



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

La concesión de obra pública

Aspectos jurídicos y económicos

Jaime Arancibia
Alicia De la Cruz
Ginés de Rus
Eduardo Engel
Juan Eduardo Figueroa
Ronald Fischer
Juan Carlos Flores
Alexander Galetovic
María Elisa Illanes
Eduardo Jequier
Alejandro Romero
Eduardo Saavedra

Jaime Arancibia Mattar
Alejandro Romero Seguel
Editores

Cuadernos de Extensión Jurídica 31 (2018)
La concesión de obra pública:
aspectos jurídicos y económicos

CIP- Universidad de los Andes

La concesión de obra pública

Aspectos jurídicos y económicos / Jaime Arancibia... [et al.]

Jaime Arancibia, Alejandro Romero, editores.

p. (Cuaderno de extensión jurídica N° 31)

Concesión obra pública. Jaime Arancibia, Alejandro Romero, ed.

CDD22

346.013

2018

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Álvaro del Portillo 12455, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Alejandro Romero Seguel

Comité Editorial: Alejandro Romero, Enrique Brahm, María de los Ángeles Soza, Joaquín García-Huidobro, José Ignacio Martínez, Alejandro Miranda, Sebastián Contreras.

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-389-010-5

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° A-299072

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual.

© 2018 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

NOTAS SOBRE LA ECUACIÓN ECONÓMICA FINANCIERA EN EL CONTRATO DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS EN CHILE

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS*
MARÍA ELISA ILLANES SOTTA**

I. INTRODUCCIÓN

Durante el curso de una relación contractual de largo aliento pueden tener lugar actos o hechos que no fueron previstos al momento de la contratación y que modifican las circunstancias que las partes tuvieron en cuenta a la hora de prestar su consentimiento. Cuando dichos acontecimientos alteran significativamente el contenido contractual, haciendo excesivamente onerosa la prestación para una de las partes, se dice que se genera un quiebre o desequilibrio económico en el contrato.

Especial relevancia cobra el principio del equilibrio económico financiero en el contrato de concesión de obra pública, que de acuerdo con su propia naturaleza tiene una duración extensa en el tiempo, encontrándose expuesto a un extenso y variado catálogo de riesgos y donde además los capitales invertidos son generalmente muy considerables.

Al efecto, se realizará una caracterización del contrato de concesión de obra pública centrándonos principalmente en el modelo establecido en Chile, para luego pasar a describir en qué consiste el principio de la ecuación económica financiera y cómo está recogido normativamente,

* Abogado de la Universidad de Chile; LL.M en Derecho Internacional, Comercio, Inversiones y Arbitraje Internacional, Universidad de Heidelberg. Profesor de Postgrado Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago, Chile; Director Académico del Diplomado Derecho Inmobiliario de la Universidad de los Andes; profesor de curso especializado de Derecho de la Construcción de la Universidad de los Andes, y Profesor Master Heidelberg Center para América Latina. Correo electrónico: jef@fihs.cl

** Este artículo ha sido preparado con la colaboración de la Abogado María Elisa Illanes Sotta, Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago, Chile).

respecto de este tipo de contratos, en el derecho nacional y en algunas legislaciones en el derecho comparado, para finalmente analizar aquellas hipótesis contempladas en la Ley de Concesiones chilena que podrían generar una alteración del equilibrio económico financiero del contrato y dar lugar a compensaciones económicas, especialmente a la luz de lo resuelto por el Panel Técnico de Concesiones, las Comisiones Arbitrales y la Corte Suprema.

II. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN CHILE: NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS

La figura de la concesión surge con el objeto de solucionar la necesidad del Estado de proveer nuevos bienes y servicios públicos, evitando aumentar el nivel de endeudamiento país¹⁻², por medio de esta, se da lugar al sector privado en el suministro y gestión de dichos bienes y servicios, pero manteniendo el Estado la titularidad de los mismos. “*Estos esquemas de contratación o participación privada en la provisión de infraestructura de servicios básicos se les conocen como asociación público-privada (APP) (...)*”³, modelo que da lugar a dos partes, por una, el Estado concedente, que retiene la titularidad del bien o servicio y, por otra, el concesionario privado, que se encargará de la gestión de naturaleza predominantemente económica y quien asumirá parte de los riesgos de la explotación a cambio de percibir las tarifas de los usuarios⁴.

No existe una regulación uniforme a nivel nacional frente al derecho comparado de la figura de la concesión, aunque en Chile se han distinguido ciertas clases⁵, entre ellas, las concesiones de obras públicas, reguladas por el D.S. 900 del Ministerio de Obras Públicas –en delante MOP– que

¹ Al respecto, en el libro sobre 20 años de las concesiones de obras públicas del MOP, se da cuenta que a principios de los noventa, tanto en Chile como en otros países en el mundo, particularmente de Latinoamérica, se empiezan a establecer y desarrollar políticas de mayor responsabilidad del gasto público, con ajustes presupuestarios y reducción de déficit fiscales, que traen aparejadas una disminución de los recursos estatales para inversión en infraestructura. Frente a este escenario, comienzan a implementarse, a nivel mundial, nuevos mecanismos para incentivar la inversión de recursos privados en el desarrollo de la infraestructura. Cfr. MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) p. 20.

² Acerca del particular, ENGEL, FISCHER, GALETOVIC Y HERMOSILLA sostienen que la nueva política de concesiones no se debió a una falta de recursos, sino más bien a la falta de capacidad técnica, humana y tecnológica necesaria para ejecutar los proyectos en plazos breves. Cfr. ENGEL et al. (2009) p. 152.

³ MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) p. 20.

⁴ Cfr. RUFÍAN (1999) p. 11.

⁵ RUFÍAN (1999) p. 11. Esta autora señala también las concesiones de uso público, mediante esta, la autoridad autoriza la utilización de un bien nacional de uso público o fiscal para determinados objetivos y las concesiones de servicios públicos, consistentes en un permiso administrativo para ejercer una actividad, por un plazo que puede o no estar determinado, en condiciones de monopolio natural o de cierta competencia y donde el Estado regula el régimen tarifario y sus condiciones operativas.

contiene la Ley de Concesiones de Obras Públicas⁶ –en adelante Ley de Concesiones o Ley de Concesiones de Obras Públicas, indistintamente–, cuyo objeto, de acuerdo con el artículo primero de esta ley, es la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la concesión de obras públicas, si bien la doctrina ha discutido si esta constituye o no un contrato, la Ley de Concesiones se refiere en forma reiterada al *contrato* o *contrato de concesión* entre el Estado y el concesionario, dando por establecida la existencia del mismo.

Respecto del modelo contractual, el legislador en Chile optó por un tipo en que asocia dos actividades: la realización de la obra pública, por un lado, y la gestión mediante la prestación del servicio público, por otro. Esta vinculación imprescindible entre la construcción y la explotación de la obra pública es la característica definidora de este tipo de contrato, diferenciándolo de otras legislaciones donde estas dos figuras no necesariamente van de la mano⁷.

Este modelo responde al esquema de contratos BOT (*build, operate and transfer*), bajo licitaciones públicas, donde una vez adjudicado el proyecto, el concesionario privado construye, repara y/o mantiene la obra, según sea el caso, la explota, y después de un plazo determinado esta retorna al Estado para ser licitada nuevamente⁸.

Al respecto, el artículo 39 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas establece lo siguiente:

“Para los efectos de esta ley, se entenderá por obra pública fiscal a cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados”.

Rufián sostiene que dicha relación contractual se enmarca necesariamente dentro del ámbito administrativo por varias razones, entre ellas, porque recae en un objeto público; en ella participa la Administración pública con una serie de prerrogativas; y tiene una finalidad pública: la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales⁹.

Asimismo, señala que en el contrato de concesiones de obras públicas confluyen elementos de carácter contractual, por la concurrencia de la voluntad de las partes en la formación del mismo, y también de carácter reglamentario, atendida la organización y funcionamiento del servicio, así

⁶ DFL del MOP N° 900 de 1996 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL del MOP N° 164 de 1991, cuya última modificación fue efectuada por la Ley N° 21.044 de 25 de noviembre de 2017.

⁷ Cfr. CAMACHO (2014) p. 150.

⁸ Cfr. MORANDÉ (2009) p.48

⁹ Cfr. RUFÍAN (1999) p. 24.

como a las potestades de intervención de la Administración en pos del interés público. En lo que respecta al contenido contractual, indica que comprende la duración de la concesión, las ventajas financieras que el ente público otorga al concesionario y el derecho al equilibrio financiero de este último, confluendo en la regulación de dicho contenido normas de derecho público y de derecho privado¹⁰.

Al respecto, Ramírez sostiene:

“Las obras públicas que emanan del sistema de concesiones deberán cumplir con el estatuto dogmático y orgánico que le sea aplicable a los tipos de obras, infraestructuras y actividades económicas que conlleve cada asociación público-privada. Esto implica que la normativa general y sectorial que regulan las concesiones de obras públicas, así como los derechos, garantías y deberes de los particulares que participan en su ejecución, deberán cumplirse, siendo parte de la hermenéutica jurídica su adecuada implementación”¹¹.

Este mismo autor agrega que al tratarse de obras públicas, los contratos de concesiones que regulan esta asociatividad público-privada deben interpretarse en conformidad con el bien común, no obstante ello al derecho del particular al respeto de las cláusulas contractuales y el aseguramiento de mantener el equilibrio económico contemplado en la concesión que da origen a la obra¹².

En definitiva, la concesión de obras públicas en Chile se enmarca dentro de un modelo de contrato *sui generis* que se desarrolla a largo plazo, donde el concesionario construye una obra pública fiscal, cuya titularidad pertenece al Estado, a cambio del derecho a explotar dicha obra por un lapso determinado de tiempo y donde este último pasa a prestar directamente un servicio público. En la medida que la autoridad concedente mantiene la propiedad del bien público concedido, que se incorporará como bien de dominio público, el concesionario conserva como resguardo las garantías jurídicas contenidas en el contrato y en la legislación aplicable. En este entendido, el éxito de esta compleja relación contractual dependerá, en gran parte, de una distribución equilibrada de los riesgos y del adecuado equilibrio económico y financiero entre los contratantes¹³, como pasaremos a revisar a continuación.

¹⁰ Cfr. RUIÁN (1999) p. 24-26.

¹¹ RAMÍREZ (2010) p. 12.

¹² Cfr. RAMÍREZ (2010) p. 12.

¹³ Cfr. RUIÁN (1999) p. 231.

III. LA ECUACIÓN ECONÓMICA FINANCIERA Y LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN CHILE Y EN OTROS ORDENAMIENTOS EN EL DERECHO COMPARADO

1. DESCRIPCIÓN DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA FINANCIERA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

Tradicionalmente el contrato de concesión se concibió como una relación de larga data donde el concesionario ejecutaba el contrato a su riesgo y ventura¹⁴, absorbiendo este último todos los riesgos, salvo aquellos que fueran causados por el propio concedente¹⁵. Este paradigma con el tiempo empezó a cambiar por diversas razones, como el alto costo financiero de la transferencia del riesgo al particular, lo que se traduciría en un servicio más caro para los usuarios, o el hecho de que muchas veces cuando acaecía el riesgo este era imposible de absorber por el privado, lo que en definitiva traía consecuencias negativas para ambas partes del contrato¹⁶.

Los problemas del modelo descrito llevaron, en definitiva, en palabras de Crivelli, "(...) a un reemplazo del principio de riesgo y ventura por el del mantenimiento de la ecuación económica-financiera original del contrato, el cual afirmó enfáticamente su carácter conmutativo, despojándolo en lo posible de aleatoriedad"¹⁷. Añade que este proceso de cambio, que arranca en la década del 70, se va afirmando con el paso de los años y ya en los 90 la mayoría de las legislaciones lo había adoptado; agrega que hoy la transferencia del riesgo es muy acotada, imperando el principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero.

Es posible preguntarse entonces en qué consiste este cambio de paradigma y más particularmente en qué se traduce este principio del equilibrio económico financiero.

Pues bien, todo contrato bilateral y conmutativo se estructura sobre la base de una ecuación obligacional, donde la equivalencia de las prestaciones ha sido determinada por las mismas partes en el propio contrato, como resultado del consenso entre sus participantes. Cuando estos contratos se pactan y desarrollan a largo plazo, la ecuación sigue estando presente

¹⁴ Cfr. RUFÍAN (1999) p. 231.

¹⁵ BERMÚDEZ, en referencia a los principios orientadores de la contratación administrativa, sostiene que "*El contrato se suscribe al riesgo y ventura del contratista. Esto supone que, en principio, él deberá soportar la mayor onerosidad que el cumplimiento del contrato le depare, pero además obtendrá el mayor beneficio que la prestación le confiera (esto es claramente apreciable en los contratos de concesión de obras pública y de servicio público)*". BERMÚDEZ (2014) p. 253. En este mismo sentido el MOP en su Libro Concesiones de Obras Públicas en Chile 20 años, sostiene: "*(...) los contratos administrativos en general, y en particular, el contrato de concesión de obra pública, traspasan el principio de riesgo y ventura de los resultados económicos al concesionario*". MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) p. 56.

¹⁶ Cfr. CRIVELLI (2017) p. 57.

¹⁷ CRIVELLI (2017) p. 57.

durante todo el tiempo que dure la concesión, pero como señala Crivelli, dicha ecuación ya no será simplemente económica, sino que también financiera, atendido que los valores que la integran, a causa del paso del tiempo, deberán estar sujetos a la tasa de interés o costo financiero¹⁸.

Bermúdez, en materia de contratación administrativa general, si bien sostiene que los contratos se suscriben a riesgo y ventura del contratista, reconoce la plena aplicación del principio del equilibrio económico-financiero del contrato como una garantía del contratante frente a las potestades exorbitantes que detenta la Administración pública¹⁹.

Al respecto, la comisión arbitral de la obra pública fiscal *Concesión Corredor de Transporte Público Av. Santa Rosa*, citando a Cosculluela, subrayó lo siguiente:

“El principio del riesgo y ventura informa también la ejecución de los contratos administrativos; pero dicho principio se reconvierte sustancialmente como consecuencia de la doctrina del equivalente económico financiero del contrato administrativo, que obliga a mantener la ecuación financiera pactada (...). El principio del riesgo y ventura cede, pues, en estos casos, ante la doctrina del equivalente económico o ecuación financiera (...).”²⁰

Por su parte, Rufián sostiene que ese equilibrio o proporcionalidad entre las prestaciones de las partes, que es consustancial a la idea misma del contrato, existe a su vez en los contratos administrativos y debe mantenerse a lo largo de su ejecución. Indica también que el contrato de concesión también se rige por este principio, el que se conforma por la suma de elementos que integran la fórmula contractual, y agrega que:

“La expresión del equilibrio económico financiero indica una especie de relación entre las obligaciones y retribuciones generada para las partes y significa que las obligaciones son equivalentes a las retribuciones de modo de caracterizar una ecuación, lo que no implica necesariamente garantizar un determinado lucro al concesionario”²¹.

Al respecto, la comisión arbitral de la concesión *Ruta 5 Tramo Talca-Chillán*, en su fallo del año 2000, citando un dictamen del Consejo de Estado Francés contenido en el libro de Rufián, recalcó lo siguiente:

“Es de la esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones

¹⁸ Cfr. CRIVELLI (2017) p. 180.

¹⁹ Cfr. BERMÚDEZ (2014) p. 250.

²⁰ COSCULLUELA MONTANER, Luis (1991): Manual de Derecho Administrativo. Tomo I. p. 295 y 296. Citado en: SOCIEDAD CONCESIONARIA VÍA SANTA ROSA S.A. CON MOP (2014).

²¹ RUFÍAN (1999) p. 235.

*deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles (...)*²² (considerando quinto).

En particular, la ecuación económica financiera del contrato de concesión o APP es de gran complejidad. En efecto, una parte de la ecuación se compone con las inversiones referentes al diseño, la construcción, el financiamiento, operación y mantención de la obra de infraestructura, así como de la correspondiente rentabilidad, y por la otra parte se constituye con la respectiva contraprestación, cuya consistencia puede variar entre peajes, tarifas, subsidios, entre otros, y donde también el sujeto pagador puede variar entre los usuarios, el contratante o ambos²³.

Respecto de esta ecuación pueden acaecer riesgos, siendo fundamental que el equilibrio de la igualdad consentida al momento de perfeccionarse el contrato de concesión permanezca durante todo el curso del mismo, debiendo estas siempre tender a su resguardo, salvo que el desequilibrio sea culpa de una de las partes contratantes.

Como se observa, el principio del equilibrio económico financiero es una regla fundamental en todo contrato administrativo y su aplicación cobra especial interés y relevancia en los contratos de concesiones de obras públicas que se desarrollan a largo plazo y donde la ecuación debe mantenerse durante toda su extensión, tendiendo a su restablecimiento en los casos que se haya producido una alteración significativa del mismo.

Es importante tener presente que cierta parte de la jurisprudencia es contraria a la aplicación de este principio en los contratos de concesiones de obras públicas, por no existir regla explícita de garantía al respecto. Así, por ejemplo, lo sostuvieron la comisión arbitral de la obra pública *Túnel el Melón* en su fallo del 2006²⁴ y la comisión arbitral de la concesión *Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78-Avenida Grecia* en su fallo del 2011²⁵. Lo cierto es que ambos fallos se refieren al contenido de la ley previo a la reforma del 2010, mediante la cual, como revisaremos más adelante, se explicitó el reconocimiento del principio al equilibrio económico financiero en los contratos de concesiones de obras públicas.

Por su parte, la comisión arbitral de la concesión *Túnel San Cristóbal*, en fallo del 2005, también respecto del texto de la Ley de Concesiones previo a la reforma del 2010, si bien sostuvo que el texto legal de la época no define ni garantiza explícitamente el equilibrio económico del contrato, entiende que este corresponde al (...) *cálculo hecho por los contratantes al tiempo del contrato y que, en el caso de la Sociedad Concesionaria,*

²² Dictamen del Consejo de Estado francés, de 11 de marzo de 1910, citado por RUFÍAN (1999) p. 235. Citado en: SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA 5 TRAMO TALCA-CHILLÁN S.A. CON MOP (2000).

²³ *Cfr.* CRIVELLI (2017) p. 181.

²⁴ SOCIEDAD CONCESIONARIA TÚNEL EL MELÓN S.A. CON MOP (2006). Ver punto 4.4.6.

²⁵ SOCIEDAD CONCESIONARIA AUTOPISTA VESPUCCIO SUR S.A. CON MOP (2011). Ver considerado sexto.

*está reflejado en la Oferta Técnica presentada al tiempo de la licitación*²⁶ (considerando vigésimo quinto).

De este modo, si bien el principio del equilibrio económico del contrato es una regla de gran importancia en todo contrato de concesión de obra pública, su reconocimiento y aplicación, por parte de la jurisprudencia nacional, no siempre ha sido unánime.

2. LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS Y EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO EN LOS CONTRATOS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS EN EL DERECHO CHILENO

Como se explicó anteriormente, los contratos de concesiones de obras públicas en Chile se estructuran sobre la base de dos actividades mancomunadas, la construcción y la explotación de la obra pública, donde los riesgos asociados y la distribución de los mismos es distinta según la etapa o fase de que se trate, como pasaremos a analizar.

a) Etapa de construcción

En primer lugar, la Ley de Concesiones en su artículo 22 se refiere a los riesgos propios de la etapa de construcción, estableciendo en su numeral segundo lo siguiente:

“Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación”.

Podemos encontrar diversos tipos de riesgos asociados a la fase de la construcción de la obra, entre ellos, solo por nombrar algunos, aquellos propios del proceso de concepción o de ingeniería, los riesgos del sobrecosto, de no cumplimiento del plazo o del acaecimiento de alguna catástrofe que destruya la obra, entre otros²⁷.

En principio, resulta evidente que es el concesionario quien se encuentra en mejor posición para asumir los riesgos propios de esta primera etapa de construcción; para ello comúnmente celebrará subcontratos con empresas constructoras o proveedoras que garanticen los precios a lo largo de la etapa de construcción²⁸. En cuanto al caso fortuito o

²⁶ SOCIEDAD CONCESIONARIA TÚNEL SAN CRISTÓBAL S.A CON MOP (2005).

²⁷ *Cfr.* RUFÍAN (1999) p. 124.

²⁸ *Cfr.* RUFÍAN (1999) p. 124.

fuerza mayor, la regla general en el derecho civil²⁹ es que el deudor no responde en dichas hipótesis, a menos que se haya constituido en mora o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. Sin embargo, la Ley de Concesiones altera esta regla, al establecer que el concesionario será quien deba responder ante un caso fortuito o fuerza mayor, salvo que se hubiese establecido otra cosa en las bases de licitación.

Acerca de este punto resulta relevante el Dictamen N° 29.955³⁰ de 1997 de la Contraloría General de la República, referente al contrato de concesión *Camino de la Madera*, donde a causa de intensas lluvias se produjo un deslizamiento de tierras en el camino concesionado, concurriendo a la reparación de los daños la empresa constructora. En las bases de licitación respectivas se había establecido la obligación de la concesionaria de contratar un seguro catastrófico cuyo beneficiario sería el MOP, el que recibió la indemnización correspondiente. Sin embargo, atendido que los riesgos de la obra fueron asumidos por la concesionaria, que concurrió a solventar los gastos de reparación de los daños, la Contraloría, en pos de mantener el equilibrio económico financiero del contrato, estimó que dicha indemnización correspondía que la percibiera la concesionaria y no el Fisco.

En este mismo sentido, en fallo dictado por la comisión arbitral de la obra pública fiscal denominada *Camino Nogales-Puchuncaví*. En efecto, en este caso se condenó al MOP a entregar a la concesionaria la suma que recibió por la indemnización del seguro, por las obras de reparación de los daños ocasionados a causa del desborde del estero Puchuncaví, las que fueron solventadas íntegramente por la sociedad concesionaria³¹.

Por último, haremos referencia al numeral tercero del artículo 22 recién citado, también relativo a esta primera etapa de construcción de la obra, el cual establece que, en aquellos casos que el retraso en el cumplimiento del plazo parcial o total fuere imputable al Fisco, "(...) el concesionario gozará de un aumento igual al período del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan". Al respecto, en un reciente pronunciamiento del Panel Técnico de Concesiones³², por una discrepancia entre las partes de la *Concesión Autopista Concepción Cabrero*, se estimó procedente compensar a la sociedad concesionaria

²⁹ Artículo 1547 del Código Civil.

³⁰ Dictamen N° 29.955 de 15 de septiembre de 1997 de la Contraloría General de la República de Chile.

³¹ SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL CAMINO NOGALES PUCHUNCAVÍ CON MOP (1999).

³² El artículo 36 de la Ley de Concesiones introducido mediante la Ley 20.410 del 2010, creó el Panel Técnico de Concesiones, disponiendo, en su inciso primero, lo siguiente: "Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas. Asimismo, el Ministerio de Obras Públicas y una o más sociedades concesionarias, en forma conjunta o separada, podrán realizar consultas al Panel Técnico sobre las materias mencionadas anteriormente". En su inciso cuarto establece las materias de las que podrá conocer el Panel Técnico.

por los sobrecostos causados por retrasos imputables al Fisco, en virtud de la aplicación de la disposición legal antes citada³³.

b) Etapa de explotación

El artículo 23 de la Ley de Concesiones se refiere a la etapa de explotación, donde impone al concesionario el deber de conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización y, asimismo, el deber de prestar el servicio también en condiciones de normalidad y de forma continua, de acuerdo con las exigencias concretas que se le indican en la misma ley. A continuación, en su artículo 24, el legislador impone al concesionario la obligación de velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos acerca de uso y conservación de las obras concedidas.

En esta misma línea, de acuerdo con el artículo 35 de la Ley de Concesiones, le corresponderá a la sociedad concesionaria asumir los riesgos por aquellos eventuales daños que se ocasionen a terceros, ya sea con motivo de la ejecución o explotación de la obra.

Por su parte, el artículo 36 del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas³⁴ –en adelante Reglamento de Concesiones– establece que la sociedad concesionaria tendrá la obligación de tomar pólizas de seguros que cubran tanto la responsabilidad civil por daños a terceros así como los riesgos catastróficos que puedan ocurrir durante todo el periodo de concesión, lo que ha de ajustarse a las exigencias particulares establecidas en las respectivas bases de licitación.

Los principales riesgos asociados a la etapa de explotación de la obra dicen relación con los ingresos que recibirá la concesionaria, jugando un papel importante la predictibilidad de los mismos, para ello deberá considerar factores como el tráfico, horarios de circulación, las tarifas aplicables, entre otros. Existen también otros posibles riesgos asociados a esta etapa, por ejemplo, riesgo de catástrofes y de evasión por parte de los usuarios³⁵.

3. LA ECUACIÓN ECONÓMICA FINANCIERA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS EN EL DERECHO COMPARADO

A continuación revisaremos someramente las referencias que se hacen a la ecuación económica financiera en las distintas regulaciones de las concesiones de obras públicas en el derecho comparado.

³³ SOCIEDAD CONCESIONARIA VALLES DEL BÍO BÍO S.A. CON MOP (2018). Recomendación del Panel Técnico, 17 de enero de 2018.

³⁴ DS N° 956 de 1999 MOP.

³⁵ *Cfr.* IBRAHIM Y MENDOZA (2014) p. 97.

En primer lugar, nos detendremos en la legislación española, donde la normativa que fija el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público³⁶ se refiere en reiteradas oportunidades al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, reconociéndolo como un derecho del concesionario y estableciendo, a su vez, el derecho o prerrogativa de la Administración para concurrir al restablecimiento de dicho equilibrio en favor del interés público (artículos 245 y 249).

Particularmente resulta relevante el artículo 258 de la ley indicada, denominado *Mantenimiento del equilibrio económico del contrato*, donde se dispone que el contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio en los términos considerados para su adjudicación, regulando a continuación las hipótesis en que la Administración deberá concurrir al restablecimiento del equilibrio perdido.

En cuanto a la distribución del riesgo entre las partes del contrato de concesión, se establece el principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras por parte del concesionario, aunque se señala que, si la concurrencia de fuerza mayor implicara mayores costos para este, se deberá proceder a un ajuste en el plan económico financiero y si la fuerza mayor impidiera continuar con el contrato, se procederá a su resolución recibiendo el concesionario una retribución en los términos señalados en la disposición (artículo 242).

Por último, es importante destacar que la normativa en análisis establece ciertas disposiciones especiales para la preparación de determinados contratos, entre ellos, el de concesión de obras públicas. Dentro de las actuaciones preparatorias relativas a estos contratos, se regula la obligación de trazar un plan económico-financiero de la concesión, que debe incluir todos los elementos indicados en la norma (artículo 131).

En segundo término nos referiremos a la regulación colombiana, donde la Ley 80 de 1993³⁷ por la que se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, reconoce en su artículo 5.1 el principio del mantenimiento de la ecuación económica financiera originaria del contrato como un derecho de los contratistas. En su artículo 27 denominado “De la ecuación contractual”, refuerza este principio al establecer que “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar (...)”, y en el caso que este equilibrio se rompa, las partes deberán tender a su restablecimiento en el menor tiempo posible.

³⁶ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ministerio de Economía y Hacienda “BOE” núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.

³⁷ Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

En el caso de Brasil, la Ley 8.987³⁸, de 1995, en sus artículos 9° y 10° se refiere al equilibrio económico financiero en relación con la política tarifaria de los contratos, donde “(...) se establece el principio de recomposición de la ecuación económico-financiera original, siempre que esta sea alterada sin imputabilidad del privado”³⁹.

En Uruguay encontramos la Ley 18.786 de 2011⁴⁰ sobre Contratos de Participación Público-Privada para la Realización de Obras de Infraestructura y Prestación de Servicios Conexos, la que regula la posibilidad de renegociar el contrato de Participación Público Privada (PPP), como lo denomina la propia ley, cuando concurren algunas de las hipótesis allí señaladas. Particularmente se hace referencia a la alteración significativa o ruptura sustancial de la ecuación económica financiera como elemento a considerar en una posible renegociación (artículo 49).

La citada ley establece también, en su artículo 17, que dentro del contrato de PPP se deberá incluir necesariamente las “Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato y criterios aplicables respecto del mantenimiento del equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato si correspondiere”.

En Perú, el Decreto Legislativo N° 1224⁴¹ de 2015 aprobó la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas (APP) y Proyectos en Activos, que reconoce el principio del equilibrio económico del contrato al establecer en su artículo 53 la posibilidad de realizar modificaciones al contrato de APP, “(...) manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto”.

Por su parte, el artículo 58 previene que en los contratos de APP deberán incluirse disposiciones respecto del equilibrio económico financiero, cuyo restablecimiento podrá ser invocado por cualquiera de las partes, solo cuando este se vea significativamente afectado debido al cambio de las leyes aplicables, cumpliéndose los demás requisitos señalados en la disposición.

Por último, revisaremos la regulación en Argentina, donde la reciente Ley 27.328⁴² sobre los Contratos de Participación Público Privada (PPP), en su artículo 9° dispone las previsiones que debe contener todo contrato

³⁸ Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

³⁹ CRIVELLI (2017) p. 189.

⁴⁰ Publicada D.O. 19 ago/011-N° 28290.

⁴¹ El Decreto Legislativo N° 1224 entro en vigencia con la publicación el 27 de diciembre de 2015, del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224.

⁴² Ley 27.328 publicada el 30 de noviembre de 2016.

de PPP, entre estas destacamos las siguientes: un reparto equilibrado de aportes y riesgos entre las partes del contrato, debiendo fijar condiciones para prevenirlos, asumirlos y mitigarlos, incluyendo las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, entre otras (letra b); todo lo relativo al pago de la remuneración que podría ser percibida, incluyendo “(...) los procedimientos de revisión del precio del contrato a los fines de preservar la ecuación económico-financiera del contrato (...)” (letra f); y la facultad de la administración pública para hacer variaciones unilaterales al contrato, con las limitaciones allí indicadas, con la debida compensación en pos de preservar el equilibrio económico financiero del contrato (letra i). Refiriéndose precisamente al artículo 9º recién citado, Barra ha sostenido que “Es importante destacar la trascendencia que la Ley otorga a la estabilidad de la ecuación económico-financiera del contrato”. Y agrega que “(...) la estructura financiera es de la esencia del emprendimiento, tanto que se le puede incluir entre los objetos concurrentes de la relación contractual”⁴³.

Por su parte, el artículo 9.7 del Reglamento de la Ley 27.328 referente a la “Preservación de la Ecuación Económico-Financiera” dispone que el contrato de PPP deberá contener mecanismos para el restablecimiento de la ecuación económica-financiera original en caso que “(...) esta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio”. Concerniente a esta norma, el profesor Barra señala que puede tratarse de una garantía para el contratista ante situaciones de emergencia, como caso fortuito o el hecho del príncipe⁴⁴.

IV. QUIEBRE DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA FINANCIERA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS: REGULACIÓN EN EL DERECHO CHILENO

Como señala Crivelli, los contratos de concesión están expuestos a riesgos altísimos, muy superiores a aquellos que podrían estar sujetos la mayor parte de los contratos y actividades económicas. Ello, atendida su extensa duración y lo significativa de las inversiones involucradas, donde los capitales pueden quedar inmovilizados por largos periodos, durante este tiempo podrían atravesar por escenarios variables tanto macroeconómicos o institucionales, como relativos al contenido inherente del contrato⁴⁵.

Los riesgos en los que puede verse envuelto un contrato de concesión de obras públicas son considerables y muy diversos, riesgos de cambio y de costo financiero, de inflación, de diseño, de construcción,

⁴³ BARRA (2017) p. 97.

⁴⁴ *Cfr.* BARRA (2017) p. 98.

⁴⁵ *Cfr.* CRIVELLI (2017) p. 309.

de expropiaciones, de descubrimientos arqueológicos, riesgos naturales, ambientales y tecnológicos, entre muchos otros que podríamos seguir enumerando. Existen también ciertos “riesgos” para el concesionario, que nacen de la naturaleza pública del contrato de concesión, atendidas las prerrogativas que detenta la Administración en pos de salvaguardar el interés público comprometido.

Pues bien, cuando se genera un desequilibrio en las prestaciones pactadas entre las partes en el contrato producto del acaecimiento de alguno de estos riesgos o cuando por medio de algún acto de la autoridad la obligación se hace excesivamente onerosa para alguna de las partes, podría ser procedente compensar a la parte que resultó perjudicada.

Al respecto, la Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema en fallo del 2010, sobre recurso de queja deducido en contra de la sentencia de la Comisión Arbitral de Concesión de Obras Públicas relativo a la Concesión Ruta de Los Ríos, sostuvo lo siguiente:

“De acuerdo a los principios de los contratos administrativos y a lo establecido en el artículo 19 de la ley de Concesiones, el Estado debe indemnizar al concesionario por el rompimiento del equilibrio financiero del contrato. Este rompimiento se produce cuando se altera significativamente el régimen económico del mismo, como dice el artículo 19 de la Ley ya citada. Ello corresponde al término francés de ‘boulversement’ conmoción– del contrato, introducido por la jurisprudencia del Consejo de Estado a comienzos del siglo XX. Cuando ello se produce el Estado debe venir en ayuda del concesionario, lo que ocurrirá en cualquier situación”⁴⁶. (considerando cuarto) (el subrayado es nuestro).

Anteriormente explicamos la forma en que la legislación nacional distribuye estos riesgos entre las partes del contrato de concesiones de obras públicas y, a continuación, analizaremos aquellas circunstancias que podrían justificar una modificación en las condiciones contractuales pactadas por las partes que den lugar a compensaciones, atendido que el equilibrio económico financiero del contrato habría sido alterado. En particular, nos centraremos en el análisis de las hipótesis que contempla la Ley de Concesiones, que fueron introducidas mediante la reforma del 2010 y el modo cómo el legislador determinó que debían ser compensadas.

1. HECHO DEL PRÍNCIPE

Bermúdez, en materia de derecho administrativo general, señala que la equivalencia de las prestaciones entre las partes puede verse afectada por variadas circunstancias que acaecen durante el desarrollo del contrato, particularmente durante su ejecución. Sostiene que la facultad del ente

⁴⁶ MUÑOZ CON COMISIÓN ARBITRAL DE LA OBRAS PÚBLICAS FISCAL CONCESIÓN RUTA DE LOS RÍOS (2010).

público de modificar el contrato con motivo de dichos acontecimiento es lo que se conoce como *Ius Variandi*, pero el fundamento para el uso de dicha facultad se encuentra en la concurrencia de ciertas hipótesis, como el *hecho del príncipe*, la fuerza mayor, la teoría de la imprevisión, entre otras. De este modo, este autor distingue los conceptos de *Ius Variandi* y *hecho del príncipe*. El primero lo entiende como la facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos cuando las circunstancias que lo motivaron se alteran por hechos sobrevinientes, lo que hace necesaria su revisión y adecuación⁴⁷, mientras que el *hecho del príncipe* sostiene que dice relación con situaciones imputables a un organismo público o a algún Poder del Estado que generan un mayor costo en la ejecución del contrato:

“Se trata de medidas administrativas o legislativas, adoptadas al margen del contrato, que suponen una repercusión indirecta en el ámbito de las relaciones contractuales y que hace en exceso onerosa la prestación del contrato (...) Este aumento del costo debe ser asumido en su totalidad por la Administración Pública contratante (...)”⁴⁸.

Acerca del particular, el MOP en su libro de los 20 años de las concesiones de obras públicas en Chile, sostiene que la manifestación del *Ius Variandi* o principio de mutabilidad consta en los artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones. Agrega que su fundamento se encuentra en la esencia misma de este contrato, ya que, por medio de la concesión, el MOP cumple con la función de realizar una obra pública, manteniendo la titularidad de la misma. A continuación señala que:

“Esta noción confirma el poder supra ordenador del Estado en atención a los fines del contrato, en cuanto a que la concesión constituye una forma indirecta de provisión de bienes y servicios públicos, pero fija, por cierto, un límite a su ejercicio, estableciéndose a la vez el deber de compensar al concesionario cuando sufre algún detrimento o perjuicio producto del ejercicio de esta potestad”⁴⁹.

Pues bien, con la modificación de la Ley N° 20.410, del 2010, se introdujo en el inciso primero del artículo 19⁵⁰ de la Ley de Concesiones el concepto de *acto* o *hecho del príncipe*; mediante este se reconoce

⁴⁷ Cfr. BERMÚDEZ (2014) p. 251.

⁴⁸ BERMÚDEZ (2014) p. 253.

⁴⁹ MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) p. 60.

⁵⁰ Artículo 19 inciso primero: “El concesionario podrá solicitar compensación en caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, sólo cuando, copulativamente, cumpla los siguientes requisitos: el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate, y altere significativamente el régimen económico del contrato”.

expresamente al concesionario una compensación económica cuando por un acto sobreviniente de la autoridad pública competente y cumpliéndose los demás requisitos establecidos por la propia ley, se altere significativamente el régimen económico del contrato⁵¹.

Al respecto, en la discusión de la tramitación legislativa de la Ley N° 20.410, consultado el Subsecretario de Obras Públicas acerca del alcance de la frase *en caso de acto sobreviniente de autoridad pública que así lo justifique* del nuevo artículo 19, sostuvo lo siguiente:

“Por la indicación se incorpora una figura más general que se hace cargo de lo que en doctrina se conoce como el “hecho del príncipe”, en cuya virtud los actos que la autoridad ejecute, cualquiera sea el órgano, en alguna de las etapas de exploración o construcción de un contrato de concesión y que afecten al inversionista, darán lugar a compensación económica siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos (...)”⁵² (el subrayado es nuestro).

Por su parte, resulta relevante lo sostenido por el Panel Técnico de Concesiones respecto del contenido del artículo 19 inciso primero analizado, particularmente en dos de sus pronunciamientos que, en lo pertinente, citamos a continuación:

“(...) este Panel estima que en los contratos de concesión prima el interés público, por lo que el concesionario debe asumir el riesgo de que se concrete un cambio regulatorio con posterioridad a la entrada de su oferta técnica, el que podría imponer un estándar técnico superior. Sin embargo, esta situación no puede afectar significativamente el régimen económico del contrato, materia que el legislador protege expresamente en el artículo 19 inciso primero de la Ley de Concesiones”⁵³. “El interés público al que se encuentra subordinado el contrato de concesión puede requerir cierto grado de flexibilidad en la ejecución del contrato. Conforme a lo anterior, en ocasiones una vez celebrado el contrato de concesión surge la necesidad de adaptar o modificar la obra para satisfacer adecuadamente dicho interés público. En este contexto, el Estado no puede quedar impedido de exigir al concesionario cambios de las obras acordadas, y la Ley contempla expresamente estas situaciones. Sin embargo, deberá analizarse si la satisfacción de ese interés público se extiende a cualquier situación, incluida aquellas en que el cambio en el proyecto ocurre por decisión de la autoridad, con posterioridad a la adjudicación del contrato y cuya magnitud altera significativamente el régimen económico del mismo. En efecto, ésta hipótesis está recogida en el Artículo 19 inciso 1° de la Ley, que exige copulativamente el cumplimiento de determinados requisitos (...)”⁵⁴.

⁵¹ Cfr. RAMÍREZ (2010) p. 97.

⁵² Primer informe de la Comisión de Hacienda del Senado (05-08-2008). Primer Trámite Constitucional. P. 466.

⁵³ SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL DESIERTO S.A. CON MOP (2015): Recomendación del Panel Técnico, 9 de octubre de 2015, p. 18.

⁵⁴ SOCIEDAD CONCESIONARIA VALLES DEL BÍO BÍO S.A. CON MOP (2016): Recomendación del Panel Técnico, 12 de mayo de 2016, p. 37.

Pues bien, para que opere el derecho a la compensación del concesionario, el inciso primero del referido artículo 19 dispone que deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

- a) el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión;
- b) no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación;
- c) no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate; y
- d) el acto o hecho sobreviniente altere significativamente el régimen económico del contrato.

A continuación revisaremos algunos pronunciamientos relevantes del Panel Técnico, por medio de las recomendaciones que ha emitido en relación con los tres últimos requisitos, ya que la procedencia del primero, esto es, que el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación, generalmente se determina a base de un criterio meramente cronológico.

- a) Que el acto no haya podido ser previsto

En cuanto a la previsibilidad, en una recomendación de diciembre del 2016 relativa a la obra pública fiscal denominada *Alternativas de Acceso a Iquique*, a raíz de la modificación del Plan Regulador de Iquique, el Panel Técnico sostuvo lo siguiente:

“La previsibilidad no es equivalente a certeza de un evento futuro. Entendemos que esto significa que exista una probabilidad razonable de que el evento en cuestión ocurra, y que en consecuencia un inversionista podría incorporar sus efectos al calcular la rentabilidad del proyecto o sobre el valor de ITC de su oferta en un proceso de concesión de obra pública. De no hacerlo, el licitante asume el sume el riesgo de los mayores costos en caso que la nueva normativa le sea aplicable” (el subrayado es nuestro).

“(...) este Panel reitera su opinión contenida en Recomendaciones anteriores, en cuanto a que la imprevisibilidad del hecho que motiva la compensación que el concesionario pretende reclamar, debe necesariamente referirse a la aplicación de una norma con un contenido determinado que pudo ser conocido por el concesionario al tiempo de la adjudicación”⁵⁵.

En este mismo sentido, en una recomendación del 2015, también relativa al proyecto de *Alternativas de Acceso a Iquique*, pero esta vez por la modificación del Manual de Carreteras, el Panel Técnico sostuvo que:

⁵⁵ SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL DESIERTO S.A. CON MOP (2016): Recomendación del Panel Técnico, 16 de diciembre de 2016, p. 22 y 23.

“(…) no basta con que a la fecha de la adjudicación del contrato de concesión haya sido previsible una futura actualización del Manual de Carreteras, situación que hemos constatado ocurre con frecuencia anual y a veces menor, sino que deben haber sido previsibles a esa fecha las características y estándares técnicos específicos que el Manual en cuestión variará”⁵⁶.

- b) Que no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales

En cuanto a que no se trate de una norma de carácter general, de una recomendación del 2015 relativa a la obra *Alternativas de Acceso a Iquique*, recién citada, se desprende que, a criterio del Panel Técnico, debe tratarse de una norma de alcance limitado, vale decir, que afecte a un tipo de actividad determinado, como en ese caso es la construcción y mantención de carreteras. En efecto, en la misma recomendación diferencia la modificación normativa en análisis, del ejemplo citado en la discusión de la ley sobre la reforma de una norma que establece un impuesto a la renta, la que produce efectos generales⁵⁷.

Asimismo, en una recomendación del 2016 relativa a la obra *Alternativas de Acceso a Iquique*, antes citada, el Panel Técnico estimó que la modificación del Plan Regulador de Iquique en la sección pertinente no podía entenderse como una norma de efectos generales, teniendo presente que el objetivo del artículo 19 de acuerdo con la historia de la ley, fue “(…) limitar al máximo los riesgos políticos y los que emanan del Estado (…)”⁵⁸.

- c) Que el acto o hecho altere significativamente el régimen económico del contrato

Finalmente, el Panel Técnico también ha entregado ciertas directrices o criterios para aclarar la voz *altere significativamente el régimen económico del contrato*. Al respecto citamos dos recomendaciones relevantes:

“Como este Panel señalara en una ocasión anterior, para verificar el cumplimiento de este requisito, debe tratarse de un hecho que provoque un impacto negativo relevante, que cause un desequilibrio económico financiero en el contrato de concesión (…)

Existe cierta doctrina que establece un criterio de análisis numérico, como un porcentaje del monto del contrato. No obstante, resulta difícil contar con elementos realmente objetivos con que sustentar tal criterio numérico. Por lo mismo, este

⁵⁶ SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL DESIERTO S.A. CON MOP (2015): Recomendación del Panel Técnico, 9 de octubre de 2015, p. 19.

⁵⁷ Ver Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado (05-08-2008). Primer Trámite Constitucional. P. 466.

⁵⁸ Ver Segundo Informe de la Comisión de OO.PP. del Senado (28-12-2007). Primer Trámite Constitucional. P. 268.

Panel se remite nuevamente a la Historia de la Ley, de la cual se desprende que el equilibrio económico financiero se expresa como una mantención aproximada de la rentabilidad con la que se licitó el proyecto”⁵⁹⁻⁶⁰.

“Se entiende que un inversionista recibe un retorno adecuado al nivel riesgo de la inversión cuando el valor actual neto del proyecto es igual a cero, es decir, cuando recupera la inversión más un retorno que compensa el riesgo que ha asumido en el desarrollo del proyecto. Para mantener el equilibrio económico del contrato, el costo del cambio normativo debiera tener un VAN –Valor Actual Neto– igual a cero”⁶¹.

2. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Como se revisó en el número anterior, en el derecho administrativo las relaciones contractuales son de carácter mutables, en razón de la primacía y tutela del interés público involucrado en el mismo que busca satisfacer necesidades colectivas por sobre los intereses del contratista privado. Por su parte, en el derecho privado rige el principio contrario, de la inmutabilidad, para dar certeza y seguridad a las relaciones jurídicas. Sin embargo, en contratos de tracto sucesivo cuando concurren ciertos hechos sobrevinientes, imprevistos y extraordinarios que alteran la equivalencia de las prestaciones imponiendo a una de las partes una excesiva onerosidad, la doctrina ha dado lugar a la posibilidad de revisar y eventualmente reestructurar la relación contractual⁶².

Al respecto, Rufián sostiene que la teoría de la imprevisión tiene plena aplicación en el derecho administrativo y en los contratos de concesiones de obras públicas, no así en el Derecho Civil⁶³. En efecto, la teoría de la imprevisión surge⁶⁴ en el ámbito del derecho público a raíz de una decisión del Consejo de Estado francés en la Primera Guerra Mundial, en que los contratantes de concesiones de servicios públicos no podían dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales y quienes las cumplían sufrían graves perjuicios económicos:

“El Conseil d’Etat, en esta jurisprudencia dictada para el contrato administrativo de prestación de un servicio público y que después se extendió a todos los tipos contractuales administrativos, señala que no puede reprochársele ninguna falta al

⁵⁹ SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DE ALGARROBO S.A. CON MOP (2016): Recomendación del Panel Técnico, 25 de noviembre de 2016, p. 38.

⁶⁰ Ver Primer Informe de la Comisión de OO.PP. del Senado (06-08-2007). Primer Trámite Constitucional. P. 43.

⁶¹ SOCIEDAD CONCESIONARIA VALLES DEL BÍO BÍO S.A. CON MOP (2016): Recomendación del Panel Técnico, 12 de mayo de 2016, p. 40.

⁶² *Cfr.* ILLANES (1999) p. 190, 191 y 193.

⁶³ *Cfr.* RUFÍAN (1999) p. 245.

⁶⁴ De acuerdo con CASSAGNE, el desarrollo de esta teoría se remonta a la Edad Media, en la cláusula *rebus sic stantibus*, en virtud de ello, debía respetarse la palabra empeñada mientras las circunstancias que se consideraron al momento de la contratación no se vean significativamente alteradas. *Cfr.* CASSAGNE (2002) p. 402.

contratante cuando se halle imposibilitado de cumplir su contrato en las condiciones convenidas con la Administración, a raíz de un evento de fuerza mayor o dificultades completamente excepcionales y que no podían preverse⁶⁵.

A mayor abundamiento y tomando distancia de la regulación nacional en concreto, Cassagne enumera los requisitos que deben concurrir para la procedencia de la aplicación de esta teoría de acuerdo con el derecho administrativo, los que pasamos a enunciar:

“1) una excesiva onerosidad en una prestación del contrato; 2) que ella sea sobrevenida, o sea, que el acontecimiento que perturba el acuerdo surja y produzca efectos después de la celebración del contrato debiendo éste hallarse pendiente de ejecución o cumplimiento; 3) se trate de un ‘alea económica’, y no de un ‘alea administrativa’; 4) el acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible, sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad del contratista; 5) que se opere un trastorno o quebranto en la ecuación económico-financiera del contrato con motivo del hecho determinante del ‘alea económica’⁶⁶.

Bermúdez, a su turno, en relación con el derecho administrativo general, sostiene que la teoría de la imprevisión dice relación con hechos extraordinarios que generan un desequilibrio económico, al producir una carga sobrevenida en la etapa de ejecución del contrato. Este hecho, externo a la celebración del contrato e imposible de prever al momento de la contratación, habilita a la revisión del contrato y da lugar a la obligación de la Administración de indemnizar al contratista⁶⁷.

Ramírez, basándose en una sentencia de 13 de junio de 2006, dictada por la comisión arbitral de la concesión *Túnel El Melón*, sostiene que para que la imprevisión pueda modificar contratos de obras públicas en ejecución, se requiere de la concurrencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, que altere la estructura habitual del tipo de negocio que se celebra⁶⁸. Agrega este autor que el principio de la equivalencia y reciprocidad de las prestaciones exige que la proporcionalidad económica se mantenga a salvo a lo largo del contrato, debiendo aplicarse para restablecer la ecuación económica financiera quebrada o alterada no solo por la acción unilateral de la Administración pública, sino también por un hecho o circunstancia ajena a la voluntad de las partes, esto es, un riesgo imprevisible o ante caso fortuito o fuerza mayor⁶⁹⁻⁷⁰.

⁶⁵ OELCKERS (1980) p. 196.

⁶⁶ CASSAGNE (2002) p. 403.

⁶⁷ *Cfr.* BERMÚDEZ (2014) p. 255.

⁶⁸ *Cfr.* RAMÍREZ (2010) p. 39-40.

⁶⁹ *Cfr.* RAMÍREZ (2010) p. 41.

⁷⁰ Algunos autores plantean que el caso fortuito o fuerza mayor no puede dar lugar a la teoría de la imprevisión, por el régimen especial recogido en el contrato de concesión y no sería aplicable frente a la modificación de los plazos por retrasos en el contrato. Ver RUIFÁN (1999) p. 247.

La aplicación de este principio en los contratos de concesiones de obras públicas, se ha sustentado en la expresión *causa sobreviniente* contenida en el inciso tercero del citado artículo 19 de la Ley de Concesiones. En cuanto al significado de la voz *sobreviniente* la comisión arbitral de la obra pública *Túnel San Cristóbal* en el considerando vigésimo primero de su fallo del 2005 sostuvo que (...) *se trata de hechos futuros, no coetáneos a la celebración del contrato, e imprevisibles*⁷¹.

Sin embargo, con motivo de la reforma introducida por la Ley N° 20.410 del 2010, se eliminó el antiguo inciso tercero del artículo 19, que establecía la posibilidad de solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión por causa sobreviniente⁷², limitando con ello la posible aplicación de esta teoría.

Específico del tema, resulta relevante la discusión que se dio en la tramitación legislativa de la Ley N° 20.410 respecto de la eliminación del inciso tercero del artículo 19. En efecto, se plantea que si bien la ley no contemplaba la teoría de la imprevisión expresamente, en virtud del concepto *causa sobreviniente*, cuyo significado resultaba ambiguo, se debatía su aplicación. Con el objeto de salvar esta situación se propuso *cambiar el concepto de causa sobreviniente por una tipificación de actos de la administración que involucren un cambio específico*, dejando expresamente establecido que estos hechos sean indemnizados. Asimismo, en la discusión parlamentaria se sostuvo lo siguiente:

“(...) este tema se planteó para superar la controversia formulada respecto de la Teoría de la Imprevisión puesto que no cabe la menor duda que las causales sobrevinientes podrían interpretarse de diversas maneras lo cual conlleva un nivel de riesgo, incluso los agentes financieros podrían elevar el nivel de riesgo de la operación y aumentar los costos. Cuando se ignora qué podría ocurrir con una situación sobreviniente el agente financiero intentará salvaguardar sus derechos, con lo cual se encarecerá el servicio, adquiriendo los seguros necesarios o elevando las tasas en relación al riesgo.

Desde esa perspectiva, explicó que una forma de superar esta situación sería mediante la aplicación del ‘Hecho del Príncipe’ que es un elemento que ha tenido una importante aplicación en otros países”⁷³.

En definitiva, previo a la reforma introducida el 2010, en virtud de la aplicación de la teoría de la imprevisión, parte de la doctrina y de la

⁷¹ SOCIEDAD CONCESIONARIA TÚNEL SAN CRISTÓBAL S.A CON MOP (2005).

⁷² El antiguo inciso tercero del artículo 19 señalaba: “*Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a los dispuesto en el artículo 36 de esta ley*”.

⁷³ Segundo Informe de la Comisión de OO.PP. del Senado (28-12-2007). Primer Trámite Constitucional. P. 268.

jurisprudencia sostenía la posibilidad del concesionario de renegociar los términos financieros de la concesión en caso de que concurrieran circunstancias imprevisibles que perturbaran el equilibrio financiero original del contrato. Sin embargo, ni antes de la reforma ni ahora existe un criterio uniforme respecto de la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de concesiones de obras públicas en Chile y la jurisprudencia nacional mayoritaria ha sido resistente a invocarla y aplicarla como fundamento para la modificación o extinción de los mismos.

A continuación citamos algunos fallos relevantes que se pronuncian, precisamente, acerca de la teoría de la imprevisión, y que si bien refieren al antiguo artículo 19 de la Ley de Concesiones, de todas formas entregan elementos de análisis relevantes para el presente ensayo.

En primer lugar, nos referiremos a la sentencia dictada por la comisión arbitral de la obra pública *Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78-Avenida Grecia*, la que en fallo del 2011⁷⁴ condenó al MOP a pagar a la sociedad concesionaria compensaciones por varios ítems, entre ellos, mayores costos en la ejecución del proyecto y perjuicios sufridos por la concesionaria. Particularmente respecto del ítem *mayor valor de los insumos*, la concesionaria pretendía la modificación del contrato fundada en que el precio de algunos de los insumos se habría alterado de manera onerosa e imprevisible, invocando el equilibrio financiero del contrato y la excesiva onerosidad producto de la imprevisión. La comisión falló rechazando la modificación del contrato por el argüido *mayor valor de los insumos*, exponiendo detalladamente las razones que hacían improcedente la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato y de la teoría de la imprevisión.

En relación con el equilibrio económico financiero del contrato, la comisión arbitral en el considerando sexto de su fallo sostuvo lo siguiente:

“Desde el punto de vista jurídico, el principio de equilibrio patrimonial esgrimido por la concesionaria requeriría o una regla explícita de garantía o una regla especial de lesión. Ninguna de ellas ha sido consagrada en el derecho vigente en Chile. La razón es obvia. Tal elemento de equilibrio, no sería otra cosa que un mínimo de rentabilidad garantizada que resulta incompatible con el mecanismo de licitaciones que equivale a una fijación de precios competitiva que para ser eficiente debe internalizar el riesgo en los proponentes (...).

3. En opinión de esta Comisión, el artículo 19 de la ley de concesiones tampoco puede ser esgrimido a favor de una revisión del contrato. Esa revisión podría ser propia de un modelo de empresa eficiente como el que existe en la regulación de otros monopolios naturales. En esos casos –pero no en las concesiones de obra pública– el regulador puede modificar periódicamente los supuestos de cálculo

⁷⁴ Comisión Arbitral dictó sentencia el 24 de enero de 2011, mediante esta resolvió que el MOP, en calidad de demandado, debía pagar a la Sociedad Concesionaria Autopista Vespucio Sur S.A., en calidad de demandante, una compensación total de 874.456 Unidades de Fomento, debidamente reajustadas.

cada vez que fija la tarifa. No es correcto, entonces, generalizar hacia el derecho vigente en Chile (sin mayor atención al modelo que subyace a las concesiones) lo que la doctrina francesa ha denominado "equilibrio económico financiero". El contencioso administrativo francés (y la dogmática del derecho administrativo francés) presenta particularidades que no presenta el derecho vigente en Chile.

*4. Por su parte, la corrección del contenido del contrato en base a criterios de justicia no es admisible en el derecho vigente en Chile y ni siquiera un tribunal de equidad, puede resolver en este aspecto contra legem. Una decisión como esa acarbaría alentando la conducta estratégica de las partes y perjudicando severamente el diseño que subyace al mecanismo de las concesiones de obra pública en Chile*⁷⁵.

Por su parte, respecto de la aplicación de la teoría de la imprevisión, la comisión arbitral en el considerando séptimo de su fallo, citando a Larroza, sostiene que para que esta tenga lugar debe tratarse del *advenimiento de eventos extraordinarios, en el sentido de acontecimientos graves, excepcionales, anormales e inevitables, sobrevinientes a la constitución de la obligación*⁷⁶. Agregan que debe tratarse de un acontecimiento extraordinario, esto es, aquel cuya ocurrencia no es normal y que las partes no pudieron haber imaginado y para dar lugar a la imprevisión, las circunstancias esgrimidas deben haber sido de tal magnitud que signifiquen una alteración a las habituales bases del tipo de negocio. A lo anteriormente expuesto, agregan:

*"4. A mayor abundamiento debe señalarse que la teoría de la imprevisión requiere su admisión explícita por parte del ordenamiento, como, v.gr., ocurre en Chile tratándose del contrato de ejecución de obra, cuestión que no acontece en cambio de modo general a propósito del contrato de concesión cuyo artículo 19 si bien admite el cambio en las condiciones del contrato lo hace sobre la base no de causas imprevistas, sino sobre la base de la asignación del riesgo que en términos generales contengan las bases de la licitación y en caso contrario sobre la base de un procedimiento que es justamente el que aquí se ha llevado a cabo razonando, como se ha hecho, sobre la base de la doctrina y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá esgrimiendo no la imprevisión, sino la equidad"*⁷⁷.

Si bien la comisión arbitral estuvo por no estimar procedente la aplicación de la teoría de la imprevisión y del equilibrio económico del contrato, accedió a ciertos ítems cuya compensación solicitaba la concesionaria, (...) *echando mano a las reglas generales de la racionalidad* (considerando decimonoveno).

Por su parte, la comisión arbitral de la concesión de obra pública denominada *Aeropuerto Diego Aracena de Iquique, I Región*, en la sentencia arbitral del 2014, invocando razones de equidad, acudió al principio de

⁷⁵ SOCIEDAD CONCESIONARIA AUTOPISTA VESPUCIO SUR S.A. CON MOP (2011).

⁷⁶ LARROZA (1993): Imprevisión Contractual, en: STIGLITZ, Contratos, BAires, tomo II, 1993, p. 365. Citado en: SOCIEDAD CONCESIONARIA AUTOPISTA VESPUCIO SUR S.A. CON MOP (2011).

⁷⁷ SOCIEDAD CONCESIONARIA AUTOPISTA VESPUCIO SUR S.A. CON MOP (2011).

la buena fe como fundamento para una compensación: *Adicionalmente, la necesidad de compensar económicamente a la Concesionaria surge indiscutidamente del principio de buena fe, que como principio general del derecho resulta aplicable a cualquier rama del mismo sin necesidad de consagración legal expresa*⁷⁸. A continuación, en la misma sentencia se cita el Dictamen N° 16.238 del 2007, en que la Contraloría General de la República sostuvo que: *(...) el reconocimiento de la buena fe como sustento básico de las relaciones jurídicas –de derecho público o privado– constituye la aplicación directa de los principios generales de derecho, de tal manera que no se requiere de una consagración legal expresa para que se pueda recurrir a él (...)* (considerando segundo).

En contraposición con lo resuelto en la sentencia arbitral del 2011 de la obra pública *Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78-Avenida Grecia*, la comisión arbitral de la obra pública *Concesión internacional Ruta 5, Tramo Los Vilos-La Serena* condenó al MOP a pagar a la concesionaria las obras adicionales no previstas en el contrato, a base de lo dispuesto en los antiguos artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones. En particular, resulta relevante lo expuesto por el ex-Contralor General de la República y profesor de Derecho Administrativo, Ramiro Mendoza, mediante un informe en Derecho de octubre del 2002, que la Comisión Arbitral cita para sustentar su fallo:

*“(...) puede en estos contratos pactarse que el concesionario asuma todo el riesgo durante la ejecución de la obra, sin que ello signifique que deba soportar aquellas circunstancias que superen el margen razonable de previsión de riesgo comunes a la propia naturaleza del correspondiente contrato de concesión, incluidos los riesgos que supone la actuación normal de la administración. De tal suerte, que sólo deben repararse los daños anormales, que rompen el umbral previsible de ganancia o pérdida en un contrato de esta especie, en cuyo caso, ha de concurrirse por parte de la administración, y, en su caso, por parte del co-contratante, a la mantención del equilibrio financiero. Dicho de otro modo, nadie está obligado a soportar daños injustos o lesiones que exorbiten el ámbito de la responsabilidad al que se ha obligado, de tal suerte que se transformen en verdaderas cargas públicas injustas”*⁷⁹ (considerando sexagésimo séptimo).

3. OTRAS HIPÓTESIS ESTABLECIDAS EN LA LEY QUE PODRÍAN SIGNIFICAR UN QUIEBRE DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO Y QUE DAN LUGAR A COMPENSACIÓN

Junto con las modificaciones precedentemente expuestas, el 2010 se incorporaron en los artículos 19, 20 y 28 ter de la Ley de Concesiones ciertas hipótesis que podrían dar lugar a la modificación o incluso a la

⁷⁸ SOCIEDAD CONCESIONARIA AEROTAS S.A. CON MOP (2014).

⁷⁹ SOCIEDAD CONCESIONARIA ELQUI S.A. CON MOP (2010).

terminación anticipada del contrato de concesión de obras públicas, fundadas todas en razones de interés público, reconociendo como contrapartida el derecho a compensación del concesionario.

Al respecto, Ramírez sostiene que mediante la referida modificación legal se buscó prevenir eventuales litigios que afectan el desarrollo normal de las concesiones, junto con establecer en forma clara y precisa los casos en que el concesionario tendrá derecho a compensaciones, logrando con ello proteger el equilibrio económico de los particulares y evitar posibles perjuicios a los intereses fiscales⁸⁰.

a) Modificaciones al contrato a solicitud del Ministerio de Obras Públicas

El nuevo inciso tercero del artículo 19⁸¹ de la Ley de Concesiones establece la posibilidad del MOP de modificar las características de las obras y servicios contratados, basado en dos argumentos: a) para incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y b) por otras razones de interés público debidamente fundadas⁸²⁻⁸³.

Junto con ello y en vista que se trata de cambios que no fueron previstos al momento de la contratación, que van a generar eventuales gastos extraordinarios para el concesionario, se establece el derecho de este último de ser compensado económicamente por los costos adicionales en que incurriere⁸⁴.

⁸⁰ Cfr. RAMÍREZ (2010) p. 31.

⁸¹ Artículo 19 inciso tercero: "El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. Como consecuencia de ello, deberá compensar económicamente al concesionario cuando corresponda, por los costos adicionales en que éste incurriere por tal concepto".

⁸² Esta disposición se complementa con el artículo 69 del Reglamento de Concesiones, el que regula la forma en que el MOP debe hacer la modificación de la obra y servicio cuando invoca razones de interés público.

⁸³ El antiguo artículo 19 inciso primero de la Ley de Concesiones, modificado con la reforma del 2010, establecía la posibilidad del MOP de modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios, compensando, como contrapartida, al concesionario. Al respecto, la comisión arbitral de la obra pública fiscal denominada *Sistema Norte-Sur* en su fallo del 2018 sostuvo lo siguiente: (...) *como el artículo 19 de la Ley de Concesiones vigente a la época, señala que se deberá compensar al Concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, producto de las obras. No se distingue, específicamente, los perjuicios a indemnizar o compensar. Sin perjuicio de aquello, es dogmáticamente aceptado que cualquier daño o perjuicio producido por un becho (sea un becho lícito o ilícito) puede ser imputado al comportamiento de alguien en la medida que exista una relación de causalidad entre el becho y el daño* (considerando octavo). Véase en: *SOCIEDAD CONCESIONARIA AUTOPISTA CENTRAL S.A. CON MOP* (2018): Comisión Arbitral Obra Pública Sistema Norte-Sur, 17 de abril de 2018.

⁸⁴ Esto resulta particularmente importante cuando la modificación obedece a un incremento de los servicios y estándares técnicos, ya que la regla general establecida en el artículo 19 inciso segundo es que las inversiones que haga el concesionario para cumplir con dicho

En el inciso cuarto del artículo 19 se reguló como monto legal máximo para dichas inversiones el 15% del presupuesto oficial de la obra y se fijó como plazo límite en que el MOP puede solicitar esa inversión, el cumplimiento de las tres cuartas partes del plazo total de la concesión. A continuación, en el inciso quinto, se estableció el deber de efectuar licitación pública en caso que *el valor de estas inversiones adicionales, durante la etapa de explotación, excediera el cinco por ciento del presupuesto oficial de la obra o correspondiere a una suma superior a cien mil unidades de fomento.*

Es así como, en un reciente caso en que el MOP, por medio del Decreto Supremo N° 112 de 13 de enero de 2018, invocando razones de interés público, ordenó varias modificaciones a las características de las obras y servicios del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada *Sistema Norte-Sur*, estableciendo en el mismo decreto como contrapartida las indemnizaciones a que tendría derecho a percibir la concesionaria⁸⁵.

Si bien en el ejemplo anterior la autoridad en el mismo decreto estableció las indemnizaciones a que tendría derecho la concesionaria, en muchos casos esta compensación no se establece o la concesionaria considera que es insuficiente, siendo sometida la discrepancia a la consideración del Panel Técnico⁸⁶.

b) Modificaciones acordadas entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario

El artículo 20⁸⁷ de la Ley de Concesiones dispuso que el MOP y el concesionario de común acuerdo podrán acordar la modificación de las características de las obras y servicios contratados, con el objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación. Para ello deberán suscribir el correspondiente convenio complementario al contrato de concesión original.

ítem no es objeto de compensación. En efecto, el artículo 19 inciso segundo establece: *La inversión del concesionario para cumplir con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y en el contrato de concesión, no será susceptible de compensación económica adicional a la considerada en dichos instrumentos, salvo para los casos excepcionales en que así se hubiere previsto en las bases de licitación.*

⁸⁵ D.S. N° 112 MOP de 13 de enero de 2018 en que modifica por razones de interés público, las características de las obras y servicios que indica del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada “Sistema Norte-Sur”.

⁸⁶ Al respecto ver las siguientes recomendaciones del Panel Técnico: discrepancia D09-2016-5, discrepancia D10-2016-2, discrepancia D08-2016-3, discrepancia D06-2017-5, discrepancia D08-2017-10, y discrepancia D01-2018-8. Disponibles en <http://www.panelconcesiones.cl/>

⁸⁷ Artículo 20 inciso primero: “El Ministerio de Obras Públicas y el concesionario podrán acordar la modificación de las características de las obras y servicios contratados, a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, mediante la suscripción del correspondiente convenio complementario al contrato de concesión”.

Es así como se establece en este caso un mecanismo muy similar al regulado para las modificaciones introducidas unilateralmente por el MOP en el artículo 19, con la diferencia que, para la fase de construcción, el límite máximo que se puede pactar para la inversión de nuevas obras requeridas en la concesión es del 25% del presupuesto oficial aprobado.

Señala Ramírez que la normativa en comento representa “(...) un incentivo para todos los actores del sistema, en orden a que se elaboren y liciten mejores proyectos, ya que de lo contrario, se presenta la hipótesis del término anticipado del contrato de concesión, contenida en el nuevo artículo 28 ter de la ley”⁸⁸. Hipótesis esta última que pasaremos a revisar a continuación.

c) Término anticipado de la obra por razones de interés público

Por último, mediante la reforma del 2010 se incorporó el artículo 28 ter⁸⁹ que establece la posibilidad de que el Presidente de la República, exclusivamente por razones de interés público, ponga término anticipado a una concesión que se encuentre en etapa de construcción. El legislador estableció dos hipótesis en donde se podría dar lugar a este término anticipado:

- a) un cambio de circunstancias que hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o
- b) que la obra demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuarla a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento de su presupuesto oficial.

De acuerdo con la historia de la ley que incorporó este nuevo artículo 28 ter, para regular la hipótesis de que la obra se hiciere innecesaria, se tuvo a la vista lo sucedido con una estación multimodal en construcción en la comuna de Quinta Normal, donde al poco tiempo de licitar se dieron cuenta que la obra no era necesaria, pero el Estado no tenía facultades para su conclusión anticipada. En dicha oportunidad se renegó de común acuerdo con el concesionario, lo que conllevó grandes desembolsos de recursos fiscales. En virtud de lo anterior se optó por dotar al Estado de facultades excepcionales, para situaciones extraordinarias, con el objeto

⁸⁸ RAMÍREZ (2010) p. 96.

⁸⁹ Artículo 28 ter inciso primero: “Si el interés público así lo exigiere, el Presidente de la República, previo informe del Consejo de Concesiones y mediante decreto fundado del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, podrá poner término anticipado a la concesión cuando un cambio de circunstancias hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra. Esta potestad podrá ejercerse exclusivamente durante la etapa de construcción”.

de poner término anticipado a las obras, estableciendo como contrapartida la correspondiente compensación del concesionario⁹⁰.

Respecto de la segunda hipótesis, se planteó en la discusión parlamentaria que en aquellos casos en que se deban realizar obras mayores, *es necesario contar con la facultad de recomprar la concesión y relicitar porque no se quiere promover un sistema en que el Estado negocie grandes obras públicas*⁹¹.

El inciso tercero del artículo 28 ter, a su turno, establece que el concesionario tendrá derecho a una indemnización equivalente *al valor de las inversiones que efectivamente se hayan realizado para la prestación del servicio conforme al contrato de concesión, excluidos los gastos financieros, llevadas a valor futuro al momento en que se acuerde el pago*, a lo que se debe adicionar *un porcentaje del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado, correspondiente a la fracción de la inversión del proyecto realizada por el concesionario hasta la fecha de término anticipado*.

Propio de la materia, resulta relevante la discusión parlamentaria que se dio en torno a la compensación de la concesionaria cuando la obra se hiciera innecesaria, de modo de establecer un equilibrio entre la facultad del Fisco y el derecho del particular:

“En este tema se discutió latamente cuál es el mecanismo de compensación adecuado y se determinó que se deben pagar todas las inversiones realizadas y lucro cesante, para no generar un incentivo perverso para que el Estado use este mecanismo para expropiar. Siempre se debe buscar el equilibrio entre contar con una facultad para el Estado para que no sea extorsionado por el privado cuando la obra no sea necesaria, pero al mismo tiempo evitar un incentivo perverso para expropiar o participar en negocios en que el Estado garantiza la rentabilidad sin que el negocio se concrete”⁹² (el subrayado es nuestro).

4. COMPENSACIONES

El legislador con la reforma del 2010 se preocupó especialmente de entregar ciertos criterios y directrices respecto de las compensaciones a las que eventualmente tendrá derecho el concesionario. En el punto anterior revisamos los factores establecidos en el inciso tercero del artículo 28 para los casos en que se solicite al concesionario la terminación anticipada de la obra y a continuación nos ocuparemos de las reglas para las compensaciones en aquellas hipótesis en que existen modificaciones al contrato.

⁹⁰ Segundo Informe de la Comisión de OO.PP. del Senado (28-12-2007). Primer Trámite Constitucional. P. 300.

⁹¹ Segundo Informe de la Comisión de OO.PP. del Senado (28-12-2007). Primer Trámite Constitucional. P. 300.

⁹² Segundo Informe de la Comisión de OO.PP. del Senado (28-12-2007). Primer Trámite Constitucional. P. 299.

Pues bien, según plantea Ramírez, con la reforma de la Ley 20.410 se estableció un criterio común para las compensaciones derivadas de modificaciones al contrato de concesiones contempladas en los artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones, esto es, las modificaciones producto de un acto de la autoridad o *hecho del príncipe*, las solicitadas por el MOP o aquellas que han sido pactadas de común acuerdo por las partes.

Al respecto, este autor sostiene que “(...) dichas compensaciones deben ser indemnizatorias, y no pueden provocar variaciones en la rentabilidad del proyecto adjudicado (...) deben determinarse de manera de no alterar las condiciones económicas del proyecto original (...)”⁹³. En efecto, en los incisos sexto y séptimo del artículo 19 se establecieron las siguientes reglas⁹⁴:

- Las compensaciones económicas deberán expresarse utilizando uno o más de los siguientes factores que señala el inciso sexto del artículo 19: “(...) subsidios entregados por el Estado, pagos voluntarios realizados directamente al concesionario por terceros a quienes les interesa el desarrollo de la obra, modificación del valor presente de los ingresos totales de la concesión, alteración del plazo de la concesión, modificación de las tarifas u otro factor del régimen económico de la concesión pactado”.
- Para el cálculo de las compensaciones y el ajuste de los parámetros mencionados, el inciso séptimo dispone que: “(...) deberá siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto del proyecto adicional⁹⁵ sea igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento aplicable y el efecto económico que el proyecto adicional pueda tener en el proyecto original, incluido el mayor riesgo que pueda agregar al mismo” (el destacado es nuestro).
- A continuación, el inciso séptimo agrega que la tasa de descuento aplicable deberá calcularse: “(...) sobre la base de la tasa de interés promedio vigente para instrumentos de deuda consistentes con el plazo de la inversión, ajustada por el riesgo relevante del proyecto adicional y por el que corresponda a los mecanismos de indemnización que se apliquen”⁹⁶.

⁹³ RAMÍREZ (2010) p. 98.

⁹⁴ El inciso tercero del artículo 20 hace aplicables las reglas contenidas en los incisos sexto y séptimo del artículo 19 a la hipótesis de modificación del contrato por acuerdo de las partes del artículo 20.

⁹⁵ El inciso séptimo en la parte final señala que: “Para estos efectos, se entiende por proyecto adicional el derivado directamente de la modificación de las características de las obras y servicios contratados”.

⁹⁶ En caso de discrepancia por la tasa de descuento la ley establece que las partes podrán recurrir a los órganos establecidos en los artículos 36 y 36 bis, a saber, el Panel Técnico, una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Respecto de este tema, el ministro de Obras Públicas de la época, en su exposición en el Congreso Nacional con motivo de la tramitación legislativa del proyecto de ley que introdujo las modificaciones revisadas, sostuvo que, en el caso de necesitarse obras complementarias y con el objeto de evitar que por medio de los convenios complementarios se mejore la situación del concesionario, se propuso establecer que cualquier modificación de obras adicionales se haga de tal forma que el valor presente del proyecto específico sea igual a cero, vale decir, que la rentabilidad sea igual a aquella con la que se licitó ese proyecto secundario, ajustado por las variaciones de la tasa de interés libre de riesgo⁹⁷.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El equilibrio de la ecuación económica financiera es un principio fundamental de la contratación pública, cuyo reconocimiento y aplicación en materia de concesión de obra pública resulta clave atendidas las características propias de este tipo de relación jurídica.

Al efecto, la normativa chilena del ramo consagra el derecho a compensación del concesionario en determinados casos, cuando procediendo los demás requisitos establecidos en la ley, se altere el régimen económico financiero pactado y consentido originalmente por las partes del contrato.

Dentro de las hipótesis reguladas por el legislador, en que el concesionario tendrá derecho a indemnización, encontramos aquellas en que se producirá una modificación del contrato, ya sea por la concurrencia del *hecho del príncipe*; por un acuerdo de los propios contratantes; o a solicitud del MOP, con el objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación o por otras razones de interés público; y también encontramos aquella hipótesis en que se produce un término anticipado del contrato por razones de interés público.

Además de estas situaciones reguladas expresamente en la propia ley, cierta parte de la doctrina y de la jurisprudencia está a favor de la aplicación de la teoría de la imprevisión, cuando concurren todos los requisitos para darla por configurada. A mayor abundamiento, cuando las razones de equidad así lo justifican, hay cierta jurisprudencia que ha invocado el principio de la buena fe como fundamento para una compensación.

En definitiva, el análisis de los elementos propios de cada caso permitirán dilucidar si es jurídicamente procedente establecer una compensación en favor de una de las partes de un contrato de concesión. En efecto,

⁹⁷ Primer Informe de la Comisión de OO.PP. del Senado (06-08-2007). Primer Trámite Constitucional. P. 43.

en caso de discrepancia, será tarea del Panel Técnico o del Tribunal competente dilucidar caso a caso si se ha producido una afectación al régimen económico financiero originalmente pactado por las partes que justifique indemnizar a aquella cuya obligación se haya tornado excesivamente onerosa.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2014): *La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: examen del modelo reformulado por la ley N° 20.410*. Derecho Público Iberoamericano, N° 4, pp. 141-165 [abril 2014].
- BARRA, Rodolfo Carlos (2017): “El contrato de Participación Público Privada en la Argentina”, en *La Nuova Legge Argentina di Partenariato Pubblico Privato* (Roma, Italia).
- BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 1ª ed.).
- CASSAGNE, Juan Carlos (2002): *Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Editorial LexisNexis, 7ª ed.).
- CRIVELLI, Julio César (2017): *Inversión privada en el sector público* (Buenos Aires, Editorial Astrea SRL).
- ENGEL, E., FISCHER, R., GALETOVIC, A. & HERMOSILLA, M. (2009): “Renegociación de concesiones en Chile”. *Estudios Públicos* N° 113; Centro de Estudios Públicos. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144832> Fecha de consulta: 31 julio de 2018.
- IBRAHIM, Jorge y MENDOZA, Diego (2014): *Contratos de Concesiones de Obras Públicas: el régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
- ILLANES R., Claudio (1999): *La teoría de la imprevisión en Estudios sobre Reforma al Código Civil y al Código de Comercio*. Fundación Fernando Fueyo Laneri (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016): *Concesiones de Obras Públicas en Chile. 20 años*. Coordinación de Concesiones de Obras Públicas. Disponible en: http://www.concesiones.cl/Documents/libro-Concesiones_obras-publicas-chile-20.pdf Fecha de consulta: 2 de agosto de 2018.
- MORANDÉ L., Felipe (2009): *Concesiones de Obras Públicas: aspectos institucionales en Concesiones: Agenda para el 2020* (Santiago, Fundación Libertad y Desarrollo).
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1980): “Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 4 (1980). Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/53/46> Fecha de consulta: 2 de agosto de 2018.

- RAMÍREZ ARRAYAS, José Antonio (2010): *Concesiones de Obras Públicas. Análisis de la institucionalidad Chilena* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 1ª ed.).
- RUFÍAN LIZANA, Dolores M. (1999): *Manual de Concesiones de Obras Públicas* (Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed.).

JURISPRUDENCIA

- SOCIEDAD CONCESIONARIA VÍA SANTA ROSA S.A. CON MOP* (2014): Comisión Arbitral de la obra pública fiscal Concesión Corredor de Transporte Público Av. Santa Rosa, 29 de septiembre de 2014. Integrantes comisión arbitral: Jorge Reyes R., Tomás Monsalve M. y Hernán Fontaine T.
- SOCIEDAD CONCESIONARIA AEROTAS S.A. CON MOP* (2014): Comisión Arbitral Obra Pública Aeropuerto Diego Aracena de Iquique, I Región, 7 de mayo de 2014. Integrantes comisión arbitral: Luis Ortiz Q., Juan Enrique Vargas V. y Juan Manuel Torres L.
- SOCIEDAD CONCESIONARIA AUTOPISTA VESPUCCIO SUR S.A. CON MOP* (2011): Comisión Arbitral Obra Pública Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78-Avenida Grecia, 24 de enero de 2011. Integrantes comisión arbitral: Alejandro Jadresic M., Enrique Alcalde U. y Carlos Peña G.
- SOCIEDAD CONCESIONARIA ELQUI S.A. CON MOP* (2010): Comisión Arbitral Obra Pública Concesión internacional Ruta 5, Tramo Los Vilos-La Serena, 1 de septiembre de 2010. Integrantes comisión arbitral: Francisco Pfeffer U., Enrique Alcalde U. y Carlos Figueroa S.
- MUÑOZ CON COMISIÓN ARBITRAL DE LA OBRAS PÚBLICAS FISCAL CONCESIÓN RUTA DE LOS RÍOS* (2010): Corte Suprema, 18 de mayo de 2010 (recurso de queja), Rol N° 123-2010.
- SOCIEDAD CONCESIONARIA TÚNEL EL MELÓN S.A. CON MOP* (2006): Comisión Arbitral Obra Pública Túnel El Melón, 13 de junio de 2006. Integrantes comisión arbitral: Francisco Cumplido C., Luis Herrera L. y Carlos Peña G.
- SOCIEDAD CONCESIONARIA TÚNEL SAN CRISTÓBAL S.A. CON MOP* (2005): Comisión Arbitral Obra Pública Túnel Comisión Arbitral Obra Pública Túnel San Cristóbal, 19 de octubre de 2015. Integrantes comisión arbitral: Luz María Jordán A., Emilio Pfeffer U. y Juan Carlos Dörr Z.
- SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA 5 TRAMO TALCA-CHILLÁN S.A. CON MOP* (2000): Comisión Arbitral Obra Pública Ruta 5 Tramo Talca-Chillán, 30 de junio de 2000. Integrantes comisión arbitral: Víctor Jarpa R., Rubén Mansilla V. y Luis Hernán Paúl F.
- SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL CAMINO NOGALES PUCHUNCAVÍ CON MOP* (1999): Comisión Arbitral Obra Pública Camino Nogales-Puchuncaví, 13 de mayo de 1999. Integrantes comisión arbitral: Hernán Doren, Patricio del Sante y Guillermo Dietrich.

RECOMENDACIONES DEL PANEL TÉCNICO

- SOCIEDAD CONCESIONARIA VALLES DEL BÍO BÍO S.A. CON MOP* (2018): Recomendación del Panel Técnico de Concesiones, 17 de enero de 2018. Discrepancia D07-2017-2.

SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL DESIERTO S.A. CON MOP (2016): Recomendación del Panel Técnico de Concesiones, 16 de diciembre de 2016. Discrepancia D07-2016-3.

SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DE ALGARROBO S.A. CON MOP (2016): Recomendación del Panel Técnico de Concesiones, 25 de noviembre de 2016. Discrepancia D06-2016-5.

SOCIEDAD CONCESIONARIA VALLES DEL Bío Bío S.A. CON MOP (2016): Recomendación del Panel Técnico de Concesiones, 12 de mayo de 2016. Discrepancia D03-2016-02.

SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL DESIERTO S.A. CON MOP (2015): Recomendación del Panel Técnico de Concesiones, 9 de octubre de 2015. Discrepancia D01-2015-3.