amigable, en esta posición, se apoya en dos razones. Primero, habría una ayuda de la Ley 8.666 de 1993 que prevé expresamente en su artículo 79 la rescisión: "II - amigable, por acuerdo entre las partes, reducida a término en el proceso de la liquidación, desde que la Administración lo considere conveniente". Como la Ley 8.666 de 1993 es adicionalmente aplicable a las leyes de concesiones y de asociaciones público-privadas, el alivio de poder ver en la ley el aval que el derecho aplicaba estaba registrado. Segundo, si las leyes de concesiones y de las APP no se referían específicamente a la rescisión amigable, no habría tampoco un obstáculo legal para que la Administración pública realice, en consenso con el contratado, el término de un contrato. Con los argumentos de relativización del principio de legalidad tal cual era propagado por el derecho administrativo tradicional⁵⁹ ("la administración apenas está autorizada para actuar si la ley específica lo establece") e incorporando los métodos de soluciones alternativas que se ampliaban explícitamente para la Administración pública⁶⁰, la posibilidad de cancelar un contrato amigablemente por parte de la Administración sería más que razonable, incluso la realización de alguna horizontalidad en la históricamente jerárquica relación administración-administrado.

Resta, finalmente, discutir el alcance del significado de "acuerdo entre las partes". La reticencia se limitaría a delinear en el contrato lo que debería ser *acordado*. Una rescisión amigable presupone que las partes se sientan a la mesa y deciden amigablemente cancelar el contrato. Habría, en esta hipótesis, un consentimiento tanto del poder concedente como del contratista, tratándose de una situación en la cual lo mejor sería cancelar el contrato. Las partes, entonces, necesitarían negociar y llegar a un acuerdo. Solo faltaría responder a la siguiente pregunta: ¿cómo prever en el contrato la hipótesis objetiva de consenso, antes de cualquier discusión y decisión sobre cancelar amigablemente el contrato?

El primer punto por aclarar es que este escenario de potencial rescisión amigable o rescisión amigable de contenido abierto no es descartado de los

59 Si bien, hasta el final de la década de 1990 el principio de legalidad había sido interpretado de esta manera por el mundo, hecha notar por medio de voces como Celso Antônio Bandeira de Mello en Brasil, los cambios de concepción del Estado y del derecho administrativo han apuntado para otra dirección. El agotamiento de la lógica de la administración actuar como un brazo mecánico del legislativo ha ganado relevancia. Por ejemplo, ampliando y consolidando este movimiento en Brasil están: GUSTAVO BINENBOJM, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2013; y CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito Administrativo para Céticos*, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

60 La Ley Federal n.º 13.129/2015 modificó la Ley de Arbitraje (Ley Federal 9.307/1996), con el fin de explicar que la Administración pública podrá utilizarse como árbitro para resolver conflictos, fuera de explicar que la autoridad competente para celebrar la convención de arbitraje es la misma para realizar acuerdos y transacciones.

contratos de concesión que prevén una condición específica a la rescisión amigable. Más allá de estas condiciones, el poder concedente y el contratista se sientan a la mesa para elaborar este "acuerdo entre las partes" para llevar a cabo la rescisión amigable. Realmente, este acuerdo no tiene un contenido definido, al contrario, será resultado de las negociaciones. El problema es que esta hipótesis, siendo poco creíble y sin orientación sobre las consecuencias prácticas, permanece como una alternativa sin reverberación.

En segundo lugar, lo que la rescisión amigable parece suponer es el *consentimiento* de las partes al respecto de la hipótesis específica y de las consecuencias de cierta terminación anticipada. Y este consentimiento no está limitado a un momento de la ejecución contractual o condicionado por la existencia de un procedimiento específico, de esta forma, lo que los contratos que predijeron la condición de activación hicieron, fue anticipar para el momento de la firma del contrato, el consentimiento de ambas partes sobre las consecuencias de su materialización. Es decir, rescisión amigable no significa que las partes continuarán con relación amistosa después de una larga negociación y acuerdos establecidos, pero hay un consenso sobre cuál es el próximo paso en una cierta situación. De hecho, el próximo paso del que estamos hablando aquí puede incluir una reflexión sobre la constatación recíproca de que cualquier proyecto en común es inviable.

Mientras tanto, se podría imaginar un argumento según el cual, una rescisión amigable que omite una negociación y un acuerdo al momento de materialización de la condición de terminación anticipada sería equivalente a un traspaso. En el caso de que la condición permita que el poder concedente cancele el contrato, sería un traspaso más tradicional; ya en el caso de la condición de permitir que el contratista cancele el contrato, sería un "traspaso contrario". No sería adecuado utilizar la figura de la rescisión amigable, ya que el traspaso estaría caracterizado.

Empero, entendemos que esta no sería la mejor interpretación por dos razones principales: una de causa y otra de consecuencia. En el traspaso, el poder concedente (poder ejecutivo) nunca está obligado, pero sí *autorizado* a acabar con el contrato. Así el legislativo autorice el traspaso, el ejecutivo puede desistir de hacerlo. La ley que autoriza no vincula al ejecutivo, ya que el motivo de la terminación resulta del juicio discrecional del ejecutivo con respecto al interés público en juego. El legislativo no puede obligar el traspaso bajo el argumento de haber invasión de atribuciones y esto tiene una razón de ser. Lo que el legislativo hace es evaluar el juicio discrecional hecho por el ejecutivo con respecto al interés público en un caso concreto. Sin intención de determinar, el legislativo se limita a autorizar tal juicio, funcionando como una capa restrictiva de posibles abusos derivados del contenido indeterminado de la conveniencia pública. Lo que significa que no tendríamos garantías de que el contrato acabaría porque el ejecutivo no estaría obligado a hacerlo.

Fuera de eso, no se habla de rescisión amigable ante el "interés público". Las causas que direccionan la rescisión amigable de partida son específicas, originalmente previstas, desde las minutas disponibles en el proceso licitatorio. Por tanto, se trata de medidas de remediación de riesgos ya distinguidos que, en el caso de concretarse, tornarán la concesión demasiado onerosa o, incluso, inviable. La rescisión amigable surge más como una garantía al cumplimiento fiel del contrato, que una ponderación contingente sobre su conveniencia. Es más sobre cómo tratar los riesgos del contrato y menos sobre cómo ofrecer contenido concreto a la expresión "interés público".

CONCLUSIÓN

Entendemos que es inadecuado concebir el derecho de indemnización del contratista con relación al plazo de concesión.

Las dudas en pro de la indemnización derivan de los siguientes argumentos: nuestra doctrina y jurisprudencia son discordantes sobre el tema; la indemnización sería resultado del equilibrio económico financiero del contrato; la indemnización tiene el objetivo de impedir el enriquecimiento ilícito del poder concedente; la indemnización tiene el papel de fomentar inversiones al final de contrato y la indemnización sería una decisión reguladora, como se vio en la experiencia del sector eléctrico. Sin embargo, cada uno de estos argumentos fue desarmado.

Las certezas opuestas a la posibilidad de indemnización en esta hipótesis corroboran la fragilidad de las dudas mencionadas. Enfocamos nuestra discusión en tres argumentos principales: las consecuencias de definir que el contrato de concesión prevé que inversiones serán amortizada y remuneradas en plazos determinados; el impacto de que la amortización signifique la disminución de la capacidad de un activo de generar beneficio económico futuro y, por lo tanto, la necesidad de que la concesionaria amortice sus inversiones hasta el final del contrato de concesión, aunque no se alcancen los objetivos iniciales en términos de remuneración.

BIBLIOGRAFÍA

AMARAL, ANTONIO CARLOS CINTRA DO. *Concessão de serviço público*, 2.^a ed. São Paulo: Maheiros, 2002.

ARACÃO, ALEXANDRE SANTOS DE. *Curso de Direito Administrativo*, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BINENBOJM, GUSTAVO. "Alterações de prazo nas concessões e permissões de serviço público". *Justiça & Cidadania*, n.º 102, 2009, pp. 26-30.

BINENBOJM, GUSTAVO. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

- BRUGNI, TALLES VIANA, ADRIANO RODRIGUES, CLÁUDIA FERREIRA DA CRUZ & NATAN SZUSTER. "IFRIC 12, ICPC 01 e Contabilidade Regulatória: Influências na Formação de Tarifas do Setor de Energia Elétrica". *Sociedade, Contabilidade e Gestão*, vol. 7, n.º 2, 2012. Disponible en línea: <http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-06/index.php/ufrj/article/view/1497/1341>.
- CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*, 24.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- EIB. *The EPEC PPP Guide*, 2015. Disponible en línea: <http://www.eib.org/epec/g2g/iv-project-implementation/41/416/index.htm>.
- FEDERAL HIGHWAY ADMINISTRATION. *Model Public-Private Partnerships Core Toll Concessions Contract Guide*, 2014. Disponible en línea https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/model_p3_core_toll_concessions.pdf.
- GRAU, EROS. "Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil". *Revista de Direito Administrativo*, vol. 261, 2012.
- JUSTEN FILHO, MARÇAL. "A ampliação do prazo contratual em concessões de serviços públicos". *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 23.
- MARQUES NETO, FLORIANO DE AZEVEDO. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- OLIVEIRA, RAFAEL CARVALHO REZENDE. *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PPP KNOWLEDGE LAB. *Public-Private Partnerships Reference Guide*, Washington: International Bank for Reconstruction - The World Bank, 2017. Disponible en línea: <https://pppknowledgelab.org/guide/sections/66-termination-provisions#table-19>.
- REIS, TARCILA. "Acordo Tripartite: enfrentando os desafios da financiabilidade de projetos de Concessão e Parcerias Público-Privadas no Brasil". En Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, André Tito da Motta Oliveira, Rafael Hamze Issa y Rafael Wallbach Schwind (coords.), *Direito, Instituições e Políticas Públicas: o Papel do Jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017.
- RIBEIRO, MAURÍCIO PORTUGAL. "Concessões de Infraestrutura e a Proibição de Indenizar Concessionário por Investimentos não amortizados: cortar o mal pela raiz ou tapar o sol com a peneira?". *20 anos da lei de concessões, 10 anos da lei de PPPs. Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social* (pp. 367-382). Porto Alegre: Revolução Ebook, 2015.
- SUNDFELD, CARLOS ARI. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TOLOSA FILHO, BENEDICTO DE. *Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos comentada e anotada*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

WORLD BANK. PPP in Infrastructure Resource Center for Contracts, Laws and Regulations (PPPIRC). Disponible en línea: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/road%20bridge%20concession%20agreement.pdf>.

WORLD BANK, PPIAF & GLOBAL INFRASTRUCTURE FACILITY. *Guidance on PPP Contractual Provisions*. Washington: International Bank for Reconstruction and Development - The World Bank, 2017.

CONTRATOS DE CONCESIÓN

ALCAIDIA DE SÃO PAULO. Contrato de Concesión de la Prestación de Servicios de Transporte Colectivo Público de Pasajeros. Disponible en línea: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/concessao_rea_05_via_sul_transportes_urbanos ltda_1372958857.pdf.

ANAC. Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do bloco centro-oeste. Disponible en línea <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/bloco-centro-oeste/documentos-relacionados/contrato-assinado/contrato-002-anac-2019.pdf/@@download/file/Contrato%20002-ANAC-2019.pdf> [consultado el 13 de marzo de 2020].

ANEEL. Contrato de Concesión n.º 002/2019. Disponible en línea: <https://www.aneel.gov.br/documents/10184/15063013/Contrato+de+Concess%C3%A3o+002-2019>.

ARTESP. Contrato de Concesión del Lote 28 - Centro Oeste Paulista. Disponible en línea: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx> [consultado el 13 de marzo de 2020].

ARTESP. Contrato de Concesión del Lote 29 - Via Paulista. Disponible en línea: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx> [consultado el 13 de marzo de 2020].

COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS. Contrato de Concesión de las líneas 8 y 9. Disponible en línea: <http://www.sis.cptm.sp.gov.br/DataRoom/Conta/Login?Length=5>.

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA. Concesión administrativa para la construcción y operación del Sistema de Disposición Oceánica de Jaguaribe. Disponible en línea: http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/CONTRATO_424-2006_SDO_JAGUARIBE.pdf.

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA. Contrato PPP Proyecto Hospital Suburbio. Disponible en línea: http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Contrato_N30_2010_parte1.pdf.

JURISPRUDENCIA

Superior Tribunal de Justiça. Agrg en el Resp 1139802/Sc, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, Juzgado el 12/04/2011, DJE 25/04/2011.

Superior Tribunal de Justiça. Resp 1059137/Sc, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, Juzgado el 14/10/2008, DJE 29/10/2008.